

**UNIJUÍ – UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO
RIO GRANDE DO SUL**

Departamento de Economia e Contabilidade
Departamento de Estudos Agrários
Departamento de Estudos da Administração
Departamento de Estudos Jurídicos

CURSO DE MESTRADO EM DESENVOLVIMENTO

JOSÉ CAETANO ZANELLA

**O ESTADO SOCIAL E O PODER JUDICIÁRIO:
EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Ijuí (RS)

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JOSÉ CAETANO ZANELLA

**O ESTADO SOCIAL E O PODER JUDICIÁRIO:
EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento, Linha de Pesquisa Direito, Cidadania e Desenvolvimento, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, como requisito para obtenção do título de Mestre

Orientador: Professor Doutor Gilmar Antonio Bedin

Co-orientador: Professor MSc. Douglas Cesar Lucas

Ijuí (RS)

2007

UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento

A Banca Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação

**“O ESTADO SOCIAL E O PODER JUDICIÁRIO:
EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS”**

Elaborada por

JOSÉ CAETANO ZANELLA

Como requisito final para a obtenção do grau de
Mestre em Desenvolvimento

Banca Examinadora:

Prof. Dr.: Gilmar Antonio Bedin (UNIJUÍ): _____

Profª. Drª.: Fabiana Marion Spengler (UNISC): _____

Profª. Drª. : Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (UNIJUÍ): _____

Ijuí (RS), 25 de setembro de 2007

AGRADECIMENTOS

Aos professores do programa do curso *stricto sensu* do Mestrado em Desenvolvimento da Unijuí, com os quais tive a oportunidade de conviver por cerca de dois anos, cujos inesquecíveis conhecimentos e debates propiciados foram determinantes e instigadores para a continuidade e aprofundamento da atividade acadêmica.

Aos colegas de turma do Mestrado em Desenvolvimento, especialmente da linha de pesquisa Direito, Cidadania e Desenvolvimento, com os quais dividi as tensões, as alegrias, as preocupações, as expectativas e as decepções, assim como os sonhos e os objetivos a serem alcançados durante e após o curso e, cujas amizades, permanecerão eternamente comigo.

Ao meu orientador nesta dissertação, professor Doutor Gilmar Antonio Bedin, que desde o início sempre se mostrou atento e com muita tenacidade auxiliou na delimitação do tema, tornando viável o enfoque e conteúdo pretendido para esta pesquisa científica.

Ao professor Mestre Douglas César Lucas, co-orientador e que foi incansável para a realização desta dissertação, tanto no esclarecimento dos aspectos a serem abordados quanto no auxílio para obtenção de material e, principalmente, pelo irrestrito apoio e incentivo nos momentos de angústia e incertezas.

Ao amigo Hermison Frazon, com quem tive oportunidade de aprender e discutir questões específicas da área filosófica que foram utilizadas nesta dissertação, o qual sempre se mostrou atencioso, solícito e trazendo indicações e sugestões de extrema relevância para a realização deste trabalho.

À minha esposa Job e ao meu filho Giulio, pela compreensão de momentos de ausência, necessários à elaboração deste trabalho acadêmico.

A todos, o meu sincero *muito obrigado*.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo fazer uma análise histórica dos modelos de sistema e de forma de governo que as Nações já experimentaram, bem como as profundas mudanças sócio-econômicas enfrentadas ao longo das épocas, notadamente a partir do pós-guerra até o momento atual que consagra o modelo liberal e a hegemonia do mercado, com a conseqüente redução do papel do Estado. O cenário atual compõe-se de um elenco de dificuldades sociais - desemprego, educação, saúde, habitação, etc. -, realidade esta que o modelo de Estado Liberal foi causador, ou, então, não foi capaz de atender. Desta forma, o Estado Social surge como esperança para o grupo dos desafortunados. Porém, quando estes direitos sociais fundamentais não são realizados pela Administração Pública, o Poder Judiciário é chamado a manifestar-se e, seja por razões de ordem econômica, política ou jurídica, há resistência quanto à possibilidade de determinação judicial para a suas concretizações. Pretende-se examinar, também, se todos os direitos sociais devem ser considerados como tendo idêntica exigibilidade ou se há um elenco mínimo de direitos vitais para os quais o Estado (Poder Judiciário) estaria obrigado à realização.

Palavras-chave: Estado Social. Direitos sociais. Mínimo existencial. Reserva do possível.

ABSTRACT

The present study it has as objective to make a historical analysis of the models of system and form of government that the Nations already had tried, as well as the deep faced partner-economic changes to the long one of the times, mainly from the postwar period until the current moment that consecrate the liberal model and the hegemony of the market, with the consequent reduction of the paper of the State. The current scene composes in a cast of social difficulties - unemployment, education, health, habitation, etc. -, reality that this model of Liberal State was causing, or, then, was not capable to take care of. Of this form, the Social State appears as hope for the group of the unfortunate ones. However, when these basic social rights are not carried through by the Public Administration, the Judiciary Power is called to disclose e, either for reasons of economic order, politics or legal, it has resistance how much to the possibility of judicial determination for its concretions. It is intended to examine, also, if all the social rights must be considered as having identical liability or if it has a minimum cast of vital rights for which the State (To be able Judiciary) would be obliged to the accomplishment.

Word-key: Social state. Right social. Minimum existential. Reserve of the possible one.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 1 O ESTADO SOCIAL | 11 |
| 1.1 A origem histórica do Estado Social | 11 |
| 1.2 O Estado de Direito “anti-liberal” | 21 |
| 1.3 O Estado Social e Democrático de Direito | 23 |
| 1.4 Características do Estado Social..... | 26 |
| 1.5 O Estado Social e a nova agenda política para o Direito..... | 32 |
| 2 DIREITOS SOCIAIS E O PROBLEMA DE SUA EFETIVIDADE..... | 40 |
| 2.1 Aspectos históricos do surgimento dos direitos sociais | 40 |
| 2.2 Objeto e limites dos direitos sociais na teoria constitucional contemporânea | 49 |
| 2.3 Direitos sociais, mínimo existencial e a reserva do possível: um diálogo de (im)possibilidades | 57 |
| 2.4 Direitos sociais e princípio da dignidade da pessoa humana..... | 69 |
| 3 O PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS SOCIAIS | 77 |
| 3.1 Os limites políticos e dogmáticos da jurisdição no Estado Liberal..... | 79 |
| 3.2 Os limites estruturais da atividade jurisdicional e a politização do poder judiciário | 85 |
| 3.3 O debate entre procedimentalistas e substancialistas | 90 |
| 3.4 O poder judiciário e os direitos sociais: uma aproximação necessária..... | 100 |
| CONCLUSÃO..... | 109 |
| REFERÊNCIAS | 112 |
| BIBLIOGRAFIA | 118 |

INTRODUÇÃO

Desde o final do século XVIII, simbolicamente marcada pela Revolução Francesa, a humanidade tem saudado com entusiasmo o reconhecimento dos direitos individuais, merecendo destaque os direitos de liberdade e igualdade. O poder deixa de estar fundamentado no divino, sobrenatural e passa a ser reconhecido no homem. Os indivíduos erigiram uma pessoa jurídica para representá-los: o Estado. Ao Estado, que materializava a vontade geral dos indivíduos, desde o início cumpria determinadas funções, dentre as quais, a de proteção.

Com o curso do tempo, foram sensíveis as mudanças políticas, econômicas e sociais que os Estados enfrentaram. Guerras Mundiais, reestruturação das relações de trabalho, desenvolvimento tecnológico, enfim, um conjunto de fatores que determinaram ou intensificaram as diferenças de classes sociais, gerando uma crescente exclusão social. Os direitos individuais de liberdade e igualdade, enquanto direitos civis (políticos) já não se mostram suficientes para a emancipação dos indivíduos. A partir da constatação de que o mercado e o modelo liberal não respondem às necessidades desta crescente parcela dos indivíduos, o Estado é chamado a responder de forma ativa, prestando bens e serviços, principalmente considerando-se que estão em jogo questões vitais para esta parcela populacional, tais como: saúde, educação e habitação.

O processo de globalização, a transnacionalização de mercados, a dependência do grande capital internacional, a crise das instituições tradicionais que não conseguem acompanhar a velocidade e virtualidade das relações sociais, econômicas e culturais,

agravando a difícil realidade dos países em desenvolvimento. Tendo como pano de fundo este aprofundamento das diferenças sociais e o surgimento de uma camada da população que não logra obter no mercado a satisfação das necessidades enquadráveis como direitos sociais prestacionais, o presente estudo pretende examinar se e em que medida o poder público pode ser compelido a tais realizações.

Dessa maneira, o estudo é dividido em três capítulos. No primeiro capítulo é feita uma análise histórica da origem do Estado Social, lembrando a passagem do Estado Absolutista ao Estado de Direito, com a consagração da vontade popular, o nascimento do constitucionalismo e o chamado império da lei, e as teorias que embasaram o modelo de Estado Liberal. Na seqüência examina-se o Estado de Direito antiliberal e a volta da concentração do poder, o agravamento das condições sociais e o surgimento da necessidade de intervenção nas esferas social e econômica, cenário do surgimento do Estado Social e Democrático de Direito, as características deste novo modelo de Estado, semelhanças e distinções em relação ao Estado Socialista. Após, faz-se um exame acerca do papel do Estado Social e o conceito de soberania, considerando o contexto político e econômico contemporâneo, o mercado global e os novos atores internacionais.

No segundo capítulo resgatam-se os aspectos históricos que determinaram o surgimento dos direitos sociais e sua classificação como geração (ou dimensão) dos direitos fundamentais, a sua universalização e o abandono da noção meramente formal para os direitos de liberdade e igualdade. Examina-se o que constituem os direitos sociais mínimos e sua realização pelo Estado, à luz das possibilidades orçamentárias. Por fim, neste capítulo, verifica-se se a não realização ou a realização parcial dos direitos sociais afeta o princípio da dignidade da pessoa humana e, sendo parciais, quais os direitos ou qual a intensidade de um direito deverá ser atendida para que não seja violado o princípio da dignidade da pessoa humana.

No terceiro capítulo aborda-se a perspectiva de efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário. Examina-se a tradição do Poder Judiciário e seus dogmas, sua atuação criando ou reproduzindo o direito (as leis) e, uma vez que é o próprio Estado, se sua função judicial pode ser permeada por interpretações políticas extraídas do texto constitucional. Ao mesmo tempo, verificam-se quais as condições estruturais para a consecução de sua atividade. Na seqüência, considerando-se o viés democrático, enfrenta-se o debate acerca da

legitimidade Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, defendida pelas teses substancialistas que defendem o ativismo judicial e combatida pelas teses procedimentalistas que sustentam a política deliberativa. Encerrando o terceiro capítulo, examina-se a teoria dos direitos fundamentais e sua justiciabilidade, limites e intensidade.

1 O ESTADO SOCIAL

1.1 A origem histórica do Estado Social

Para que se tenha uma perfeita compreensão da realidade dos Estados, mostra-se de extrema importância relembrar, ainda que de forma sucinta, os fundamentos e as concepções filosóficas que acompanharam ou deram causa às suas conformações, adotando-se como ponto de partida, para o presente trabalho, a Idade Média.

O Estado, durante a Idade Média, segundo leciona Bedin (2002), tinha cinco principais fundamentos: a precedência do Estado sobre o indivíduo, a desigualdade, a origem natural do Estado, o poder como sendo “divino” e a inexistência de “direitos”. Quanto ao primeiro, dominava a concepção organicista, para a qual os indivíduos eram componentes de um corpo maior, o Estado, desempenhando uma função específica, tal como se cada um fosse um “órgão” deste corpo (Estado). A desigualdade tinha como pressuposto a existência de castas, de classes sociais, sendo que indivíduos pertencentes às classes sociais distintas eram, por consequência, diferentes, situação que permitia a existência das classes dos senhores e das “classes servis”. Ligado com o fundamento da precedência do Estado, tem-se o fundamento da origem natural do Estado, assim entendido que o Estado se forma “naturalmente” pela reunião de aldeias, sem que haja prévia pactuação dos indivíduos.

Nas palavras de Bedin (2002, p. 28): “Segundo esta idéia, teríamos em primeiro lugar as famílias. Estas em conjunto, formariam as aldeias. As aldeias, por sua vez, quando reunidas, formariam o Estado.”

No tocante ao poder, a concepção da origem divina “legitimava” o seu exercício pelo soberano de forma exclusiva, uma vez que ele e somente ele era o canal de recepção da voz

divina e, por conseqüência, todas as leis, embora por ele fossem veiculadas, espelhavam a vontade de “Deus”¹. Por fim, como corolário dos demais fundamentos, notadamente em face do modelo tradicional da superioridade do Estado - *ex parte principis* -, aos indivíduos só eram cometidos deveres, não lhes sendo reconhecidos direitos (BEDIN, 2002).

No século XVIII, marcadamente com a Declaração de Direitos da Virgínia em 1776 e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, instaura-se um novo modelo de Estado que, de forma sintética, rompe com os fundamentos vigentes até a Idade Média. Adota-se a concepção individualista, em oposição à organicista, a qual concentra no “indivíduo” e não mais no Estado a precedência para a busca de sua realização. Vinculada ao individualismo, desponta a igualdade entre os homens, que passam a ser livres. Esta concepção tem como fundador, segundo Bobbio (1992), o pensamento jusnaturalista de John Locke. Nas palavras do filósofo inglês:

Para bem compreender o poder político e derivá-lo de sua origem, devemos considerar em que estado todos os homens se acham naturalmente, sendo este um estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme achar-lhes conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem. (LOCKE, 1973, p. 41).

Neste sentido, altera-se também o fundamento da origem do Estado, que passa a ser contratual, pois sendo cada homem um indivíduo e livre, associa-se com os demais, voluntariamente, para constituir uma pessoa artificial, que é o Estado. Sendo o Estado criação dos próprios indivíduos, as normas que vão regular as suas relações são frutos do seu exercício de poder, ou seja, desloca-se a fonte “divina” do poder para os homens. Como expoente da idéia do contratualismo tem-se a teoria filosófica de Hobbes. Em suas palavras:

Se fosse lícito supor uma grande multidão capaz de consentir na observância da justiça e das outras leis de natureza, sem um poder comum que mantivesse a todos em respeito, igualmente o seria supor a humanidade inteira capaz do mesmo. Nesse caso não haveria, nem seria necessário qualquer governo civil, ou qualquer Estado, pois haveria paz sem sujeição. (1999, p. 142).

¹ Conforme Ruby (1996, p. 38), “O mundo medieval privilegia a palavra de Deus, de modo que o governo medieval é baseado na teocracia, isto é, théos, Deus e kratos, dominação. Logo um poder desejado e justificado por Deus.”

A partir das novas concepções, marcadamente o individualismo e a igualdade, criam-se as condições que servirão de suporte para o surgimento dos “direitos” do homem.

De maneira uniforme, os autores relatam que Estado Absolutista viveu duas fases, a patrimonial e a de polícia. Na primeira, o Estado é considerado patrimônio do monarca. Já na segunda fase, o Príncipe, em nome das razões de Estado - em nome do interesse público -, tem o direito de intervir arbitrariamente em todas as áreas, conforme entenda necessário (MIRANDA, 1985; CANOTILHO, 1974).

Novais (1987, p. 28), dissertando sobre o tema, diz que:

A partir do dever que o Príncipe tem, enquanto “primeiro servidor do Estado” de providenciar o bem estar geral, atribui-se-lhe, através do *jus politiae*, a possibilidade de – pessoalmente ou por intermédio dos funcionários do Estado – intervir sem limites em todos os domínios dos mais aos menos importantes, desde que o próprio Príncipe o considere necessário para a prossecução do bem público.

Assim, prossegue o autor (1987, p. 30), “O Estado de Polícia confirmava-se, pois, no essencial, como Estado acima do direito, [...]”. Nesta perspectiva, o povo e, principalmente a classe burguesa, tinham necessidade de buscar mecanismos que pudessem limitar a livre, desenfreada e imprevisível atuação do Estado (Príncipe), conforme traduz Novais (1987, p. 31, grifo do autor):

Ainda que beneficiando da política económica mercantilista, a burguesia, afastada dos lugares de governo, necessitava de erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder ou, pelo menos, de *domesticar* uma Administração cujas providências concretas individuais, e logo potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, liberdade e igualdade de oportunidades dos agentes económicos requeridas por um pleno desenvolvimento das bases económicas em que assentava o emergente poder burguês.

Percebe-se, portanto, que o movimento que visa a desconstituir o poder do Príncipe ou, dito de outra forma, que busca a construção de um novo modelo de Estado, tem como primado a liberdade e a igualdade de oportunidades para o desenvolvimento dos agentes económicos, ou seja, tem como pano de fundo o resguardo dos interesses mercantis da burguesia, o que não implica, necessariamente, na extinção da figura do monarca. Para a efetivação do controle do Estado, é adotada “a teoria da personalização jurídica do Estado, a

qual se revelaria decisiva na específica construção do Estado de Direito.” (NOVAIS, 1987, p. 34).

Desta forma, o processo de racionalização do Estado que daí decorre, implica, também, no reconhecimento dos direitos naturais dos homens, os quais estariam a salvo da intervenção estatal, em face limitação do poder do Estado (BONAVIDES, 2004). Por outro lado, sendo o Estado obra da vontade geral, todas as normas a que se submetem os cidadãos seriam legítimas, eis que seriam fruto de sua vontade (ROUSSEAU, 1987).

Descrevendo o contexto histórico em que ocorreu a consagração do Estado de Direito e a mudança dos fundamentos da origem do poder, registra Corrêa (2002, p. 87):

A perspectiva de um poder fundamentado num príncipe absoluto, cuja vontade personificava a lei, e segundo a qual os cidadãos são apenas súditos e não partícipes das decisões políticas, cedeu lugar à perspectiva democrática (embora de caráter individualista) do poder fundamentado na vontade popular, institucionalizada através de um impessoal aparato jurídico: o Estado-de-direito.

Nada obstante as variações encontráveis entre o “*Rechtsstaat*”, o “*Etat Constitutionnel*” e a “*Rule of Law*” (NOVAIS, 1987), adota-se para o presente trabalho o entendimento de que, em seu sentido formal, nas palavras de Novais (1987, p. 103-104), o Estado de Direito

surge, assim, cada vez mais identificado com os seus elementos formais-instrumentais, nomeadamente o princípio da legalidade da Administração e da justiça administrativa, e o ideal de submissão do Estado ao Direito progressivamente reduzido à integral subordinação da Administração à lei.

Dissertando sobre a ideologia e os principais teóricos que lançam as premissas acerca do modelo de Estado Liberal, segundo Novais (1987, p. 51-52):

Toda a caracterização liberal do Estado de Direito se funda, em última análise, numa mundividência construída em torno do pressuposto duma ideal separação entre o Estado e a Sociedade ou, mais especificamente, naquilo que se pode designar como a ideologia das três separações:

- a) a separação entre política e economia, segundo a qual o Estado se deve limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida económica entregue a uma dinâmica de auto-regulação pelo mercado;
- b) a separação entre o Estado e a Moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coacção externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autónoma do indivíduo;
- c) a separação entre Estado e a sociedade civil, segundo a qual esta última é o local em que coexistem as esferas morais e económicas dos indivíduos,

relativamente às quais o Estado é mera referência comum tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias regras.

Quanto à primeira separação - política e econômica -, o teórico mais representativo é Adam Smith², que parte da idéia de que há, segundo as palavras de Novais (1987, p. 53), uma “ordem natural (e conseqüentemente justa) para concluir que é da livre iniciativa de cada membro da sociedade e do funcionamento espontâneo do mercado que resultará automaticamente a máxima vantagem para todos”, o que ocorrerá naturalmente pela “mão invisível” do mercado, na célebre expressão por ele criada, pela livre concorrência de produtores e consumidores através da procura e oferta de mercadorias. Nesta primeira separação, segundo Novais (1987, p. 53-54), ao Estado caberiam os deveres de

proteger a sociedade da violência ou invasão de outras sociedades, proteger cada membro dos demais, na medida do possível, mediante administração da justiça e criar e manter instituições que nunca atraiam o interesse privado de qualquer indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos na sua criação e manutenção, na medida em que o lucro não compensa as despesas.

Depreende-se da leitura dos argumentos trazidos pelo autor que as atividades que possam gerar lucros devem ficar resguardadas ao mercado (iniciativa privada), bem como, deixa entrever que há necessidade de atuação do Estado na economia, ao menos para as atividades (necessidades) que não gerem lucros. E, quando o Estado intervém no mercado de trabalho reprimindo o direito à greve, o direito de associação sindical e as ações coletivas de trabalho ou, ainda, quando o Estado vale-se dos territórios colonizados como produtores de matérias-primas, desaparece sua neutralidade e tem-se o “Estado liberal como cobertura de uma dominação de classe.” (NOVAIS, 1987, p. 57).

Idêntico é o entendimento de Poulantzas (1981), para quem o Estado capitalista tem como objetivo constituir a burguesia como classe dominante. Na mesma direção são as manifestações de Bonavides (2004), para quem desde os movimentos revolucionários do final do século XVIII, notadamente com a Revolução Francesa, houve a substituição da nobreza pela classe burguesa (econômica) no poder, que denomina de democracia-burguesa ou democracia-liberalismo.

² Conforme Martins Filho (2000, p. 351): “Considerado pai do liberalismo econômico, sustentava a existência de um mão invisível dirigindo a economia: cada um cuidando de seu próprio interesse promoveria melhor o interesse geral da sociedade (leis de mercado).”

A segunda separação ideológica trazida pelos Liberais - Estado e Moral -, segundo propõe Novais (1987, p. 61), significa que o “Estado encontra no direito a sua justificação e o seu limite”. Noutras palavras, o modelo de Estado Liberal adota a concepção kelseniana que considera a existência da norma como suficiente para a sua validade, sendo irrelevantes juízos de valoração e noções de moral e ética frente às normas positivadas (KELSEN, 1979). Nota-se, assim, que o Estado se satisfaz com a realização da legalidade, ou seja, com a conformação da norma, sem perquirir a sua adequação moral, até porque a ordem jurídica era uma necessidade racional para a coexistência dos homens, garantindo-lhe “dignidade (fundada nos ‘atributos jurídicos’ a priori: a liberdade legal, a igualdade civil e a independência civil, ou seja, a personalidade civil) que finalmente o constituía em si mesmo³.”

Mais do que necessidade para a coexistência social, o positivismo “desempenha a função ideológica de manutenção da ordem vigente” (CLÈVE, 1988, p. 83). Explica Corrêa (2002, p. 89-90) que:

O positivismo jurídico é a teoria que veio contrapor-se à doutrina do direito natural. [...]. No intuito de separar o direito da moral e da política, pregam seus seguidores que o jurista deve limitar sua análise ao direito estabelecido pelo Estado ou pelos fatos sociais, abstendo-se de qualquer valoração ético-política, isolando o mundo das normas de sua realidade social: [...]. Neste sentido o positivismo jurídico se embasa no pressuposto de que o direito é um dado cientificamente observável enquanto fenômeno concreto, a excluir qualquer interpretação metafísica, deixando de lado a dimensão compreensiva das ciências sociais de que o direito é parte.

Neste sentido, Novais (1987, p. 62) demonstrou o caráter burguês que predominou na concepção Kantiana de separação Estado-moralidade:

Contudo, também em Kant – mesmo sem confrontar o modelo com a realidade, isto é, não saindo do domínio da sua doutrina – o carácter não universal, mas classista, do Estado liberal não deixaria de se revelar. Vimos como o Estado jurídico Kantiano se propunha garantir a cada indivíduo a liberdade como homem, a igualdade como súbdito e a independência como cidadão; porém, estes atributos jurídicos, considerados em princípio como inseparáveis da natureza de cidadãos do Estado (“cives”), acabam por ser apenas extensíveis, na sua plenitude, ao cidadão burguês. Para Kant, o trabalhador, que enquanto homem tem direito àqueles atributos jurídicos, não os possui enquanto cidadão, já que só o direito de voto constitui a pessoa

³ A esse respeito, ver Aristóteles (1985) e Kant (1960).

como cidadão; ora, o trabalhador, porque dependente do arbítrio de outros para a sua conservação, não pode reivindicar este direito.

Portanto, e enquanto cidadão-passivo, o trabalhador só em potência possui aqueles atributos, ou seja, só os realizará através da possibilidade de metamorfose de “trabalhador” em “burguês”. Isto significa que, na chocante expressão de GALVANO DELLA VOLPE, no Estado de Direito Kantiano “o cidadão trabalhador é uma larva de homem que se desenvolve em plenitude – quando se desenvolve – naquela escola de promoção de classe que é a sociedade civil burguesa”.

Estado e sociedade é a terceira separação da ideologia liberal, diretamente ligada e reflexo direto das duas anteriores. Busca orientar o Estado quanto à sua atuação frente à sociedade, eis que pode ocorrer numa “dimensão positiva expressa na procura da felicidade e do ‘bem geral material e moral da nação’ ou uma dimensão negativa limitada a ‘evitar o mal proveniente da natureza ou provocado pelos homens’” (HUMBOLDT apud NOVAIS, 1987, p. 65). Mostrando-se contrário à atuação positiva do Estado, sustenta Humboldt (apud NOVAIS, 1987, p. 65) que “na medida em que essa actividade gera a uniformidade de condições, opõe-se ao livre desenvolvimento da individualidade e personalidade humanas cujos pressupostos são, pelo contrário, ‘a liberdade de acção e a diversidade de condições’”. Entende Humboldt (apud NOVAIS, 1987, p. 65) que somente a atuação do Estado não fará desaparecer as insuficiências, pois “a expectativa da ajuda do Estado, o esmorecimento da iniciativa pessoal, a presunção falsa, a preguiça, a incapacidade! O vício de onde nascem estes males é, depois, por eles engendrado”. Dito de outra forma, entende o autor que haveria acomodação dos indivíduos e estar-se-ia criando ou estimulando um Estado paternalista. Logo, pelo exame das perspectivas das três separações, depreende-se que o modelo liberal concebe a atuação do Estado para as atividades de proteção das esferas de liberdade e propriedade individual e do ordenamento jurídico.

Como o objetivo que o Estado de Direito tinha era a proteção da liberdade e dos direitos fundamentais do cidadão, o enfoque liberal não se deixará desviar da busca de tais realizações. Entretanto, no novo cenário, depois de superado o período absolutista e com o apogeu da burguesia, aqueles objetivos recebem uma nova interpretação valorativa.

Segundo Novais (1987, p. 68):

Porém, o contexto histórico do advento de Estado de Direito moldaria necessariamente os seus contornos a um entendimento compatível com os interesses da burguesia ascendente para quem, como vimos, mais que um conceito filosófico o Estado de Direito era, sobretudo, um conceito de luta

política dirigida simultaneamente contra a imprevisibilidade reinante no Estado de Polícia e as barreiras sociais legadas pela sociedade estamental. É para garantir um núcleo de direitos fundamentais interpretados e integrados à luz dos valores supremos da iniciativa privada, da segurança da propriedade e das exigências de calculabilidade requeridas pelo funcionamento do sistema capitalista que se orienta o projecto de racionalização do Estado levado a cabo pela burguesia.

Assim, a classe burguesa, ao assumir o Poder, vale-se de elementos que integrem e harmonizem o enfoque liberal com os objetivos do Estado de Direito: direitos fundamentais e divisão de poderes. Os direitos fundamentais são concebidos como esfera de autonomia e salvos da intervenção do Estado, não como concessão do Estado, mas sim por serem anteriores e superiores ao próprio Estado. Assim, fez-se necessária a criação de mecanismos que viabilizassem a efetiva proteção dos direitos individuais reconhecidos, o que ocorreu com o constitucionalismo.

Segundo Corrêa (2002, p. 165),

Construiu-se o novo pacto, sob roupagem constitucional, acompanhando do movimento constitucionalista, segundo o qual o poder político-estatal deve institucionalizar-se juridicamente através de uma Constituição escrita e impessoal, capaz de substituir a vontade personalista do monarca pelo império das leis estabelecidas pelo povo no intuito de proteger os direitos dos indivíduos.

A idéia central do constitucionalismo é a de que nenhuma Constituição pode dispensar dois elementos fundamentais: a tripartição dos poderes e um rol de direitos naturais do homem.

Na seqüência, como forma de complementação de garantia dos direitos individuais para que não ficassem suscetíveis a alterações legislativas ordinárias, houve o reconhecimento da hierarquia das normas, com a superioridade do texto constitucional. Neste sentido, escreve Novais (1987, p. 72-73):

Porém, a consagração constitucional dos direitos fundamentais só se traduzia plenamente em limitação de todos os poderes do Estado quando acompanhada do reconhecimento da supremacia da Constituição relativamente ao poder legislativo ordinário, sob pena de o Estado readquirir pela via do legislador parlamentar os poderes que perdera com o reconhecimento do carácter supra-estadual dos direitos. E, se é certo que o liberalismo não extraiu todas as conseqüências da superioridade formal da Constituição, desde logo ficou aberto o caminho, como se comprova pela distinção operada entre poder constituinte e poder constituído ou, num plano prático, pela história da fiscalização judicial da constitucionalidade nos Estados Unidos da América.

De resto, o pensamento liberal eliminara, à partida, o problema da eventual contradição entre constitucionalismo como limitação do Estado e soberania da vontade geral legisladora, na medida em que só concebia a existência de uma Constituição quando houvesse o reconhecimento dos direitos fundamentais.

No que tange aos direitos fundamentais no Estado de Direito Liberal, o direito de propriedade é o de maior relevo, é “uma condição objetiva (uma garantia) de liberdade - construindo e distribuindo o poder de escolha (de compra) – e, simultaneamente, de felicidade” (ANDRADE, 1987, p. 44). Em estreita ligação com a teoria dos direitos fundamentais, há a teoria dos direitos públicos subjetivos, segundo a qual os particulares e o Estado situam-se em igualdade nas suas relações jurídicas, como sujeitos de direitos e deveres e “através desta construção era possível conciliar e colocar sob a égide do direito quer a liberdade dos particulares quer a soberania do Estado [...]” (NOVAIS, 1987, p. 77).

A divisão de poderes, embora surgida na Antiguidade, somente se efetiva com a luta entre o constitucionalismo liberal e o Estado absoluto, traz especialização jurídico-funcional (LEAL⁴, 2001) e é elemento vital para a garantia dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2004). Mais do que a função organizatória e de especialização jurídico-funcional, a separação de poderes busca equilibrar as forças da sociedade para que não haja um poder preponderante. Conforme já referido, para o Estado liberal, mais do que garantia das liberdades individuais, a divisão de poderes serve politicamente à burguesia na luta pela hegemonia do aparelho do Estado (POULANTZAS, 1981), utilizando-se do “império da lei” e do “princípio da legalidade” (NOVAIS, 1987).

Partindo do primado da vontade geral, a lei era a consagração jurídica da vontade política, continha abstratamente a concepção de justiça, já que emanada do povo. Acrescenta Novais (1987, p. 89, grifo do autor):

Nesta concepção de lei, entendida não como comando configurador, mas como quadro formal de garantia das liberdades e da segurança da propriedade, o Estado de Direito liberal realizava-se como *Estado de razão*, como *reino de leis*, onde a cooperação da representação popular garantia a realização de uma justiça imanente ao livre encontro das autonomias individuais e o carácter geral e abstracto das leis assegurava a segurança e a previsibilidade requeridas pela auto-regulação do mercado.

⁴ O autor denomina de “técnica de governo”.

Neste sentido, o *conceito político de lei* não se distingue do *conceito de lei próprio de Estado de Direito*, pois se a generalidade (com as características inerentes) é a forma “constitutiva da lei”, a vontade racional do povo soberano expressa na assembleia legislativa é a fonte exclusiva da sua imperatividade.

Conseqüentemente, o “império da lei” traduz-se a nível político na soberania do poder legislativo, pois a vontade geral só é soberana quando actua por via geral e abstracta, ou seja, no momento legislativo; assim, de entre os órgãos constitucionais – e das forças sociais que os hegemonizam – será soberano quem detiver a função legislativa.

A identificação do *poder* com a lei transformava, então, a assembleia parlamentar – que uma particular e interessada concepção de representação política, marcada pelo sufrágio censitário, o mandato representativo e a autonomia dos representantes erigia em órgão da *vontade geral* – na *placa giratória* vai permitir à burguesia assegurar o controlo efectivo da vida política e do aparelho de estado, deslocando em favor dos homens burgueses uma divisão de poderes que era suposta excluir todo o domínio dos homens.

Nesta perspectiva, uma vez que demarcada a concepção de que a lei era a consagração da vontade popular, somente ela - *a lei* - detinha legitimidade enquanto regra, pois, afinal, expressando a vontade e os interesses de todos e de cada um, não poderia ser injusta. Bastava, assim, o controle do poder legislativo para que a classe burguesa pusesse em marcha, por meio das leis, as suas concepções liberais de Estado.

O princípio da legalidade é decorrente do “império da lei” e, no Estado liberal de Direito, visa excluir o arbitrário e proteger os direitos individuais, com o objetivo de subordinar a Administração à lei, retirando a margem de liberdade de que dispunha no Estado de Polícia. Num primeiro momento, a intervenção judicial nos demais poderes era vista com desconfiança,

porém, a constatação prática das insuficiências das garantias políticas e graciosas para uma efectiva defesa dos direitos dos administrados acabaria por vencer as relutâncias iniciais.

[...]

Finalmente, o princípio da legalidade, entendido não só como protecção dos direitos subjectivos dos particulares, mas igualmente dirigido à protecção da legalidade objectiva, assumirá nova amplitude quando a legitimidade do recorrente contra ilegalidades da Administração passou a basear-se tanto na ofensa de direitos como de interesses legítimos, abrindo caminho à sindicabilidade judicial da regularidade formal dos actos da Administração e da sua correspondência com o fim previsto pelo legislador. (NOVAIS, 1987, p. 99).

Desta forma, todos os atos e atividades do Estado - *administração* - ficam subordinadas à lei, e aos cidadãos oportuniza-se o controle e cumprimento, mediante acesso aos tribunais.

1.2 O Estado de Direito “anti-liberal”

Com o fim da primeira guerra mundial, a Europa mergulha numa crise econômica e social e o Estado liberal não consegue dar respostas, razão pela qual novas orientações se erigem para tentar suplantá-lo. Na nova conformação que surge, destacam-se como características:

a centralização do poder numa única pessoa (não eleita, embora eventualmente nomeada pelo Chefe do Estado quando as duas figuras não coincidem); a autoridade plena e ilimitada do Estado totalitário e o não reconhecimento aos indivíduos de direitos e liberdades absolutos ou originários; a identificação da sociedade nacional com o Estado, a cuja eticidade intrínseca não são alheios qualquer atividade ou fim particular; o carácter dogmático do Estado expresso na rejeição da possibilidade de uma oposição legítima (política ou doutrinária) e na publicização do partido único; a conformação estadual das relações económicas e laborais entre os corpos intermédios. (NOVAIS, 1987, p. 130-131).

Neste cenário, surge o Estado Fascista Italiano, que nega as esferas individuais e prega que o Estado realiza integralmente a Nação, cujos fins transcendem aos objetivos dos indivíduos, sem contanto considerar-se um Estado arbitrário ou tirano, consoante as palavras de Mussolini (apud NOVAIS, 1987, p. 134):

Um Estado que se apóia em milhões de indivíduos que o reconhecem, o sentem e estão prontos a servi-lo, não é o Estado tirânico do senhorio medieval. Nada tem em comum com os Estados absolutos anteriores ou posteriores a 89 [...]. O Estado fascista organiza a Nação, mas deixa aos indivíduos margens suficientes; limita as liberdades inúteis e nocivas e conserva as essenciais. Quem julga neste terreno não pode ser o indivíduo, mas tão só o Estado.

Logo, considerando a noção de Estado de Direito Liberal, não há como reconhecê-lo no Estado Fascista Italiano, seja pela redução da esfera da autonomia individual, seja pela rejeição da concepção democrática de representação, pois, “longe de constituir a soma das vontades da multidão dos indivíduos que a compõem, a Nação actua-se verdadeiramente na ‘iniciativa consciente das *élites* e dos *condottieri*’ [...]” (NOVAIS, 1987, p. 137). Tentando qualificá-lo como Estado de Direito, Francesco D’Alessio e Carlo Costamagna reduziam o

“Estado de Direito a um qualquer Estado de Legalidade, o que permitia escamotear as flagrantes e substanciais violações que vitimaram o Estado de Direito - tal como constituíra na prática desde o século XIX - durante o consulado de Mussolini”, segundo Novais (1987, p. 141). O Estado Totalitário busca se apoderar de todas as esferas de domínio quanto possa - economia, vida social, família, opiniões e costumes populares -, colocando-as a serviço das finalidades do Estado (ZIPPELIUS, 1974).

Na Alemanha surge o Estado Nacional-Socialista, cuja construção da Nação está alicerçada num fundamento étnico-biológico - racial -, diversamente do Estado Fascista Italiano que era uma comunidade jurídica resultante da adesão voluntarista-contratualista. Novamente, não há representatividade democrática, sendo a vontade popular (espírito do povo – *Volksgeist*) “interpretada” por uma elite que concentra o poder no guia da comunidade – *Führer* -, conforme leciona Novais (1987, p. 152).

Em virtude da desigualdade natural entre os homens destaca-se inevitavelmente uma elite capaz de interpretar e assumir de forma superior as aspirações e o ser da comunidade, na medida em que foi privilegiada na desigual recepção natural do *Volksgeist* pelas consciências individuais; ora, desta elite surge, natural e inevitavelmente pelas mesmas razões, um indivíduo que, pela excelência das suas qualidades intelectuais e morais, acolhe de forma suprema o *Volksgeist* e, por isso, surge como predestinado para assumir o poder político, a *Führung* da comunidade. Nestes termos, o poder do *Führer* resulta pessoal, originário e autônomo, o que significa que ele é o único detentor do poder de *Führung*, que esse poder não lhe foi transmitido ou delegado pelo povo ou pelo Estado – o *Führer* é um produto natural da *Volksgemeinschaft* – e que não está condicionado ou sujeito ao controlo de qualquer outra entidade. Conseqüentemente, o *Führerstaat* é, por natureza, autoritário: o *Führerprinzip* implica a supressão da representação política e da democracia e exige a concentração de poderes no *Führer*, o qual não responde perante quaisquer órgãos nem encontra limites à sua actuação.

As vontades subjetivas - individuais - devem coincidir com a vontade objetiva - do povo, expressa pelo *Führer*. Há uma verdade única, que é a do Estado (STRECK; MORAIS, 2006). Quanto à legislação, poderia advir da criação do Governo, do Parlamento ou submetidas a referendo, mas, “na prática surgia como actividade discricionária e ilimitada do *Führer*, pois a vontade deste era o único critério na determinação do verdadeiro ordenamento vital do povo” (NOVAIS, 1987, p. 158), o que implicava que tanto os atos da administração quanto dos juízes estivessem de acordo com a interpretação do *Führer*, e

Neste contexto seria legítimo um acto administrativo que, embora não sustentado numa lei prévia, ou mesmo em contradição com ela, respondesse, contudo, às aspirações da comunidade, à sua vontade objectiva. [...] o juiz não pode apelar apenas à letra da lei. A norma positivada é uma precipitação do ordenamento vital do povo operada pelo *Führer*, mas não é a única modalidade dessa precipitação; ao juiz incumbe, pois, impregnar as suas decisões de todos os princípios jurídicos revelados pelo *Führer* independentemente de sua consagração legal. (NOVAIS, 1987, p. 158).

Diferentemente da Europa Ocidental, no Leste europeu, o programa marxista de transformação social do Estado e a exigência da instauração de um Estado classista do proletariado de ditadura revolucionária do proletariado não indicavam uma rejeição ao Estado de Direito, pois, consoante Novais (1987, p. 169, grifo do autor),

na medida em que teorizaram a transição pacífica para o socialismo [...] e a compatibilização/identificação da *ditadura do proletariado* com os quadros da *república democrática* e legitimavam historicamente o seu projecto de transformação social com a necessidade de desalienação do homem – com a conseqüente superação do espartilho que a concepção liberal *atomista e egoísta* impunha aos direitos e liberdades individuais – e emancipação da humanidade, eram, a seu modo, igualmente protagonistas do ideal de Estado de Direito.

Nesta concepção, não há direitos individuais oponíveis ao Estado, uma vez que, quanto aos burgueses excluem-se a titularidade dos direitos e, quanto aos trabalhadores, enquanto classe dominante, “reside o comum interesse do cidadão e do Estado” (NOVAIS, 1987, p. 178). Entretanto, de forma semelhante ao Estado Fascista Italiano e ao Estado Nacional-Socialista da Alemanha, instaura-se um Estado de Legalidade. A validação das decisões administrativas e dos Tribunais era verificada em “conformidade ao fim revolucionário” e não necessariamente com o ordenamento. No período do Estado Socialista, por volta de 1930, surge a “legalidade socialista”, que em nada se diferencia do período anterior, senão ainda mais arbitrário, somente podendo falar-se em Estado de Direito a partir do reconhecimento do princípio da legalidade, garantia dos direitos fundamentais e independência dos juízes (NOVAIS, 1987).

1.3 O Estado Social e Democrático de Direito

Os modelos de Estado pretendidos pelo fascismo, nacional-socialismo e revolução soviética, de certa forma, inviabilizaram o Estado de Direito. Desenhando tal cenário, refere Novais (1987, p. 191):

De facto, não obstante as crises, o desemprego ou as guerras que até então se verificaram, a tendência global ia no sentido do desenvolvimento económico, da expansão dos mercados, do progresso técnico e da conseqüente elevação do nível de vida da população, factores que, aliados à homogeneidade da direcção política, reforçavam a fé nas virtudes da livre concorrência e confinavam genericamente a actividade do Estado à garantia da segurança política, social e jurídica das relações de troca regidas pelo direito privado, à produção das infra-estruturas requeridas pelo funcionamento do sistema e a uma intervenção dirigida à prevenção das perturbações aos mecanismos do mercado ou ao seu eventual restabelecimento.

Todavia, os mecanismos inerentes ao desenvolvimento da economia capitalista geraram as condições estruturais e conjunturais da desagregação deste quadro, através da passagem inelutável para a concentração e centralização do capital e o controlo monopolístico dos mercados; [...] agente económicos e os próprios Estados nacionais numa concorrência desenfreada prenunciadora da recessão e da crise global que afectaria todo o sistema. A Guerra Mundial é, nessa altura, o produto natural de um sistema dilacerado.

Assim, enquanto os agentes económicos envolviam-se no processo de luta pela dominação de mercados e pelas necessidades surgidas com a Guerra⁵, camadas da população eram marginalizadas. E “nas convulsões sociais que atravessavam a Europa, era cada vez mais presente a referência à alternativa *soviética* de resolução da *questão social*” (NOVAIS, 1987, p. 192, grifo do autor). A separação Estado-Sociedade, que era um dos pilares do Estado liberal, em face do novo quadro e das exigências que emergem, necessariamente passa por uma reavaliação, fazendo com que o Estado desempenhe papel mais do que simplesmente interventivo nas esferas económica e social, com vista

à realização da justiça social. É na plena assunção deste novo princípio de socialidade e na forma como ele vai impregnar todas as dimensões da sua actividade - e não na mera consagração constitucional de medidas de assistência ou no acentuar da sua intervenção económica - que o Estado se revela como “Estado Social”. (NOVAIS, 1987, p. 193).

Nesta perspectiva, ainda segundo Novais (1987, p. 193, grifo do autor), o Estado passa a atuar de forma a garantir ou viabilizar a execução material das

condições de existência vital dos cidadãos, na prestação de bens, serviços e infra-estruturas materiais, sem os quais o exercício dos direitos fundamentais

⁵ Cotrim (1990, p. 337-339) descreve o cenário político e económico na época vivido pelos países que buscavam esta nova conformação de Estado: “As grandes potências industrializadas buscavam por todos os meios dificultar a expansão económica dos países concorrentes. [...] Essa concorrência económica tornou-se particularmente intensa entre Inglaterra e Alemanha. [...] Em 1914 explode a grande guerra que tem como cenário as grandes potências da Europa.”

não passa de uma possibilidade teórica e a liberdade de uma ficção; o *Estado social* é, fundamentalmente, um Estado que garante a *integração existencial*, [...].

Idêntico é o entendimento de Bonavides (2004, p. 186) quando trata da atuação do Estado Social:

Quando o Estado, [...] coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social.

Detalhando como e onde deve ocorrer a atuação do Estado Social, diz Novais (1987, p. 195-196):

o Estado deve, na medida comportada pelas circunstâncias objectivas, procurar garantir: os serviços e os sistemas essenciais ao desenvolvimento das relações sociais na complexidade da sociedade actual (desde os tradicionais serviços de transportes e fornecimento de água e electricidade, à protecção do ambiente, aproveitamento dos tempos livres e fruição de bens culturais); a segurança e estabilidade das relações de produção face às contingências da vida económica, às flutuações do crescimento e aos antagonismos sociais, sem prejuízo da iniciativa e parcialidade no incremento de políticas económicas e fiscais conducentes à redistribuição da riqueza; um conjunto de prestações sociais tendentes a garantir uma vida digna e protegida, independentemente da capacidade ou viabilidade da integração individual no processo produtivo, dos imponderáveis das condições naturais ou das desigualdades sectoriais ou regionais (desde o salário mínimo e seguros sociais às prestações no domínio da saúde, habitação e educação).

Esta mudança é extremamente profunda na relação entre indivíduo e Estado, na medida em que, “*l’uomo moderno a cui é stato sottratto il controllo della sua esistenza, non vive solo ‘nello’ stato, ma soprattutto ‘dello’ stato*”⁶, o que acarreta substancial alteração na esfera de autonomia individual, pois, “ao lado dos direitos clássicos - moldados e comprimidos, particularmente no que se refere ao direito de propriedade, à medida das novas exigências de socialidade -, avultam, agora, os chamados direitos sociais indissociáveis das correspondentes prestações do Estado.” (NOVAIS, 1987, p. 197).

⁶ Forsthoff (1973, p. 87): “o homem moderno, a quem foi subtraído o controle de sua existência, não vive apenas no Estado, mas sobretudo do Estado.”

Streck e Morais (2006, p. 149) igualmente reconhecem o Estado Social como sendo fruto da passagem do Estado Mínimo para o Estado Intervencionista, com vistas a atender os “direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia, etc.”.

Importante destacar também a definição de Estado Socialista, segundo Bonavides (2004, p. 186):

Quando a presença do Estado, porém, se faz ainda mais imediata e ele se põe a concorrer com a iniciativa privada, nacionalizando e dirigindo indústrias, nesse momento, sim, ingressamos na senda da socialização parcial. E, à medida que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob o seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, aí, então, correrá grave perigo toda a economia do Estado burguês, porquanto, na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria, que seria a passagem do Estado social ao Estado socialista.

Assim, embora Bonavides trilhe entendimento semelhante, o distingue do Estado Socialista, permitindo depreender-se de seus escritos que o Estado Social, seria um estágio rumo ao Estado Socialista ou, de outra forma, em termos bastante sintéticos, que o Estado Social convive com o capitalismo, o que não ocorre com o Estado Socialista.

1.4 Características do Estado Social

Os doutrinadores, em regra, não fazem um capítulo específico acerca das características do Estado Social, bem como, o enfoque varia conforme o objetivo de cada autor ou obra.

Bonavides (2004, p. 184) ao manifestar-se acerca da transformação do Estado, examinando os modelos de Estado Liberal, Socialista e Social, notadamente enfocando sua análise a partir da relação *capital x trabalho* - na acepção utilizada por Marx em sua obra -, descreve algumas características do Estado Social:

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. [...] ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardial a que não renuncia.

Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais.

Dentre os postulados fundamentais a que se refere o autor encontra-se a noção de acumulação (mais valia), na concepção marxista, bem como a noção de que as empresas ou atividades geradoras de lucro devam permanecer aos cuidados do mercado, segundo a concepção de Adam Smith. Prossegue o autor:

À medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital.

Nesse momento em que busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre sob distintos regimes políticos, importante transformação [...]

Nasce aí a noção contemporânea de Estado social [...]. (BONAVIDES, 2004, p. 185).

Neste sentido, segundo Bonavides (2004), o Estado Social seria uma etapa da passagem do Estado Liberal para o Estado Socialista, em face do reconhecimento de direitos ao proletariado. Dentre estes direitos os mais cobiçados pela classe trabalhadora seriam os direitos políticos, os quais permitiriam alcançar o poder e utilizar o Estado como instrumento da transformação social desejada. Ao mesmo tempo que eram desejados pela classe operária, os direitos políticos e as mudanças sociais causavam temor na classe burguesa. Prossegue o autor caracterizando o Estado Social:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social. (BONAVIDES, 2004, p. 186).

Palu (1999, p. 31, grifo do autor) descreve o que considera o modelo constitucional do Estado Social:

a) *o referente* é o Estado e a sociedade; b) *o arquétipo* é o *estado social* caracterizado pelos princípios: (I) do *compromisso conformados*, cabendo ao Estado intervir na sociedade para melhor assegurar a existência social, (II) da *democratização da sociedade* que obriga a intervenções de caráter econômico e social tendentes a atingir a igualdade e (III) do *Estado de direito formal*, limitador das medidas intervencionistas (princípio da liberdade); c) o *objetivo* da Constituição social-democrática é a conciliação da racionalização dos limites ao poder estatal com as exigências da sociedade e democracia; d) a *força normativa* da Constituição exprime-se através da eficácia conformadora de suas normas; e) a *estrutura* da Constituição social é *positiva*, posto conformar a sociedade através da eleição de finalidades e consagrar, ao lado dos direitos negativos, direitos fundamentais positivos, ou seja, direitos através do Estado (participação, prestações); f) a *verdade* da Constituição encontra-se no *texto e no contexto descodificados*, pois a Constituição não esconde sua *mensagem social* e , econômica, cultural, formulando *explicitamente* objetivos e fins sociais e econômicos, sem destruir as relações econômicas do capitalismo.

Nesta perspectiva, vê-se que, enquanto Bonavides (2004, p. 186, grifo do autor) considera que o Estado Social se verifica quando as exigências da população forem atendidas seja pelo “*Estado constitucional ou fora deste*”, Palu (1999, p. 31, grifo do autor) refere que é a Constituição que guarda os direitos, e do seu texto advém a “*verdade*” e a “*mensagem social*”, o que remete ao entendimento de que o Estado Social somente se realiza, ao menos de forma legítima, quando as exigências populares estiverem elencadas no texto constitucional.

Conforme anteriormente citado, o enfoque acerca das características do Estado Social é diverso conforme os objetivos de cada autor e obra. Entretanto, mesmo entre autores que eventualmente apresentem pontos divergentes, a exemplo dos dois textos transcritos neste ponto, não se mostra difícil extrair pontos comumente citados, os quais se mostram identificadores para que um Estado possa ser considerado como sendo um Estado Social.

O Estado Social é entendido como sendo uma continuidade, um desdobramento, um avanço do Estado liberal, gerado pelas prementes necessidades sociais que emergiram com a nova realidade socioeconômica - *tendência global, avanços tecnológicos, concentração de mercados* -, associada às tragédias da Segunda Guerra Mundial e, ainda, como reação à experiência soviética e ao marxismo (NOVAIS, 1987). Neste sentido, leciona Bonavides (2004, p. 37-38):

Mas, debaixo das pressões sociais e ideológicas do marxismo, o Estado liberal não sucumbiu nem desapareceu: transformou-se. Deu lugar ao Estado social.

Com efeito, a sobrevivência da democracia limitada e representativa reagia à proclamada lei da infalibilidade do advento do socialismo, que seria acelerado pela queda iminente e inexorável do sistema capitalista, conforme o presságio dominante nos círculos mais influentes do pensamento da época. Como se fora uma sentença de morte lavrada por compulsão ideológica.

Não podia, pois, a Sociedade liberal achar outra fórmula de sobrevivência senão a que apontava para os termos participativos, consensuais e pacíficos da democratização progressiva da cidadania.

[...].

O texto da lei Maior alemã positivara, juridicamente, o princípio de um novo regime repassado da união conciliatória da liberdade com a isonomia democrática, debaixo de uma idéia nova que vinha restaurar a noção de Estado, tão lacerada pelos excessos autoritários das décadas de 20 e 30. Tais excessos, perpetrados por ideologias que confiscaram as liberdades do cidadão, convulsionaram o meio social e político e propiciaram o advento das ditaduras.

Positivado como princípio e regra de um Estado de Direito reconstruído sobre os valores da dignidade da pessoa humana, o Estado social despontou para conciliar de forma duradoura e estável a Sociedade com o Estado, conforme intentamos demonstrar. O Estado social de hoje é, portanto, a chave das democracias do futuro.

Fora do Primeiro Mundo, possui ele tamanha importância que tudo se cifra nessa alternativa: Estado social ou ditadura. Sem Estado social não há democracia, e sem democracia não há legitimidade.

Nesta perspectiva, ao mesmo tempo que o autor reitera ser o Estado Social também um Estado de Direito, acrescenta, ainda, outro elemento indissociável: a democracia. Assim, não basta ao Estado estar submetido ao império das leis, mas, mais do que isso, exige-se que as normas sejam legítimas, emanadas de um Poder Legislativo que atue como autêntico veiculador dos interesses dos seus constituintes, ou seja, reflita a vontade dos cidadãos. Bobbio (1992) lembra que a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas sim o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos.

Implica em trazer para o corpo do texto constitucional a expressa previsão dos direitos sociais, não somente como disposição integrante da constituição, mas localizando-os topograficamente ao lado e igualando-os aos demais “direitos fundamentais”. Nas palavras de Novais (1987, p. 213-214, grifo do autor):

No plano específico dos direitos e liberdades individuais tais exigências orientam-se em três direcções principais: em primeiro lugar, no referido processo de fundamentalização dos direitos sociais *em sentido lato*

(incluindo os direitos económicos, sociais e culturais), o que, independentemente da natureza jurídica que lhes seja reconhecida, se traduz na sua consagração constitucional (expressa ou implícita) e na projecção de uma relevância que os impõe ao reconhecimento de todos os órgãos e funções do Estado. Em segundo lugar, numa reinterpretação global dos direitos, liberdades e garantias *tradicionais* à luz do novo princípio da socialidade que se reflecte numa dependência e vinculação social do seu exercício ou mesmo numa compressão do seu conteúdo, determinadas pela necessidade de garantir as condições de liberdade de todos os homens. Esta vinculação social afectará particularmente aquela zona onde o “livre” e incondicionado desenvolvimento do Homem abstracto pode redundar na dependência, dominação e *desumanização* dos homens concretos, ou seja, a zona das relações de produção e, especialmente, do direito de propriedade.

Desta forma, constitucionalizados e fundamentalizados, os direitos sociais tornam-se vetores para a atuação do Estado.

Os direitos sociais, agora constitucionalizados, mais do que simples previsão, devem estar vinculados à noção de concretização do seu conteúdo. Não basta a mera previsão “formal”. O direito é portador de um conteúdo “material” que deve ser realizado, sob pena de tornar-se letra morta o texto constitucional. Cuida-se não somente de examinar se as novas fórmulas e disposições sociais devem ser consideradas programáticas ou dotadas de conteúdo específico e vinculante, mas de extrair todas as conseqüências da consagração do Estado social de Direito (NOVAIS, 1987).

Entendimento semelhante é professado por Bonavides (2004, p. 135, grifo do autor):

Para Bielefeldt, é preciso desistir da hierarquização entre direitos de liberdade e direitos sociais e promover a sua materialização conjunta em uma ordem social livre, onde todos os direitos estejam “submetidos ao imperativo da concretização da liberdade”. Seres humanos são seres materiais, que necessitam de bens materiais para assegurar a sua sobrevivência e viver com liberdade. Por isso os direitos económicos e sociais, na medida em que materializam condições materiais prévias indispensáveis para a concretização da liberdade, são eles mesmos *direitos originais à liberdade*. Assim, embora sejam distintos quanto ao *modo* de serem juridicamente garantidos, direitos civis e políticos e direitos económicos e sociais concorrem para realizar um mesmo fim: a concretização do princípio fundamental da liberdade.

Neste prisma, não basta que o texto constitucional lhe assegure, formalmente, o direito à liberdade. Para que o indivíduo realmente possa ser livre, para que possa exercer e usufruir a liberdade, faz-se necessário que ele detenha condições mínimas, “materializadas”

por intermédio dos direitos sociais e econômicos.

Embora constitucionalizados e contendo elevada carga material, os direitos econômicos e sociais não se efetivam “naturalmente” nas sociedades, até porque o mercado, dominado pelo pensamento liberal capitalista, não se coaduna com algumas das previsões. Portanto, a atuação do Estado é de suma importância para que possa ocorrer a efetivação de tais direitos. Neste norte, escreve Gilmar Ferreira Mendes (2000, p. 202-203):

A garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra a intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdades não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade. [...] Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção da sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

Conforme já afirmado, o papel do Estado é de vital importância quando atua positivamente, tutelando a população por direitos do trabalho, previdência, educação, moradia, intervenção na economia como distribuidor e combate ao desemprego, entre outros (BONAVIDES, 2004). A certeza de que a atuação do Estado é de singular relevância, verifica-se no texto da Constituição italiana que assim dispõe, em seu artigo 3º:

Incumbe à República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de facto a liberdade e igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efectiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país. (NOVAIS, 1987, p. 211, grifo do autor).

O Estado Social volta-se principalmente às amplas camadas da população que, pelas mais diversas razões, encontram-se com pouca ou sem renda ou, ainda, em situação de extrema pobreza, e impossibilitadas de sua própria manutenção. Objetivando a inclusão social e em respeito da dignidade da pessoa humana, são criadas políticas redistributivas de rendas, de caráter assistencial, tal como o salário social, que visa garantir um mínimo vital e erradicar a extrema pobreza (LIMA FILHO, 2006).

De forma semelhante, ao abordar o novo movimento político de direita - o neoliberalismo, Bedin (2002, p. 81) anota a necessidade de atuação do Estado para a concretização destes direitos e refere, ainda, a noção de mínimos, professando:

Esta nova direita não se opõe, ao contrário da direita tradicional, aos direitos do homem por eles serem abstratos demais, mas sim por exigirem, notadamente, em sua modalidade de direitos econômicos e sociais, a intervenção do Estado no mercado para garanti-los, assegurando, assim, um mínimo de igualdade e de bem-estar social para todos.

Percebe-se, assim, que ao neoliberalismo atual a insatisfação não se localiza no atendimento aos direitos econômicos e sociais. Ao contrário, o reconhecimento destes direitos é considerado como reestruturação do pensamento liberal, condição necessária para a sua continuidade frente às tendências socialistas (BONAVIDES, 2004).

A insatisfação do neoliberalismo surge a partir do momento que o Estado desempenhe ou pretenda desempenhar aquele papel “intervencionista” desenhado por Paulo Bonavides, atuando numa seara que, segundo o neoliberalismo, não lhe pertence, qual seja, o mercado. A partir do momento que o Estado atue ou intervenha no mercado, estará concorrendo com a iniciativa privada, dificultando ou impedindo a sua atuação e, mais do que isso, impedindo que realize o primado da “acumulação”, do lucro, trazendo evidentes prejuízos aos interesses neoliberais.

1.5 O Estado Social e a nova agenda política para o Direito

Há uma certa concordância de que o Estado-Nação se compunha de: povo, território e governo (RUFFIA, 1984). Governo, assim entendido como a organização, a forma de acesso e exercício do Poder, traz embutida a noção de Soberania. Conforme Bedin (2005a, p. 10, grifo do autor), o primeiro autor a tratar da questão foi Jean Bodin, no século XVI, na obra *Los seis libros de la Republica*, para quem a soberania, “*não é limitada, nem em poder, nem em responsabilidade, nem em tempo*” e “*poder absoluto e perpétuo de uma República*”, sendo a soberania o único traço que distinguiria o Estado das demais organizações sociais.

Prossegue Bedin (2005a, p. 11), dizendo que:

Assim destacada a República ou, como se designa modernamente, o Estado, é fundamental, e dessa forma procede o autor, esclarecer o que significa o poder dessa organização, que se designa de soberana. Poder soberano ou soberania é para o autor, “o poder absoluto e perpétuo de uma república”. É um poder absoluto porque a soberania “não é limitada, nem em poder, nem em responsabilidade, nem em tempo” e é um poder perpétuo, à medida que é possível conceder “poder absoluto a uma ou a várias pessoas por tempo determinado, as quais, uma vez transcorrido determinado período de tempo estipulado, voltam novamente a ser súditos”. Portanto, não pode chamar-se a estas pessoas de príncipes soberanos quando ostentam tal poder, já que somente são seus guardadores ou depositários, até que a vontade do povo ou do príncipe decida revogá-lo ou retomá-lo para o seu próprio exercício. [...]. Por outro lado, é fundamental também não esquecer-se que a “soberania é a força de coesão, de união da comunidade política, sem a qual esta se deslocaria”. Ela cristaliza o intercâmbio de “comando e obediência”, imposto pela natureza das coisas a todo o grupo social que quer viver. É o “poder absoluto e perpétuo de uma República”. [...]. Esse é o grande ensinamento e a contribuição mais significativa de Jean Bodin para a construção do Estado moderno: a soberania é sua característica fundamental e seu elemento institucional diferenciador das demais entidades políticas.

Quando da criação teórica do conceito de soberania, buscava-se a concentração do poder e, por conseqüência, o fortalecimento do monarca, tendo como fundamento a origem divina do Poder. Posteriormente, com Rousseau, é que se adota a concepção de sua titularidade como fruto da vontade popular. Streck e Moraes (2006, p. 138) referem que:

Tendo emergido como uma característica fundamental do Estado Moderno [...]. Antes disso, a construção deste conceito vem-se formando, embora não apareça, ainda, permeada pela idéia que lhe será fundante, como poder supremo, o que irá acontecer já no final da Idade Média, quando a supremacia da monarquia já não encontra poder paralelo que lhe faça sombra – o rei tornara-se, então, detentor de uma vontade incontrastada em face de outros poderes, ou melhor, de outros poderosos, e. g., os barões ou os senhores feudais nos limites de sua propriedade. Ou seja, deixa de existir uma concorrência entre poderes distintos e ocorre uma conjugação dos mesmos em mãos da monarquia, do rei, do soberano. O poder que se conjuga neste momento reflete a idéia de sua absolutização e perpetuidade. Absoluto, pois não sofre limitações sequer quanto à sua duração, por isso também perpétuo. Resta, apenas, adstrito às leis divinas e naturais. Com Rousseau, a soberania sai das mãos do monarca, e sua titularidade é consubstanciada no povo, tendo como limitação, apesar de seu caráter absoluto, o conteúdo do contrato originário do Estado. É esta convenção que estabelece o aspecto racional do poder soberano. A vontade geral incorpora um conteúdo de moralidade ao mesmo.

Soberania pressupõe a “idéia de insubmissão, independência e de poder supremo juridicamente organizado, que tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 138-139). A soberania tem uma dupla função: no plano externo, nas relações internacionais, o Estado é o único agente que se relaciona com os demais Estados, eis que detém o mesmo nível de igualdade; no plano interno, o Estado detém o poder de definição, aplicação e imposição coercitiva de normas no seu território. A partir de 1789, com a eclosão de movimentos sociais e o reconhecimento de direitos humanos, instaura-se uma situação de legalidade que se contrapõe ao poder soberano do Estado, momento em que se flexibiliza a “soberania interna” e surge o Estado Democrático de Direito, tornando a soberania absoluta no plano externo e democrática no plano interno (FERRAJOLI, 1999).

Desde o início da Modernidade até 1945/1948, vige o império absoluto da soberania dos Estados, os quais se regem pelo primado maquiavélico de que “os fins justificam os meios”. A partir de então os Estados passam a enfrentar questões relacionadas à “ética”, “direitos” e “direitos humanos” em nível internacional. Surgem novos atores internacionais ao lado dos Estados, até então exclusivos. Até este momento, diz-se que havia uma “sociedade relacional”, ou seja, entre os Estados. Desde então, com o surgimento destes novos atores e a diversidade de questões tratadas, a tendência é de criação de uma “comunidade” baseada em relações institucionais. As relações entre estes diversos atores forma “redes” de cooperação e intercâmbio econômico, cultural, científico e tecnológico, na construção de uma cidadania mundial, criando uma nova “sociedade internacional contemporânea”⁷. Entre os novos atores internacionais, destacam-se: as organizações internacionais, que são tratados para administrar interesses comuns (Ex.: ONU); organizações não-governamentais, criadas pela sociedade civil e sem fins lucrativos e, nas chamadas de “concentração”, seus manifestos dirigem-se essencialmente aos simpatizantes ou filiados (Ex.: FIFA), enquanto que nas de “intervenção”, buscam o apoio da opinião pública para questões concretas e imediatas (Ex.: Greenpeace); empresas transnacionais privadas, com fins lucrativos que embora necessitem possuir uma “nacionalidade”, na sua atuação submetem-se a uma ou mais ordens jurídicas nacionais e representam uma das visões mais importantes do desenvolvimento da economia capitalista (Ex.: Toyota, General Motors, McDonalds) (BEDIN, 2005b).

⁷ Nesse sentido, ver Mazzuoli (2001), Piovesan (1996) e Alves (1994).

É o declínio do paradigma do realismo político (centrado no Estado). Neste novo cenário global, com a especialização e a complexidade nas diversas áreas, a idéia de interdependência (*dependência mútua*) é cada vez mais presente, surgindo, assim, as idéias de sensibilidade e de vulnerabilidade: Em termos de custos de dependência, sensibilidade significa a sujeição a efeitos que tenham custos e que sejam impostos de fora antes que políticas sejam alteradas para tentar mudar a situação e vulnerabilidade pode ser definida como a sujeição de um ator a custos impostos por eventos externos mesmo depois de ter alterado políticas. A globalização econômica é o fruto, o resultado das transformações destes últimos 50 anos. Enquanto a dependência é um conceito ligado ao imperialismo, interdependência é o efeito (fluxo) recíproco entre países ou entre atores em diversos países; é a dependência ou afetação de forças (entes) externas. A interdependência não pressupõe um mundo melhor. Há uma mútua influência, mas não é uma relação de centro-periferia. Enquanto na idade moderna tinha-se coexistência, hoje busca-se convivência (BEDIN, 2005b; OLIVEIRA; DAL RI JÚNIOR, 2003).

A atual realidade global, considerando-se a volatilização do capital internacional, as inovações científico-tecnológicas e a exploração da natureza, entre outras novidades emergentes, trouxe uma nova dinâmica que transcende aos paradigmas e aos sistemas jurídicos de cada Estado isoladamente considerado, cujos efeitos desconhecem ou superam as fronteiras das Nações. A esse respeito, escreveu Faria (2002, p. 61):

A título de exemplo, quanto mais a engenharia nuclear, a engenharia econômica, a biotecnologia e a biogenética avançam, maiores são os riscos de terremotos financeiros, crises de liquidez, especulações, golpes e manipulações em bolsas de valores, pânico no sistema securitário, corridas no sistema bancário e choques estruturais nos mercados de capitais, levando à inadimplência generalizada de empresas e famílias e/ou reduzindo a pó tanto o pecúlio de pequenos e médios poupadores quanto o patrimônio dos grandes investidores; de desastres genéticos, catástrofes tecnológicas, acidentes ecológicos, mudanças climáticas e degradação ambiental irreversível, penalizando comunidades inteiras e condenando ou comprometendo a qualidade de vida de gerações futuras; e de ameaças potenciais à saúde humana, como chuvas ácidas, a doença da 'vacca louca', destruição da camada de ozônio e os tumores decorrentes da contaminação atmosférica provocada por poluição, emissão incontrolada de gases, substâncias tóxicas e incineração de resíduos industriais, radiações de urânio empobrecido e contaminação de reservas lacustres.

Nesta perspectiva, não é difícil perceber que para determinados danos ou riscos sofridos por um Estado-Nação ou seus habitantes, que tenham como fato gerador uma

conduta originada além de suas fronteiras, o sistema jurídico interno é ineficaz. Utilizando-se do exemplo do meio ambiente, trazido pelo autor, é possível que este, por estar desequilibrado, pode estar afetando diretamente a produção primária de um país e, no entanto, as causas deste desequilíbrio possam ser atribuídas a outros países ou atores internacionais, senão com exclusividade, ao menos, com maior parcela de responsabilidade. Ou seja, as “vítimas” destes danos podem não ter contribuído para a sua ocorrência, mas suportam seus efeitos. Não raro, Estados-Nação como o Brasil, por exemplo, vêm-se forçados a organizar planos estratégicos e despender recursos para proteger-se de eventuais surtos endêmicos, como é o caso, recente, da “gripe aviária”, que embora seja de origem asiática, tem potencial de irradiar efeitos maléficos pelo globo.

Mas a nova realidade global, além das perceptíveis questões ambientais e, principalmente, pelos novos atores internacionais e sua imensa capacidade econômica, faz com que surja um jogo de poder e de relações até então inédito, determinando que tais relações sejam reguladas por novos instrumentos e ordenamentos “globais”, de modo que os Estados e suas economias fiquem alijados ou reféns deste mercado mundial. A esse conjunto de mudanças que se desenham no cenário, Faria (2002) denominou de “tendências”. Descrevendo as mudanças, disse Faria (2002, p. 69):

Entre as inúmeras conseqüências das novas formas de organização econômica e configuração de poder surgidas com a reestruturação do capitalismo e a reordenação da riqueza, como a transnacionalização dos mercados, a mobilidade quase ilimitada alcançada pela circulação de capitais privados, o extraordinário desenvolvimento das telecomunicações e a compressão do tempo e do espaço por elas propiciado, pelos menos quatro estão modificando as formas e as práticas jurídicas e, com isso, afetando radicalmente a estrutura, a funcionalidade e o alcance do direito positivo. Suas normas, face a uma realidade dominada por forças e dinâmicas globais que ultrapassam os marcos institucionais e nacionais tradicionais, vêm perdendo a capacidade de ordenar, moldar, conformar, controlar e regular a sociedade e a economia. Suas leis e códigos, com os novos paradigmas de produção e as novas tecnologias de comunicação e informação, vêm enfrentando grandes dificuldades para promover o acoplamento entre um mundo virtual emergente e as instituições do mundo real.

Nesta perspectiva, os Estados, notadamente aqueles em desenvolvimento, com economia pouco desenvolvida, tecnologicamente atrasados⁸, que necessitam criar postos de trabalho, e que são os que têm as maiores e mais urgentes necessidades sociais, ficam

⁸ Streck (2004a) e Streck e Morais (2006) referem como sendo países periféricos e de modernidade tardia.

vulneráveis e dependentes da ação dos agentes do “mercado”, que, ainda segundo Faria (2002, p. 69, grifo do autor),

vem sendo progressivamente substituído pelo “mercado”, enquanto instância de coordenação da vida social. *Em princípio*, note-se bem, os governos nacionais poderiam recusar-se a “abrir sua economia. Igualmente, poderiam negar-se a vincular decisões internas aos imperativos dos mercados transnacionalizados. No entanto, e é justamente por isso que as duas palavras acima foram impressas em negrito, face à crescente mobilidade dos fatores de produção, dos riscos de fuga em massa de capitais e das dificuldades subseqüentes de acesso a fontes de crédito e tecnologia, os custos políticos, econômicos e sociais de uma opção hostil a esses mercados e de uma recusa à abertura econômica tendem a crescer em ritmo de progressão geométrica, levando assim a um perigoso isolamento comercial, financeiro e tecnológico.

Desta forma, e resgatando o ponto anterior acerca da necessária revisão e flexibilização do tradicional conceito de soberania que a nova realidade global impõe, o Estado-Nação já não consegue cumprir o seu papel político enquanto instituição democrática legítima, da mesma forma que não consegue atender aos direitos fundamentais e, em paralelo, as formas alternativas e marginais de direito limitam ou desacreditam as instituições judiciais. Com estas considerações e destacando, também, a concepção dos sistemas jurídicos com jurisdição territorial delimitada, reportando-se a Boaventura de Sousa Santos, acrescenta Faria (2002, p. 70):

Uma dessas limitações é a redução de parte significativa de sua jurisdição. Como suas normas e as cortes encarregadas de aplicá-las foram concebidas para atuar dentro de limites territoriais precisos, com base nos instrumentos de violência monopolizados pelo Estado, seu alcance e sua eficácia tendem a diminuir na mesma proporção em que a interdependência e as interações globais se aprofundam e se intensificam; em que a importância econômica e o simbolismo político das fronteiras geográficas tradicionais são superadas tanto pela expansão das tecnologias de informação e produção, das redes de comunicações, dos sistemas de transportes e das novas estruturas empresariais, quanto pela justaposição e intercruzamento de novos centros de poder (com o subseqüente risco de rompimento do vínculo entre cidadania e nacionalidade) (Habermas: 1994); e em que novas identidades locais e regionais, projetos específicos de natureza política e social e novas formas de vida e convivência, forjadas em torno “de uma nova proeminência dos direitos às raízes”, vão emergindo.

Assim, considerando a extensão global dos efeitos que podem atingir as relações sociais, culturais e econômicas, os sistemas jurídico-normativos de cada Estado-Nação mostram-se insuficientes para a sua regulação, surgindo, assim, a necessidade de haver uma reorganização dos direitos com a definição de padrões “éticos” mínimos.

Ao tratar da existência ética, Chauí (2006, p. 306) refere que, quanto ao senso moral e à consciência moral, “embora os conteúdos dos valores variem, podemos notar que estão referidos a um valor mais profundo, mesmo que apenas subentendido: o bom ou o bem”. Revela, ainda, que para que haja conduta ética é necessário que o agente seja consciente, ou seja, que reconheça a diferença entre bem e mal, certo e errado, permitido e proibido, virtude e vício, e tenha capacidade de deliberação diante das alternativas possíveis, considerando os valores éticos. Define, assim, que “o campo ético é constituído pelo sujeito moral ou pessoa moral, e pelos valores e obrigações que formam o conteúdo das condutas morais, ou seja, as virtudes ou as condutas e ações conformes ao bem” (CHAUÍ, 2006, p. 308). Ainda, segundo a autora,

Por realizar-se como relação intersubjetiva e social, a ética não é alheia ou indiferente às condições históricas e políticas, econômicas e culturais da ação moral. Conseqüentemente, embora do ponto de vista da sociedade que a institui uma ética seja sempre considerada universal (universal porque seus valores são obrigatórios para todos os seus membros), de fato, toda ética está em relação com o tempo e a história, transformando-se para responder a exigências novas da sociedade e da cultura, pois somos seres históricos e culturais e nossa ação se desenrola no tempo. (2006, p. 309).

Nesta perspectiva, o “ordenamento global” que se faz necessário e exigível dentro do conceito ético é o estabelecimento de condutas e ações que atinjam o que pode ser universalmente entendido como sendo o “bem” ou o “bom”. A transferência do conceito filosófico de ética para o direito implica na constatação que os direitos sociais, mais do que o “bem”, são uma necessidade de concretização do direito de liberdade e até mesmo questão de sobrevivência.

É, nas palavras de Gómez (2000), a necessidade de rever as concepções de comunidade⁹ e política, vinculando autoridades subestatais, estatais e transnacionais em um ordenamento mundial. Prossegue o autor dizendo que é necessário

construir um projeto de democracia cosmopolita [...] que assegurem representação e participação de caráter regional e global [...] que expandam e adensem uma esfera pública sobre as mais variadas questões relevantes (direitos humanos, paz, justiça distributiva, gênero, biosfera, saúde, etc.). (2000, p. 135-139).

⁹ Adota-se a idéia de “comunidade ética” proposta por Bauman (2005), de compromissos de longo prazo, compartilhamento fraterno, direitos e obrigações inalienáveis e perspectiva de futuro.

Em síntese, os autores acima referidos acenam fortemente com a noção de que, no atual mundo globalizado, questões de grande relevância como: democracia, paz, saúde, meio ambiente e justiça distributiva, entre outras, já não podem ser administradas dentro de cada Estado isoladamente, mas, ao contrário, impõe a necessidade de atuação supranacional conjunta.

2 DIREITOS SOCIAIS E O PROBLEMA DE SUA EFETIVIDADE

Notadamente o problema da efetivação dos direitos sociais pauta o que há de mais relevante no que tange ao desenvolvimento de uma sociedade. Negar este fato é aceitar banalmente a descomunal desigualdade social; é transformar, por exemplo, em paisagem externa a pobreza que incide no globo; é, com efeito, abandonar as responsabilidades individuais e coletivas. Por este motivo, o presente capítulo se ocupa da tarefa de analisar cientificamente as possibilidades e os óbices para a real efetivação dos direitos sociais.

2.1 Aspectos históricos do surgimento dos direitos sociais

Antes de se adentrar nos aspectos históricos do surgimento dos direitos sociais, se faz necessário retomar alguns aspectos históricos concernentes ao surgimento dos direitos individuais, isto para que seja seguida uma linha sincrônica dos fatos.

Vidal Neto (1979, p. 105) relata que a centralização monárquica do velho mundo europeu substituiu a descentralização da Idade Média e o “dogma calvinista da predestinação se concilia com o êxito material do indivíduo, estimulando seu sucesso nos negócios e, portanto, a busca de lucro”. Libera-se o empréstimo a juros, que fora proibido pela Igreja Católica. Assim, o capitalismo surge primeiro nos países reformados e é estimulado pelas idéias da Reforma. Nas palavras do autor:

Nesse ambiente instauram-se as idéias mercantilistas, que têm curso na Europa, entre 1450 e 1750. Embora tenha assumido modulações diferentes na Espanha, na França e na Inglaterra, o mercantilismo provocou minuciosa regulamentação da atividade econômica, pois entendia que a riqueza nacional estava diretamente ligada ao acúmulo de reservas metálicas. A proibição de saída de ouro e prata, a ampliação das exportações, a limitação das importações, o incentivo ao desenvolvimento da indústria para a

obtenção de maior quantidade de produtos exportáveis, foram as principais medidas utilizadas para a concretização das idéias mercantilistas. O Estado empenhou-se em realizá-las, impondo a regulamentação da atividade econômica. Esse intervencionismo estatal acabou por ser tomado como a brutal expressão do poder arbitrário do Estado que para si reservava todos os direitos, enquanto impunha aos indivíduos tão somente deveres. (1979, p. 105-106).

Dentro desta perspectiva, o intervencionismo estatal e a sujeição do indivíduo ao Estado acabam por ir de encontro aos interesses das classes produtoras, estas que por sua vez recorrem à proclamação da existência de uma ordem natural, de caráter providencial, a regular os fenômenos econômicos. Em consequência, o Estado abstém-se de intervir na atividade econômica, a fim de não alterar o mecanismo da lei natural, que organiza e reorganiza automaticamente a vida econômica. Estas idéias, posteriormente defendidas por Adam Smith lançaram as bases fundantes do liberalismo (GASTALDI, 1970).

Como exemplo histórico da idéia de regulamentação do governo em prol do indivíduo, Vidal Neto (1979, p. 109) diz:

A Magna Carta, nos seus 63 parágrafos, estatui limitações à supremacia feudal e judicial do Rei. Subordina o estabelecimento de impostos ao conselho do reino e seu parágrafo 39, o mais famoso deles, estipula específica garantia da liberdade individual: “Nenhum homem livre poderá ser preso, detido, privado de seus bens, posto fora da lei ou exilado sem julgamento de seus pares ou por disposição de lei”.

A título de contextualização histórica a Magna Carta (Inglaterra – 1215) é apontada em consenso por vários historiadores como o marco inicial dos direitos individuais (ZIPPELIUS, 1974, p. 161). Cinco séculos depois ocorre a primeira declaração de direitos americana:

A primeira declaração de direitos americana foi a de Virgínia, em 12 de junho de 1776, cujo exemplo logo é seguido por outras colônias. No seu art. 1º estipulava que “Todos os homens são por natureza livres e independentes de igual modo e possuem certos direitos originários. [...] nomeadamente o direito ao gozo da vida e da liberdade [...]”; assegurava também a liberdade de imprensa e a liberdade de culto. (VIDAL NETO, 1979, p. 111).

Alguns anos depois, mais precisamente em 1789, proclamada pela Assembléia Constituinte francesa, vem a lume a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Diz Vidal Neto (1979) que não é a primeira declaração de direitos, mas seu preâmbulo e seus

dezessete artigos, redigidos em estilo lapidar e pontilhado de expressões brilhantes, assim como seu conteúdo perfeitamente afinado com a filosofia da época, vão propagá-la por toda a parte, convertendo-a em símbolo do liberalismo. Destacou, ainda, o autor, o caráter marcante destas Declarações como início do Estado Democrático de Direito e do moderno Constitucionalismo:

As Declarações de Direitos do século XVIII, notadamente a declaração Francesa, que se difundiu mais rapidamente, deram fisionomia ao Estado Democrático e estabeleceram os contornos do Estado de Direito. São também o fulcro do Constitucionalismo moderno e o marco inicial do Direito constitucional, definidos respectivamente, como um movimento e uma técnica de garantia da liberdade. (VIDAL NETO, 1979, p. 117).

Na seqüência do tempo, diante de novas condições sociais e econômicas, procede-se à revisão do liberalismo. É reformulado nos Estados em que perdura, mas mantém-se fiel aos seus princípios básicos, buscando estabelecer equilíbrio entre a liberdade e autoridade. O individualismo converte-se em personalismo (VIDAL NETO, 1979). Noutros termos, o Poder assume prevalência em relação ao indivíduo e a liberdade é concebida como emanção do Estado, isto é, a vontade individual concebida como fruto da vontade geral.

Se no período monárquico os produtores eram subordinados a um soberano, agora, a partir do Estado Liberal de Direito, se dá que o indivíduo se sucumbe no Estado, e ainda de forma dependente economicamente dos donos dos meios de produção. Em que pese no Estado Liberal de Direito sejam os indivíduos a fonte do poder político, a realidade inicial não trouxe a efetivação das liberdades individuais em teoria apresentadas. Assim, segundo Vidal Neto (1979, p. 121),

O embate do princípio liberal individualista com a realidade logo mostrará suas limitações e deficiências. O absentismo do Estado e a Revolução Industrial agravaram a “questão social”, revelando que a liberdade e a igualdade jurídica, afinal, só aproveitavam aos privilegiados da fortuna. Eram destituídas de realidade para os desprovidos de recursos e concorriam para apertar sua penúria e submissão. A liberdade dos aquinhoados pela riqueza transformava-se, de fato, em instrumento de jugo e servidão para os desvalidos. A igualdade jurídica de indivíduos social e economicamente desiguais dilatava as desigualdades de fato.

Com este argumento, Vidal Neto (1979) salienta que a Revolução Industrial introduziu profundas modificações na organização social e econômica. O trabalho dos artesãos em sua própria casa ou em pequenas oficinas foi substituído pelo trabalho nas

fábricas. Cresce a concentração operária nas cidades. Esses fatores, aliados ao "*laissez faire*", à livre concorrência, à liberdade de contrato e à abolição dos “corpos intermediários” conduzem à “incrível miséria da classe obreira” (RIVERO, 1956, p. 31). A concorrência entre os patrões leva-os a buscar a redução do preço de custo pela diminuição dos salários e pelo emprego da mão-de-obra até o limite da exaustão física; a concorrência entre os empregados faz com que aceitem salários muito baixos para não ficarem sem emprego; a disciplina das fábricas é rigorosa; crianças são engajadas no trabalho já a partir dos cinco anos; os alojamentos são precários; as jornadas de trabalho estendem-se por 14 ou 15 horas.

Retratando as relações de trabalho da época, escreve Vidal Neto (1979, p. 122-123):

A indignidade das condições de trabalho subordinado manifesta-se pela imposição patronal de condições de trabalho, exploração das meias forças, exigência de jornadas de trabalho excessivas, exposição a acidentes, insegurança da percepção de salários durante a inatividade e pela paga de salários inferiores às necessidades mínimas vitais. [...]

As Revoluções Inglesa, Americana e Francesa e a Revolução Industrial estão, portanto, na base da “questão social”. As primeiras trazendo o liberalismo jurídico, político e econômico, a abolição das corporações, a liberdade de contrato, a livre empresa e o absenteísmo estatal. A última modificando as condições de produção e trabalho. O trabalhador libertara-se do senhor feudal e do mestre das corporações, mas ficara sujeito ao dono da fábrica.

Contudo, apesar do embate entre opressores e oprimidos, a história não fica estagnada. Como exemplo, Vidal Neto (1979) evoca o surgimento das primeiras leis trabalhistas, os movimentos do ludismo e do cartismo na Inglaterra, as revoluções de 1848, na França e na Alemanha e a proclamação do manifesto comunista. Na fase de intensificação, destaca-se a atuação de Bismarck, que promulga a “ordenança industrial”, considerado como o primeiro código de trabalho do mundo moderno. O autor também elenca o reconhecimento da liberdade de associação, supressão do delito de coalizção, introdução do *seguro* social obrigatório, lei de acidentes do trabalho, etc., são fatos dessa época. O período de consolidação inicia-se com a publicação da célebre encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII (15.5.1891), pregando medidas para a melhoria das condições dos trabalhadores. Finalmente, na última etapa, o Tratado de Versailles, a fundação da Organização Internacional do Trabalho e as novas Constituições dão nível internacional e constitucional à regulamentação do trabalho, cujos princípios, logo em seguida, ascendem à Declaração Universal dos Direitos do Homem. Esse novo direito, que, em última análise, busca assegurar aos homens condições materiais e espirituais de vida e desenvolvimento, insere-se no quadro dos “direitos sociais” e,

se não os esgota, constitui sua parte medular. Os profundos problemas sociais e econômicos que surgem com a industrialização e a constatação de que a liberdade e a igualdade formal conquistadas não se realizaram materialmente gerou, a partir do século XIX, movimentos reivindicatórios, reconhecimento de direitos e o chamamento do Estado para atuar positivamente na concretização da justiça social (SARLET, 2007). Os “direitos sociais”, segundo Vidal Neto (1979, p. 124), abrangem, hoje em dia,

o direito a condições justas de trabalho e à proteção contra o desemprego, o direito a um nível suficiente de vida, à habitação, à assistência médica, os direitos à segurança social em caso de acidente, enfermidade, invalidez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência por circunstâncias independentes da vontade da pessoa, e o direito à educação.

Semelhante é o entendimento de Lafer (1991, p. 127) ao definir, sinteticamente, que ao Estado cumpre viabilizar o “direito do bem-estar social”.

Vidal Neto (1979, p. 124) estabelece uma espécie de dicotomia entre direito social e direito do trabalho, com a seguinte citação:

De fato, os direitos sociais, em sentido estrito, identificam-se com o direito do trabalho e surgem sobretudo como fruto das reivindicações dos trabalhadores, determinando crescente intervencionismo estatal. [...] A atuação do Estado diante do problema social manifestou-se juridicamente pela limitação da liberdade contratual e da autonomia da vontade e pela transformação da propriedade em função social. Essa atitude deu origem ao movimento que se convencionou chamar de socialização do direito ou dirigismo contratual, com repercussão em todos os ramos do direito e, não apenas na atividade legislativa, mas também na aplicação do direito e na sua interpretação judiciária e doutrinária. De outra parte, a atividade regulamentadora do Estado exprimiou-se especificamente com a criação de um ramo particular do Direito, o Direito do Trabalho que busca aplicar-se à promoção do desenvolvimento econômico, como condição da Justiça Social, isto é, visando proporcionar melhor repartição e mais ampla participação de todos nos benefícios da civilização.

Segue o autor, detalhando que, fruto da reivindicação dos trabalhadores, os direitos sociais encontram no século XX aportes constitucionais para a sua legitimação. Eles são consagrados na Constituição Mexicana de 1917, sempre lembrada por seu pioneirismo, pela Constituição Alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, que exerce profunda influência sobre as Constituições do primeiro pós-Guerra, servindo-lhes de modelo e inspiração; a Constituição Espanhola de 1931, por sua vez, também presentifica os direitos sociais. E, neste ponto, assevera o autor:

A tendência das novas Constituições inspiradas por esses modelos, especialmente pela Constituição de Weimar, orienta-se no sentido de dispor sobre o conjunto da vida social, dando corpo à "racionalização do poder", consoante expressão de B. Mirkine. Guetzevitch. Destaca o celebrado constitucionalista que as Declarações de 1789 e 1793 já contemplavam obrigações positivas do Estado, quanto à instrução pública e à assistência social e a Constituição francesa de 1848 cuidava da proteção ao trabalho. Todavia, o direito constitucional do primeiro após-guerra expande a tendência social e as novas declarações de direitos determinam novos direitos sociais, que ampliam as obrigações do Estado quanto à proteção da família, à instrução pública, à organização da vida econômica, etc. e paralelamente limitam certos direitos clássicos, como o direito de propriedade, que passa a ser definido como função social. O Estado Moderno, assevera Guetzevitch, "não pode contentar-se com o reconhecimento da independência jurídica do indivíduo, deve, ao mesmo tempo, criar um mínimo de condições jurídicas, que permitam assegurar independência social ao indivíduo". (VIDAL NETO, 1979, p. 128).

O autor preconiza a idéia de que com a divulgação do modelo constitucional, ao lado dos direitos individuais passam a ser distinguidos os direitos sociais, colocadas ambas as categorias em igual plano. As liberdades clássicas, por assim dizer, conservam a natureza de direitos essenciais e fundamentais e os novos direitos ascendem à mesma dignidade. Dessa forma, as Constituições do primeiro pós-guerra deixam de ser exclusivamente políticas e assumem caráter político-social. Refletem, pois, a preocupação de proporcionar ao indivíduo condições de vida digna e de estabelecer uma ordem social mais equânime (VIDAL NETO, 1979). Lafer (1991) trilha semelhante entendimento e, denominando os direitos sociais de direitos de crédito, diz que os direitos sociais têm a função de tornar reais os direitos formais, notadamente os direitos de igualdade e liberdade.

Diferentemente das declarações clássicas anteriormente mencionadas, segue que em 1918 foi promulgada a "Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado", oriunda do III Congresso Pan Russo. Declaração cujo empenho é lançar as bases da organização socialista da sociedade, mediante a abolição da propriedade privada da terra e dos meios de produção. A Rússia é declarada uma República de operários, soldados e camponeses e são excluídas do "direito comum às classes e os indivíduos ligados às estruturas do regime abolido" (VIDAL NETO, 1979, p. 134). Nota-se que a idéia de indivíduo ganha um *status* subalterno ao coletivo. Posteriormente a história mostra uma reivindicação do não desaparecimento do individual.

No mesmo sentido escreve Corrêa (2002, p. 175):

Em termos históricos, podemos afirmar que o modelo liberal, consolidado ao longo do século XIX e embasado no binômio Estado/indivíduo (com a exclusão do social), entrou em crise em fins do mesmo século e primórdios do século XX, ao desencadear-se o processo de politização da sociedade, antes excluída da normatização constitucional, resultante da agudização das contradições de classe do modelo capitalista.

Conforme esta perspectiva, as Constituições da França de 1946, da Itália de 1947, da Alemanha de 1949, da Argentina de 1949, do Uruguai de 1951, por exemplo, reconhecem, ao lado dos direitos sociais, direitos individuais e econômicos, dando-lhes a mesma dignidade (VIDAL NETO, 1979).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1987), este novo conjunto de direitos (sociais) que passou a ser constitucionalmente consagrado a partir do início do século XX significou uma revisão dos postulados do Estado Liberal para a sua própria sobrevivência, em face dos movimentos dos trabalhadores e ascensão dos partidos socialistas e cristãos.

Na década de 40 do século XX é importante ressaltar o cenário político no qual a Europa se encontrava, isto é, um cenário hostil de guerra entre povos. Contudo, como alternativa de um novo viés, uma corrente mundial favorável aos direitos do homem e da manutenção da paz ganha força. Conforme explica Vidal Neto (1979, p. 137-138):

Na década de 1940 havia uma corrente mundial a favor dos direitos do homem especialmente entre povos envolvidos em guerra. Esse movimento se exprimia em mensagens da Igreja, em obras de juristas e filósofos, nas campanhas da Imprensa, etc. e foi levado a várias Conferências Internacionais. Por outro lado a necessidade de assegurar a cooperação internacional para a manutenção da paz era vivamente sentida e determinou a formação da Organização das Nações Unidas, em 1945. Sendo evidente que não pode existir paz onde não houver justiça social, surge, portanto, a idéia de uma Declaração de Direitos que fixasse as diretrizes para a reorganização dos Estados. Dessa forma, uma das principais metas da Organização das Nações Unidas passou a ser a elaboração de uma declaração de direitos. Em fins de 1946, iniciaram-se os trabalhos preparatórios dessa declaração e, aos dez de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas promulgou a Declaração dos Direitos do Homem.

A Declaração pode ser considerada como um dos principais expoentes da promulgação dos direitos sociais. Ela compreende, segundo o autor, um preâmbulo e 30

artigos; os primeiros 21 artigos são dedicados aos direitos individuais e os artigos 22 a 27 dispõem sobre os direitos sociais. Os artigos 29 a 30 dizem respeito aos deveres para com a comunidade e à limitação de atividades que comprometam os direitos e liberdades estabelecidas pela Carta. A importância do preâmbulo merece ser destacada, porquanto revela o embasamento e os propósitos da Declaração. Seu principal fundamento, prossegue Vidal Neto (1979, 136), consiste em reconhecer a dignidade da pessoa humana e a igualdade dos direitos de todos, como base da liberdade, da justiça e da paz. Está expresso no primeiro *considerandum* do preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”. Outros *considerandos* do preâmbulo manifestam que a Declaração professa sua fé no ideal democrático, no progresso social e na “instauração de melhores condições de vida, num clima de maior liberdade” e no ideal de uma concepção dos direitos fundamentais da pessoa humana, comum a todos os povos. Infere-se que a idéia-força, a base substancial da Declaração, é o reconhecimento da dignidade e do valor da pessoa humana, idéia que se irradia por todos os seus artigos. No corpo da Declaração, o grupo dos direitos individuais consagra o direito à vida, à inviolabilidade de domicílio e correspondência; o direito à nacionalidade, o valor fundamental da família, o direito de propriedade; a liberdade de consciência e de expressão do pensamento, a liberdade de reunião e de associação, o direito de participação da vida política, etc. O grupo dos direitos sociais, sinaliza Vidal Neto (1979), abrange o direito à segurança social, ao trabalho e ao salário justo, o direito ao repouso e ao lazer; à saúde e a um nível de vida suficiente, à educação, ao ensino e à cultura. Contudo, explica Vidal Neto (1979, p. 138-139), a declaração não atinge uma total consonância no que tange os limites da intervenção estatal, em suas palavras:

Vale notar que, em alguns pontos, a Declaração reflete as diferentes concepções sociais dos estados do Ocidente e do bloco socialista, que participaram de sua elaboração. Os redatores adotaram certas fórmulas de conciliação e compromisso, com o propósito de permitir a aprovação unânime, que afinal, não foi conseguida. Esse caráter de compromisso revela-se na disposição sobre o direito de propriedade, que é reconhecida a todas as pessoas, isoladamente ou em coletividade. Outro ponto que causou debates foi precisamente a importância a ser dada aos direitos individuais e sociais. Os estados socialistas entendiam que os direitos sociais deviam ter prioridade sobre os direitos individuais, enquanto as democracias liberais, sentindo a necessidade de promover os direitos sociais temiam que pudessem dar curso ao autoritarismo estatal.

Vidal Neto (1979) fundamenta que a incongruência entre os Estados Socialistas e as Democracias liberais sobre a Declaração foi vencida mostrando-se a ligação dos direitos sociais com a proteção do indivíduo, quanto à segurança social e introduzindo-se o direito social como direito individual, que só pode ser exercido pela participação no desenvolvimento da sociedade.

Até aqui foi possível verificar a seqüência e as razões históricas que culminaram com o surgimento dos direitos sociais. Também revela o histórico acima delineado que os direitos sociais da forma como hoje os concebemos, isto é, como direitos fundamentais, são relativamente novos. Estes, por evidente, sofreram um processo de reconhecimento que implicou na sua evolução, consagração e positivação. A esse respeito, escreve Cavero (1998, p. 69):

[...] los derechos irían surgiendo em oleadas em la medida que los hombres, sus sociedades y sus gobernantes estimen oportuno, em cada momento, plantear el reconocimiento de ciertas exigencias básicas para el ser humano: primero, fueron exigencias relacionadas con la vida y la libertad individual; luego, con las libertades políticas y el derecho a participar en el gobierno de la sociedad; a continuación, la exigencia de combinar libertad con igualdad, sobre todo para la satisfacción de ciertas necesidades básicas; finalmente, exigencias más controvertidas que afectan a la humanidad entero y/o que tienen que ver con los avances tecnológicos y con la mundialización de la economía, la política y la cultura.

Desta forma, a fim de identificar e compreender o elenco dos direitos fundamentais reconhecidos, sob o ponto de vista histórico, os autores os classificam (ou denominam) por “dimensões” ou “gerações”. As classificações adotadas por Bedin¹⁰ e Sarlet¹¹ sintetizam os diversos autores. Tanto para os que adotam a classificação geracional quanto para os que adotam a classificação dimensional, observa-se que há profunda identidade de direitos entre a terceira geração e a segunda dimensão, qual seja, o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais.

¹⁰ Bedin (2002) propõe a seguinte classificação:

- a) direitos civis ou direitos de primeira geração;
- b) direitos políticos ou direitos de segunda geração;
- c) direitos econômicos e sociais ou direitos de terceira geração e
- d) direitos de solidariedade ou direito de quarta geração.

¹¹ Sarlet (2007) classifica em três dimensões: primeira dimensão (direitos civis e políticos); segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais) e terceira dimensão (direitos de solidariedade e fraternidade). O autor, ancorado em proposta de Paulo Bonavides, não descarta uma quarta dimensão.

Sarlet (2007, p. 57), ressaltando que os direitos fundamentais, de “forma embrionária e isoladamente” já haviam sido contemplados em Constituições do final do século XVIII e do século XIX, escreve que “é, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais”. Semelhante é o entendimento manifestado por Bedin (2002).

Trazendo o tema dos direitos sociais para dentro da realidade histórica brasileira, Telles (1999) relata que no Brasil essa concepção universalista de direitos sociais foi incorporada muito tardiamente, apenas em 1988, na nova Constituição, que é uma referência política importante em nossa história recente, tendo sido celebrada como referência fundadora de uma modernidade democrática que prometia enterrar de vez 20 anos de governos militares. É importante saber que esses direitos estão inscritos na lei e é importante lembrar que, em algum momento na história dos países, fizeram parte dos debates e embates que mobilizaram homens e mulheres por parâmetros mais justos e mais igualitários no ordenamento do mundo, diz a autora.

Importante ressaltar, entretanto, que o século XX marca a positivação definitiva e fundamentaliza os direitos sociais, com o que não se nega que em momentos anteriores, tenham havido leis ou normas que asseguraram algum direito social, conforme acima já destacado.

2.2 Objeto e limites dos direitos sociais na teoria constitucional contemporânea

No capítulo anterior foi destacada a “fundamentalização” dos direitos sociais como sendo característica do Estado Social. E, acerca dos direitos fundamentais, escreve Sarlet (2007, p. 25):

Que os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gradativa consagração no direito internacional e constitucional. Praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições.

Nesta perspectiva, conforme leciona o autor, ainda que não estejam positivados em suas Constituições, é comum ver-se que os Estados tornam-se signatários de acordos internacionais que prevejam tais direitos. A título de ilustração, o Brasil subscreveu a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominado de “Pacto de San José da Costa Rica”, a qual, prevê, exemplificativamente, em seu artigo 11, a proteção dos direitos individuais “da honra e da dignidade”¹². Em síntese, com base na lição de Sarlet (2007), pode-se afirmar que todos os Estados consagram direitos sociais, o que remete à idéia de universalidade e, ainda, à noção de que o reconhecimento de direitos sociais não é exclusividade dos Estados Sociais.

No mesmo entendimento, Leivas (2006) refere que, mesmo não positivados diretamente em suas Constituições, os direitos sociais não perdem a sua característica de fundamentalidade. A esse respeito, escreve o autor:

Direitos fundamentais sociais são direitos garantidos por meio de normas constitucionais. Na literatura jusfundamental alemã, discute-se sobre a possibilidade de direitos fundamentais sociais não expressos diretamente serem associados de modo interpretativo a outras normas constitucionais. Tal debate assume especial relevo na Alemanha, porque, na Lei Fundamental alemã, há somente um direito fundamental social exposto. Embora, da cláusula do Estado Social, a jurisprudência e doutrina alemãs não associem, por si só, direitos fundamentais sociais, uma interpretação dessa cláusula em conjunto com outras normas constitucionais - em especial os direitos à liberdade fática, à vida e à integridade corporal - conduz ao reconhecimento de direitos fundamentais sociais não estatuídos expressamente. (2006, p. 89-90).

Nesta perspectiva, a fundamentalidade dos direitos sociais decorre da interpretação sistêmica e harmônica dos princípios orientadores do texto constitucional. Ressalte-se, entretanto, que parte da doutrina não só não aceita a idéia de direitos sociais fundamentais não positivados, como também não reconhecem o caráter de direitos subjetivos individuais¹³, tema este que será abordado no terceiro capítulo deste trabalho.

Acerca dos direitos sociais, segundo Bedin (2002, p. 62):

¹² Decreto nº 678, de 06.11.1992 (BRASIL, 2007).

¹³ Entre eles, Hesse (1994); Häberle (1997).

Esta terceira geração de direitos compreende os chamados direitos de créditos, ou seja, os direitos que tornam o Estado devedor dos indivíduos, particularmente dos indivíduos trabalhadores e dos indivíduos marginalizados, no que se refere à obrigação de realizar ações concretas, visando a garantir-lhes um mínimo de igualdade e de bem-estar social. Estes direitos, portanto, não são direitos estabelecidos “contra o Estado” ou direitos de “participar no Estado”, mas sim direitos garantidos “através ou por meio do Estado”.

Diz o autor, ainda, que esta nova geração de direitos não trata de um novo deslocamento da noção de liberdade, mas sim da revitalização do princípio da igualdade. Enquanto as duas primeiras gerações de direitos representaram uma herança do liberalismo, esta é “um legado do socialismo” (BEDIN, 2002, p. 62).

O autor, ao abordar a terceira geração de direitos fundamentais, especificamente quanto aos direitos sociais, no texto acima transcrito, não refere expressões tais como: “objetivos” ou “finalidade” destes direitos. Entretanto, depreende-se que os direitos sociais e econômicos têm como finalidade garantir um mínimo de igualdade e bem-estar social, possibilitando que o indivíduo possa ter efetiva participação ativa na sua comunidade, no seu Estado, o que encontra respaldo nas palavras de Agesta (1976, p. 512), quando diz que “não basta que seja permitido que eu leia para tornar efetiva minha liberdade de ler; é necessário que eu saiba ler e que tenha livros ao meu alcance.”

García-Pelayo (1996, p. 26-27) também aborda o tema, escrevendo:

Si el Estado social significa un proceso de estructuración de la sociedad por el Estado (correlativo a un proceso constante de estructuración Del Estado por la sociedad), hay que preguntarse sobre los valores y fines que lo orientan. Los valores básicos Del Estado democrático-liberal eran de libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos em la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. El Estado social democrático y libre no solo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro. Así, no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real.

De forma bastante semelhante a Bedin, García-Pelayo (1996) também reconhece que enquanto o Estado Democrático e Liberal assentava-se nos direitos civis e políticos, o Estado

Social confirma estes valores e busca dar-lhe uma dimensão material, ou seja, pretende dar efetivas condições para o indivíduo integrar-se e participar do Estado, transformando a liberdade, até então mera previsão formal, em condições de ser verdadeiramente exercitada. Ressalta que, enquanto no Estado Liberal se assegurava a justiça formal, ou seja, direitos sem conteúdo, e objetivava-se a inibição do poder do Estado, agora, o Estado Social, tem caráter distributivo e busca a justiça material, mediante uma atuação positiva do Estado na realização, das prestações sociais, principalmente.

Segundo o autor, portanto, os “valores e os fins” que se busca com o Estado Social é a reunião de condições para a efetivação dos ideais democráticos e de liberdade pregados desde o século XVIII (GARCÍA-PELAYO, 1996). Há a necessidade de “correção das desigualdades sociais”, para que os cidadãos reúnam condições materiais mínimas que possibilitem o real exercício da liberdade, para que esta não seja tão somente um direito formal, desprovido de conteúdo e de efetividade. Sustenta, o autor, que ao Estado cabe a atuação positiva para viabilizar a segurança material aos seus cidadãos frente às necessidades econômicas, sejam estas permanentes ou eventuais, mediante a concretização dos direitos sociais, tais como a instituição de salário mínimo, seguro desemprego e sistema de saúde. Prossegue o autor¹⁴:

Bajo estos supuestos, el Estado social ha sido designado por los alemanes como el Estado que se responsabiliza por la “procura existencial” (*Deseinvorsorge*), concepto formulado originalmente por Forsthoff y que puede resumirse del siguiente modo. El hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones y de bienes y servicios materiales e inmateriales, en una palabra, por unas posibilidades de existencia a las que Forsthoff designa como espacio vital. Dentro de este espacio, es decir, de este ámbito o condición de existencia, hay que distinguir, de un lado, el espacio vital dominado, o sea, aquel que el individuo puede controlar y estructurar intensivamente por sí mismo o, lo que es igual, el espacio sobre el que ejerce señorío (que no tiene que coincidir necesariamente con la propiedad) y, de otro lado, el espacio vital efectivo constituido por aquel ámbito en el que el individuo realiza fácticamente su existencia y constituido por el conjunto de cosas y posibilidades de las que se sirve, pero sobre las que no tiene control o señorío. (1996, p. 27).

¹⁴ García-Pelayo (1996, p. 27) explicita, de forma exemplificativa, sua definição de espaço vital: “Así, por ejemplo, el pozo de la casa o de la aldea, la bestia de carga, el cultivo de su parcela por el campesino o la distribución de los muebles en la propia vivienda, pertenecen al espacio vital dominado; el servicio público de aguas, los sistemas de tráfico o de telecomunicación, la ordenación urbanística, etc., pertenecen al espacio vital efectivo.”

Nesta perspectiva, o autor procura demonstrar que em determinadas áreas o indivíduo não dispõe de meios ou condições que permitam a satisfação de suas necessidades, seja por razões de controle do Estado ou mesmo do mercado. E, as necessidades às quais se refere o autor não se trata de frivolidades ou luxo, mas sim cuida-se de necessidades vitais, que dizem respeito diretamente à “própria existência”. Não é difícil perceber ao que se refere o autor, bastando que se atente, por exemplo, à questão de fornecimento de água potável ou de energia elétrica, “bens” disponíveis para aqueles que possam pagar o seu fornecimento.

Em tais cenários, nos quais se verifica a incapacidade do indivíduo de prover as necessidades essenciais, situação a que o autor denomina de “instabilidade da existência”, diz que a presença do Estado é obrigatória:

Ante ello, le corresponde al Estado como una de sus principales misiones la responsabilidad de la procura existencial de sus ciudadanos, es decir, llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo, tarea que, según Forsthoff, rebasa tanto las nociones clásicas de servicio público como de la política social *sensu stricto*. Para terminar con este tema, es interesante mencionar la tesis de Huber según la política estatal para la existencia (*Vorsorge für Dasein*) debe consistir en garantizar las condiciones de libertad del individuo en la sociedad de nuestro tiempo y no en anularla mediante un sistema perfecto de protección estatal. (GARCÍA-PELAYO, 1996, p. 27).

Importante realçar do texto do autor, também, a noção de que a função do Estado não é simplesmente criar um “perfeito sistema de proteção estatal”, isto é, o papel do Estado deve ultrapassar a mera atividade assistencialista de alcançar aos indivíduos o necessário para a sua sobrevivência, sob pena de criar uma classe de “dependentes” do Estado. Vai além. Deve o Estado, nas palavras do autor, “consistir em garantir as condições de liberdade do indivíduo”, ou seja, propiciar meios e condições para que o indivíduo possa, mediante seu desenvolvimento e seu trabalho, gerar renda para si próprio e seu grupo familiar, sem dependência do Estado.

Observa, ainda, García-Pelayo (1996, p. 27), que a evolução e o constante desenvolvimento que as sociedades apresentam, trazem “necessidades” que não se limitam àquelas camadas populacionais tradicionalmente consideradas como excluídas:

Como antes se ha dicho, la procura existencial no se agota en las medidas a favor de las clases economicamente débiles, sino que se extienden a la generalidad de los ciudadanos, ya que a todos alcanza la incapacidad para dominar por si mismos sus condiciones de existencia, es decir, la

menesterosidad social em sentido amplio Del concepto. Naturalmente, esto no quiere decir que la menesterosidad sea igualmente acuciante para todos los grupos y estratos de la sociedad y, por consiguiente, es claro que unas colectividades deben ser objeto de mayor atención que otras.

Depreende-se do texto, então, que o desenvolvimento tecnológico e o mercado trouxeram uma nova realidade e um novo conjunto de necessidades para os indivíduos do “nosso tempo”, sem as quais o indivíduo não realiza a sua “existência” ou, dito de outra forma, sem as quais o indivíduo será um excluído. Entretanto, muitas destas necessidades o indivíduo não tem condições, por si só, de viabilizar a sua satisfação, razão pela qual o Estado deve intervir positivamente na sua viabilização. Realça, ainda, o autor, o constante crescimento destas necessidades que pertencem ao “espaço vital efetivo”, ou seja, aquele espaço não dominado pelo indivíduo, gerando novas e crescentes necessidades nas diversas classes sociais, não somente na classe mais carente, embora nesta sejam necessárias as maiores atenções (GARCÍA-PELAYO, 1996). Na mesma linha de constatação do crescimento dos direitos sociais, fruto da evolução política, social e econômica das sociedades, a obra de Bobbio¹⁵.

Sarlet (2007, p. 56-57), acerca do que se pode definir como sendo as finalidades dos direitos sociais, escreve:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo dos direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”.

Nesta linha, observa-se que Sarlet (2007) também reconhece que ao Estado cabe um atuar positivamente, e não mais a simples posição de garantidor da ordem social, assim entendida a defesa da liberdade do indivíduo e da propriedade. Ao Estado cabe, agora, concretizar as liberdades então catalogadas.

¹⁵ Para Bobbio (1992, p. 77), “Numa sociedade em que só os proprietários tinham cidadania ativa, era óbvio que o direito de propriedade fosse levado a direito fundamental; do mesmo modo, também foi algo óbvio que, na sociedade dos países da primeira revolução industrial, quando entraram em cena os movimentos operários, o direito do trabalho tivesse sido elevado a direito fundamental.”

Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Como oportunamente observa P. Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”, entendida num sentido material. (SARLET, 2007, p. 57).

Ressalta o autor, ainda, que os direitos de segunda dimensão, embora sejam tradicionalmente conhecidos como direitos que determinam uma atuação positiva do Estado, também consagram as denominadas “liberdades sociais”, das quais são exemplos: a liberdade de sindicalização, direito de greve e direitos fundamentais dos trabalhadores (SARLET, 2007).

Sarlet (2007, p. 56) afirma que os direitos sociais visam à “realização da justiça social”, assim entendida a possibilidade de propiciar a “igualdade material”, qual seja, prover os indivíduos, notadamente aqueles integrantes das classes menos favorecidas, de condições mínimas, entre as quais: assistência social, saúde, educação e trabalho.

Do conjunto de autores e textos acima reproduzidos, nada obstante as variações terminológicas e eventuais diferenças de enfoque, em síntese, pode-se afirmar que há consenso quanto à finalidade dos direitos sociais: buscam a realização da justiça social, compensando as desigualdades sociais e dando condições materiais para que os indivíduos possam exercer os primados clássicos de “vida, liberdade e igualdade”, de forma efetiva e democrática, tornando-se cidadãos ativos com capacidade de participação social deliberativa.

Conforme demonstrado, ainda que os direitos sociais tragam a noção de fundamentalidade, a sua positivação Constitucional nem sempre ocorre, como é o exemplo da

Alemanha. No Brasil, desde a sua primeira Constituição, em 1824¹⁶, nos incisos XXXI e XXXII do art. 179, estavam positivados “os socorros públicos” e a “instrução primaria”, que poderiam se considerados, no modelo vigente, como os direitos sociais à saúde e à educação. A Constituição de 1934 também merece ser destacada, eis que teve o mérito de consagrar expressamente o “direito fundamental à subsistência”¹⁷. Seguindo esta tendência, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe, expressamente, um amplo rol de direitos fundamentais sociais, o que não veda o reconhecimento de outros direitos sociais, destes decorrentes, ou, ainda, de modo interpretativo. Neste sentido, a observação de Leivas (2006, p. 89-90):

A não-previsão, no texto constitucional brasileiro, do direito à satisfação das seguintes necessidades humanas leva ao juízo de não-superfluidade deste debate também em nosso país: alimentação, dormir (embora o dormir esteja associado à habitação, garantida no art. 6º da Constituição, o indivíduo pode estar em locais que não sejam a sua moradia, v.g., estar encarcerado, etc.), necessidades fisiológicas satisfeitas com dignidade (que leva à discussão sobre direito à construção de sanitários públicos), de beber água, de respirar, de praticar sexo (v.g., pode-se reconhecer um direito fundamental dos e das detentas a terem contatos sexuais com seus maridos, esposas, companheiras, namoradas, etc., o que vem a exigir a construção de locais apropriados nos estabelecimentos prisionais).

Por fim, também se deve atentar para a previsão encartada no § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira vigente, a qual expressamente reconhece a possibilidade de outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios” por ela adotados, bem como aos constantes em tratados internacionais que o Brasil seja parte.

¹⁶ “[...] Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXXI. A Constituição tambem garante os socorros publicos.

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.”

¹⁷ “[...] Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade [...]”

2.3 Direitos sociais, mínimo existencial e a reserva do possível: um diálogo de (im)possibilidades

A discrepância social existente no mundo facilmente se faz presente na sociedade em âmbito global. A hostilidade presente nas relações dos indivíduos no todo social está cada vez mais agravante. Não há um só dia em que os veículos de comunicação não relatem um ato de violência na sociedade. A insegurança e a barbárie “deixam”¹⁸ de ser absurdos e vão ganhando, passivamente, um *status* de costume pelos indivíduos (CUNHA, 2007). Os direitos fundamentais, conquistados ao longo dos anos com árduas lutas, fomentam um profícuo debate no tocante a sua real efetivação. Tratando da Constituição Federal do Brasil de 1988, Coan (2006, p. 8, grifo da autora) lembra que:

com a Constituição Federal de 1988 a saúde foi reconhecida como direito fundamental, entretanto ainda é vista como *caridade*. Influenciada por um discurso de globalização e neoliberalismo, o Poder Público continua a compreendê-la a partir de uma visão liberal-individualista atrelada à filosofia da consciência, ou seja, a partir da noção de um “mínimo existencial”. Dessa forma o serviço de saúde pública tem sido prestado de forma restritiva, limitada e deficiente, não atendendo às necessidades e carências do cidadão levando à sua inefetividade, pois desconsidera totalmente a relevância da pessoa humana, sua dignidade e o sentido de Estado retratado no texto Constitucional.

Ratificando a idéia acima, Piovesan (1998) comenta que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito que, por assim caracterizar-se, é um estado ético e moral, que tem como fundamento, entre outros, *a cidadania e a dignidade da pessoa humana*. No artigo em referência se encontra o princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, evidenciando que os direitos fundamentais são elementos básicos para que se realize o princípio democrático. Este distanciamento da realidade para com o texto constitucional encontra sua gênese na subordinação do poder público aos ditames do econômico.

¹⁸ Embora continuem sendo absurdos, passam a ser “naturalizados”, no sentido da expressão utilizada por Souza (2003).

Azevedo (1999, p. 115) traz a idéia do Estado como refém das leis de mercado e do grande capital internacional privado, que passam a controlar as instituições e órgãos que têm como função justamente o atendimento das necessidades sociais para as classes mais carentes:

No naufrágio dos bens sociais e dos serviços públicos (que, aliás, após as privatizações freqüentemente têm suas taxas sobre valorizadas), releve o sucateamento dos serviços de saúde e previdência, enquanto se alardeia a eficiência dos planos assistenciais privados. Supondo-se que assim fosse, de que recursos dispõem para este fim as pessoas de baixa ou baixíssima renda, que formam a indubitável maioria da população do Terceiro Mundo? Desta faixa populacional o Estado terá de continuar a incumbir-se, segundo o princípio, hoje transformado em regra, de que lucros se privatizam e prejuízos se socializam. Mas, com que recursos o faria o Estado, se já não os tem?

Na seqüência do raciocínio, o autor atribui ao modelo econômico neoliberal um esvaziamento de sentido de vida comunitária. Tudo é pensado à curto prazo, como se o caminho histórico só tivesse uma via, na busca do ganho imediato em tempo ínfimo, ainda que às custas da dignidade e solidariedade humanas, cuja perda não é vista como problema. A miopia da lógica econômico-financeira menospreza a ética, não questionando em exaurir recursos planetários indispensáveis à continuação da vida (AZEVEDO, 1999).

Dentro desta perspectiva econômica, segue que o Estado que governa melhor é o que governa menos (Estado Mínimo) (BOBBIO, 1992), porém, este diminuído governo é cabalmente enaltecido quando a favor da lógica neoliberal.

Conforme Azevedo (1999, p. 119),

No quadro do neoliberalismo global, em que se busca diminuir e apequenar o Estado, o que dele resta transforma-se em instrumento das empresas transnacionais, na busca de vantagens em seu proveito, à margem dos mecanismos institucionais, através do Poder Executivo e de pressões que este exerce sobre o Legislativo e o Judiciário. Por esta forma, a livre-empresa deixa, com freqüência, de empregar recursos próprios em seus negócios, fazendo-se substituir pelo Estado, que investe em seu lugar, bancando negócios, assumindo riscos, enquanto proclama não ter recursos para destinar a obras de cunho social.

Neste sentido, Silva (1999) não olvida que a única justificativa para a existência do Estado é a promoção do bem comum, cuja consecução se torna a cada dia mais complexa. Não fora essa necessidade - embora se torne culturalmente difícil conceber um mundo sem Estados -, não haveria justificativa lógica para a sua existência. O autor, em seu pensamento

crítico, aponta ainda que a escassez de conscientização social é um fator que oblitera a efetivação dos direitos fundamentais. Para o autor,

Os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados são princípios comuns em todas as ordens estatais contemporâneas. Entretanto, por tão óbvios que são, como regra sequer constam dos textos constitucionais comparados. Sua inclusão no texto brasileiro de 1988 soa como curiosa confissão da possibilidade de inexistência na consciência social. (1999, p. 524).

Segundo Canotilho (2000), expoente da teoria constitucional portuguesa, a Constituição pretende “dar forma”, “constituir”, “conformar” um dado esquema de organização política. Concernente à aplicabilidade do discurso teórico constitucional à sua real efetivação pelo poder público Canotilho (2000, p. 87) preconiza:

Uma das maiores dificuldades surgidas na determinação dos elementos constitutivos dos direitos fundamentais é esta: os direitos sociais só existem quando as leis e as políticas sociais os garantirem. Por outras palavras: é o legislador ordinário que cria e determina o conteúdo de um direito social. Este é o discurso saturado da doutrina e jurisprudência. Os direitos sociais ficam dependentes, na sua exacta configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa, concretizadora e conformadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade. Uma tal construção e concepção da garantia jurídico-constitucional dos direitos sociais equivale praticamente a um grau zero de garantia. Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platónica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado.

O autor sustenta que os direitos sociais, atrelados às possibilidades financeiras do Estado, têm sua efetivação de forma condicionante, isto é, sujeito a disponibilidade dos cofres públicos.

Neste sentido, segundo Canotilho (2000), se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*)¹⁹ para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social

¹⁹ Embora a cláusula (ou princípio) da reserva do possível vá ser examinada logo em seguida com maior vagar, registre-se, por ora e para compreensão deste tópico, que a mesma consiste, basicamente, como defesa do Estado para justificar a não-realização de ações que concretizem os direitos sociais pela ausência de recursos financeiros.

condicionado a reserva dos cofres cheios equivale a nenhuma vinculação jurídica. Ou seja, adotando-se a cláusula da reserva do possível numa concepção simplista poderia levar à negação dos direitos sociais. Deste cotejo, admite-se que a única vinculação razoável e possível do Estado na garantia de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social.

Esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais. Assim, por exemplo, o “rendimento mínimo garantido” não será a concretização de qualquer direito social em concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação), mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade. (CANOTILHO, 2000, p. 471).

O autor lembra que as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização destes direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstratas, cujo não cumprimento poderá justificar a inconstitucionalidade por omissão. Desta forma, Canotilho (2000, p. 1.378, grifo do autor) evoca o verdadeiro sentido da composição de um texto constitucional:

Uma das principais funções da constituição é a *função garantística*. Garantia de quê? Desde logo, dos direitos e liberdades. Uma das principais dimensões do constitucionalismo moderno - recorde-se - foi a de, através da constitucionalização dos direitos e liberdades, subtrair à livre disponibilidade do soberano (rei, estado, nação) a titularidade e exercício de direitos fundamentais. Nas constituições modernas, os direitos e liberdades não se reconduziam, em termos genéticos e segundo o “entendimento dos homens”, a qualquer idéia de competência subjectiva atribuída pelo poder político. Os direitos constitucionalmente garantidos e protegidos representavam a positivação jurídico-constitucional de direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e preexistentes ao estado. Em segundo lugar a constituição assume-se e é reconhecida como “direito superior”, como “lei superior”, que vincula, em termos jurídicos e não apenas políticos, os titulares do poder. Através da subordinação ao direito dos titulares do poder, pretende-se realizar o fim permanente de qualquer lei fundamental-a limitação do poder.

Os direitos sociais, consoante já vistos, têm como finalidade o equilíbrio social entre os integrantes de uma determinada sociedade, mais precisamente, entre os cidadãos de determinado Estado. Em que pese a forte noção de que haveria uma relativa universalização dos direitos sociais, o mesmo não se pode dizer da realidade social, política e econômica de cada Estado, o que implica que para um mesmo direito social, a intensidade de sua realização ou necessidade pode ser bastante distinta, seja pelo grau de atendimento já prestado, seja pelas limitações do Estado.

Neste cenário, considerando que talvez o Estado não possa realizar total e integralmente as ações positivas de que necessitam os cidadãos, num modelo ideal, porém, considerando a noção de universalidade de direitos sociais, a doutrina busca definir o que seria um “mínimo existencial” ou “mínimo vital”, para o qual o Estado não poderia deixar de concretizar ou, dito de outra forma, poderia ser considerado direito subjetivo dos cidadãos²⁰.

Não há certeza de quais direitos e a amplitude de suas concretizações que comporiam e atenderiam a um “mínimo existencial”, eis que as necessidades são variáveis temporal e espacialmente. Rosanvallon (1984, p. 27), ao tratar das finalidades do Estado-Providência, disse que estas consistiam “num programa ilimitado: libertar a sociedade da necessidade e do risco”. Leivas (2006, p. 123-125), ao estudar uma definição para “mínimo existencial”, igualmente abordou a teoria das necessidades, a qual subdivide-se em: **necessidades básicas**, como sendo aquelas “situações ou estados que constituem uma privação de aquilo que é básico ou imprescindível e que, em conseqüência, põe-nos diretamente com a relação de dano, privação ou sofrimento grave para a pessoa”; **necessidades intermediárias**, são “alimentos nutritivos e água limpa, moradia protegida, um ambiente laboral protegido de riscos, um ambiente físico desprovido de riscos, atenção à saúde apropriada, segurança na infância, relações primárias significativas, segurança física, segurança econômica, educação apropriada, segurança no controle de nascimentos, na gravidez e no parto.” Avança o autor, dizendo que:

As condições prévias de toda a ação individual, em qualquer cultura, são a saúde e a autonomia, portanto, estas constituem as necessidades humanas mais elementares e formam as pré-condições básicas para evitar prejuízos graves.

A saúde física, antes que a mera sobrevivência, constitui uma necessidade humana básica. Para desenvolver-se bem na vida cotidiana – com independência de sua atividade ou contexto cultural –, os seres humanos precisam ir muito mais além da mera sobrevivência. Eles devem gozar de um mínimo de boa saúde. Tendo em vista a proposta de definições universais e transculturais de necessidades, os autores optam por uma definição negativa de saúde física, vinculando-a com a ausência de enfermidade biológica, uma vez que enfermidades graves geralmente incapacitam a quem delas padece para participar todo o bem que poderiam na forma específica de vida na qual se encontrem. (LEIVAS, 2006, p. 125).

²⁰ Acerca das perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, ver Sarlet (2007).

Leivas (2006, p. 135), por fim, reconhece como definição mais completa de mínimo existencial, a formulada por Corinna Treisch:

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.

Rosanvallon (1984, p. 128, grifo do autor) também abordou a questão relativa aos mínimos, assim se manifestando:

Porque é que este programa de libertação da sociedade da necessidade é ilimitado? Muito simplesmente porque não faz mais que transpor para uma linguagem económica, o problema político da persecução da felicidade. ‘O fim da sociedade é a felicidade comum’, dizia a Constituição de 1793. A definição do Estado-providência como agente de libertação da necessidade é a tradução utilitarista desta afirmação.

Ora, a noção de necessidade, tal como a de felicidade, é tão vaga e confusa como o seu corolário, a noção de satisfação (responder a uma necessidade, é satisfazê-la). A noção de necessidade oscila entre o conceito de *sobrevivência* (satisfação das necessidades fisiológicas elementares) e o conceito de *abundância* (supressão das necessidades). Deste ponto de vista, o Estado-protector corresponderia à garantia de sobrevivência (protecção física da vida) e o Estado-providência à garantia de uma abundância “mínima” para todos os cidadãos. Mas o que é o mínimo? Ele é, por definição histórica, evolutivo, porque é sempre apreciado em relação a uma situação social “média”. Abandonando a simples referência à sobrevivência (ela própria podendo ser considerada relativa), deixa de haver uma norma “objectiva” para fixar um mínimo de nível de vida que corresponda à satisfação das necessidades primárias ou elementares.

Depreende-se que as chamadas necessidades básicas e parte das necessidades intermediárias, assim referidas por Leivas, ou as necessidades fisiológicas, assim denominadas por Corinna Treisch, as quais implicam diretamente na sobrevivência do indivíduo, inegavelmente devem ser consideradas integrantes deste conjunto de “mínimo existencial”. É de observar-se, também, que os doutrinadores não ficam restritos, exclusivamente, a tais necessidades. Ambos ressaltam o fundamental atendimento às demais necessidades que possam conduzir o indivíduo à sua realização pessoal, à busca da felicidade²¹, ao convívio social e à solidariedade (ROSANVALLON, 1984).

²¹ A esse respeito, Rocha (2005, p. 440) questiona: “Ou a felicidade humana não é questão que concerne ao Estado?”

Quanto ao denominado “princípio da reserva do possível”, é uma tese de defesa do Estado, consistente na não-realização de prestações positivas, entre elas dos direitos sociais, em face da limitação orçamentária. No Brasil, a limitação é defendida tanto por obediência à lei orçamentária, bem como pela insuficiência de recursos, característica marcante desta cláusula.

Acerca da origem da reserva do possível, escreveu Leivas (2006, p. 97-98):

Na discussão sobre as restrições aos direitos fundamentais sociais, a cláusula da reserva do possível é amiúde invocada. Ela foi referida no julgamento do caso *Numerus Clausus I* pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. *Numerus clausus* é a denominação de uma política adotada na Alemanha, em 1960, para limitar numericamente os ingressos de estudantes em determinados cursos universitários face à grande quantidade de interessados em áreas como o direito, medicina, farmácia e outras. Estudantes que não lograram ser admitidos nas escolas de medicina com base no art. 12 da Lei Fundamental, que prevê o direito de todo alemão à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação. Nessa decisão, o Tribunal Constitucional Federal distingue entre dois direitos: um direito “a participar” nas instituições educativas existentes e um direito à criação de novas vagas.

Importante ressaltar que a “reserva do possível” foi, então, tese defensiva do Estado alemão frente à pretensão de indivíduos que entenderam que o seu direito fundamental à educação **de nível superior** em escolas públicas fora violado. Ou, dito forma mais direta, o confronto era entre o “direito” público e gratuito ao ensino superior, além das vagas já existentes, e a possibilidade orçamentária do Estado.

Quanto ao acatamento da cláusula da reserva do possível como justificativa para a não-realização de direitos fundamentais, de maneira geral os autores reconhecem a possibilidade de restrições ou limites na concretização de tais direitos²². A título de ilustração, no caso ocorrido na Alemanha e acima narrado - *Numerus Clausus I* -, a doutrina não dissente da legitimidade do reconhecimento da impossibilidade de realização, decorrente da inexistência de recursos financeiros do Estado. Pode ocorrer, ainda, que mesmo ante a existência de recursos, estes sejam limitados e se faça necessária uma única opção de investimento frente a diversas possibilidades. Para estes cenários, em que também poderá

²² Neste sentido, Alexy (1997); Canotilho (2000); Bonavides (1998); Sarlet (2007); Leivas (2006).

haver a preterição de um direito fundamental, a doutrina reconhece a necessidade de fazer-se uma ponderação²³ entre os princípios ou direitos envolvidos, evidentemente, optando-se por aquele de maior relevância social.

Adotadas as concepções acima referidas de “mínimo existencial” e “cláusula da reserva do possível”, surge uma questão de extrema relevância quanto à efetividade dos direitos sociais, qual seja, se uma é (ou pode ser) excludente da outra. Ou, dito de outra forma, consiste em verificar se poderia o Estado, de forma legítima, invocar a cláusula da reserva do possível para deixar de prestar os direitos sociais que compõem o denominado “mínimo existencial”.

Importante destacar, também, que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao decidir-se acerca da cláusula da reserva do possível, expressamente sentenciou que: “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.” (BverfGE apud KRELL, 2002, p. 52).

No que tange à questão financeira propriamente dita, ou seja, quanto à inexistência ou escassez de recursos, esta é uma decisão político-administrativa. A receita de um Estado é, basicamente, oriunda dos tributos a que ficam submetidas as pessoas físicas e jurídicas da sociedade. Singelamente, quanto maior a necessidade de receita do Estado, maior deverá ser a tributação sofrida pelo conjunto de contribuintes. E o Estado Social tem enfrentado o crescimento de suas despesas públicas em face das políticas sociais e dos mecanismos de redistribuição em nível superior ao seu crescimento econômico, o que ocorreu, notadamente, após o ano de 1974 (ROSANVALLON, 1984). Tomando o exemplo da França, escreve Rosanvallon (1984) que no período de 1959 a 1973, os descontos obrigatórios variaram de 32,8% a 35,7% do PIB. Já no período posterior, de 1973 a 1983, passaram de 35,7% para 44% do PIB. Olhando para tais dados, questiona o autor se demonstrariam ter atingido um limite suportável pelo Estado ou, ainda, se haveria a necessidade de realizar um novo equilíbrio social. Nas palavras do autor:

Em qualquer dos casos, existem soluções financeiras teóricas. Mas elas geram conseqüências que são de ordem social e política porque implicam a

²³ A doutrina denomina de “Preceito de Proporcionalidade”, dentre eles: Alexy (1997) e Ávila (2004).

modificação do equilíbrio social existente entre os indivíduos, as categorias sociais e os agentes económicos. [...].

O problema central é, portanto, o seguinte: *há um limite sociológico para o desenvolvimento do Estado-providência e para o grau de redistribuição que o seu financiamento implica?* Em 1974, Giscard d'Estaing estimava que se verificaria uma “verdadeira mudança na sociedade” se os descontos obrigatórios ultrapassassem a barra dos 40%. Estão, hoje, nos 44%. Devemos, então, colocar a barra mais acima? Estamos certos de que a sociedade francesa não pode ir até uma taxa de 45% ou 50%, como acontece em outros países? Poderemos afirmar, como o relatório do VIII Plano, que “se a subida dos descontos obrigatórios observada no passado prosseguisse, chegaria rapidamente a uma incompatibilidade com a sociedade de iniciativa e de responsabilidade escolhida pelos Franceses”? (1984, p. 15, grifo do autor).

Nesta perspectiva, percebe-se que não há certeza acerca do nível de recursos possíveis de serem destinados às políticas públicas sociais sem que haja comprometimento da gestão macro-financeira de um Estado, pois a fixação de um percentual decorreria da própria definição de sociedade pretendida. Porém, mesmo considerando que seja possível - ou desejável - a definição de um percentual dos recursos arrecadados pelo Estado para serem investidos nesta área, há que se atentar que os direitos sociais, por serem expressamente consagrados no texto constitucional, atuam como vetores na elaboração dos orçamentos e dos gastos públicos, notadamente quando estejam em voga os “mínimos existenciais”. Discorrendo acerca da vinculação do legislador, segundo Alexy (1997, p. 495):

También los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal, en su decisión sobre el dinero para la vivienda de quienes reciben asistencia social aumentó, con consecuencias financieras, el círculo de quienes tenían derecho a esta prestación, a fin de eliminar una desigualdad de tratamiento y, en una decisión sobre la duración de la prisión preventiva, obligó al Estado a facilitar los medios necesarios para evitar una prisión preventiva desproporcionalmente larga. Todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador; a menudo lo hacen de una forma incómoda para éste y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos.

Idêntica é a afirmação de Rocha (2005), de que os conteúdos do “mínimo existencial” dos direitos sociais constantes na Constituição Brasileira são informadores para todas as funções do Estado, ou, dito de outra forma, que o legislador estaria adstrito à sua concretude quando da elaboração das leis orçamentárias, trazendo a forte convicção de que os denominados “mínimos existenciais” deverão ser contemplados preferencialmente no

momento de alocação de recursos, sob pena de tais normas padecerem de inconstitucionalidade material por afronta ao texto constitucional.

A noção de que os “mínimos existenciais” têm necessariamente que ser atendidos, ganha tamanha amplitude que Rosanvallon (1984, p. 23-24), por exemplo, acena com uma idéia supletiva frente às possíveis dificuldades orçamentárias do Estado. O autor trabalha com a idéia de “modificação do equilíbrio social existente entre os indivíduos, as categorias e os agentes econômicos”, para fazer frente às crescentes necessidades sociais. Isto decorre da sua linha de entendimento de que foi em momentos de situações de extremas dificuldades que as sociedades experimentaram as efetivas evoluções, notadamente no que tange às relações sociais. Escreve o autor:

A minha abordagem [...] permite compreender melhor por que é que foi nas grandes crises, quer sejam sociais, económicas ou internacionais (as guerras), que o Estado-providência progrediu, do século XIX até o século XX. [...] Sugiro outra explicação, mais filosófica e política, coerente com a minha análise precedente. Se o Estado-providência progride por saltos, em particular por ocasião das crises, é porque estes períodos constituem tempos de provação devido aos quais há uma reformulação mais ou menos explícita do contrato social. A experiência da guerra é particularmente significativa. Tudo se passa durante e após estes períodos, como se tivesse havido um acto de refundação social e, portanto, de reafirmação, sempre mais acentuada, da natureza do Estado-protector/providência. (1984, p. 24).

Depreende-se, do seu texto, que a solidariedade e o senso de comunidade adquirem especial relevo nestas ocasiões. Assim como se verificou a passagem do Estado-protector para o Estado-providência, o Estado enfrenta agora a necessidade de uma nova conformação, que implicaria num novo contrato social. Para a denominada “modificação do equilíbrio social existente entre os indivíduos, as categorias e os agentes econômicos”, significa rever o papel de cada um deles, seja quanto aos benefícios, seja quanto às contribuições, considerando limites frente a uma perspectiva de futuro²⁴.

Além das questões já verificadas, a doutrina aborda a questão relativa à necessidade de respeito do denominado “núcleo essencial” dos direitos fundamentais.

A teoria do “núcleo essencial” sustenta que os direitos fundamentais poderiam ser decompostos em níveis (camadas)²⁵ e, mesmo que a maioria das ações possíveis para a sua

²⁴ Neste ponto, Rosanvallon (1984, p. 25) aborda “os limites da solidariedade mecânica” e a “modificação da equação keynesiana”.

²⁵ Um exemplo mostra-se útil para ilustrar a idéia de camadas ou níveis: o ideal seria que o Estado prestasse ensino superior gratuito a todos os seus cidadãos, o que talvez não seja financeiramente possível. Porém, deixar de prestar o ensino básico, significa tornar letra morta o direito à educação previsto na Constituição.

concretização não sejam adotadas, haveria um núcleo mínimo que não poderia ser desconsiderado, sob pena de aniquilar-se o próprio direito. Desta forma, aos defensores do “núcleo essencial” pode-se afirmar que, nada obstante a flexibilização pretendida, estes reconhecem a eficácia plena dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Escrevendo acerca do “núcleo essencial” dos direitos fundamentais e referindo-se à Constituição Portuguesa, disse Canotilho (2000, p. 470): “todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor [...]”

Outros autores, entretanto, reconhecem a eficácia dos direitos fundamentais independentemente de se fazer uma análise para verificar o risco de negação do “núcleo essencial”. Entre eles, Bonavides (1998, p. 518) sustenta que os direitos fundamentais gozam de “alta normatividade”. O entendimento de Sarlet (2007, p. 297) vai na mesma direção, embora não deixe de reconhecer que “o quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de posituação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto”. Já Andrade (1987, p. 384) externa uma linha mais tênue, afirmando que somente poderá se verificar eficácia a um direito prestacional, diretamente do texto constitucional, em situações excepcionais, “quando esteja em causa o conteúdo mínimo dos preceitos constitucionais, nomeadamente em situações de necessidade ou injustiça extremas.”

Alexy (1997) reconhece a coexistência de normas e princípios, ambos vinculantes, porém, enquanto aquelas são obrigatórias, estes são “mandados de otimização” cuja efetividade pode ser flexibilizada por razões fáticas e jurídicas. É o caso do exame da proporcionalidade na colisão de normas ou princípios, ou quanto à aplicação da reserva da cláusula da reserva do possível, no plano fático.

Dworkin (2002, p. 39), entretanto, no que concerne à eficácia dos direitos, mostrando-se bastante mais rigoroso, sustenta a aplicabilidade das regras “à maneira do tudo-ou-nada”, ou seja, “dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para

a decisão”. Nesta perspectiva, pode-se afirmar que os direitos fundamentais adquirem normatividade pelo só fato de estarem positivados constitucionalmente, sendo informadores das ações a serem desenvolvidas pelo Estado, embora possam ter a amplitude de sua concretização condicionada por outros elementos fáticos e jurídicos.

Quanto à amplitude de concretização dos direitos sociais, conforme os textos acima abordados revelam, pode-se afirmar que praticamente há unanimidade entre os autores que, mesmo reconhecendo a possibilidade de existência de limitações fáticas e jurídicas, a cláusula da reserva do possível não é oponível quando estiver em questão o denominado mínimo existencial²⁶. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal também tem referendado tal interpretação, notadamente nas demandas que objetivavam o fornecimento de medicamentos²⁷.

2.4 Direitos sociais e princípio da dignidade da pessoa humana

De início cabe referir que a dignidade da pessoa humana não é criação constitucional, mas um princípio pré-existente que foi sendo gradativamente constitucionalizado (ROCHA, 1999). Importante ressaltar que, antes de qualquer forma de positivação o princípio da dignidade da pessoa humana já era a pauta de intensos debates na antiguidade. Gorczewski (2005, p. 32) refere que:

A noção de proteção ao homem é tão antiga que se perde no tempo. Embora muitos autores refiram-se ao código de Hamurabi²⁸, como marco histórico,

²⁶ Entre os que afirmam expressamente: Canotilho (2000); Alexy (1997); Rocha (2005) e Lima Filho (2006). Também é possível inferir-se o mesmo entendimento de: Rosanvallon (1984); Andrade (1987); Sarlet (2007); Streck (2004) e Leivas (2006).

²⁷ Extrai-se do voto do relator: “Tal como pude enfatizar, [...], 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 impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.” (BRASIL, 2007).

²⁸ Hamurabi (2067-2025 a.C.), também chamado de Kemu-Rabi, foi o rei da dinastia Amorrita que, vindos do deserto arábico estabeleceram-se na média Mesopotâmia. Após unificar os seis estados rivais que disputavam a hegemonia naquela região submeteu os sumérios, os acádios, e os assírios ao seu poder, fundando o império Babilônico. O estado criado era despótico e centralizado administrativa, religiosa, lingüística e juridicamente. Para unificar e governar povos tão diferentes Hamurabi faz uma centralização jurídica, através da elaboração de um código de leis – O código de Hamurabi com 282 artigos é o mais antigo documento jurídico que se conhece. Este código regula praticamente todos os aspectos da vida da sociedade babilônica: comércio, família, propriedade, herança, escravidão, sendo os delitos acompanhados da devida punição. Baseava-se, para tanto, na lei de Talião – *Olho por olho dente por dente*. Jar Lot Vieira. Código de Hamurabi; Código de Manu, excertos: (livro oitavo e nono); Lei XII Tábuas (SÉRIE CLÁSSICOS, 1994).

entendemos que a sustentação primeira dos direitos humanos é anterior e está nas normas de caráter religioso, que são universais e existem em todas as culturas. [...] Praticamente todas as religiões atribuíam à vida um caráter sagrado. No mundo antigo diversos princípios embasavam sistemas de proteção aos valores humanos marcados pelo humanismo ocidental greco-romano e judaico-cristão, passando pela idade média e chegando a nossos dias, também pelo humanismo oriental através das várias tradições, principalmente a budista, taoísta, confucionista e a islâmica.

Na bíblia hebraica se encontra sustentação da idéia de que a vida é o que há de mais sagrado no mundo. Seus postulados apontam que todo o homem é único e quem suprime uma existência é como se destruísse o mundo (GORCZEVSKI, 2005, p. 33, grifo do autor) - “*Amarás o teu próximo como a ti mesmo*”. Travieso (1998) defende a tese de que os dez mandamentos constituem, além de preceitos religiosos, um autêntico código de ética e de comportamento social, cujo cumprimento implica no autêntico cumprimento dos direitos humanos.

O pensamento filosófico Grego, no que tange o conceito de justiça e participação política do cidadão, foi de notória importância para o aprofundamento da discussão acerca da dignidade da pessoa humana, pois este pensamento tinha uma concepção de existência voltada para um humanismo racional. Como expoente deste pensamento remonta-se ao filósofo Sócrates (470-399 a.C.), este que negou as doutrinas míticas vigentes de seu tempo propondo como fundamentação de suas idéias os problemas cotidianos dos cidadãos (GORCZEVSKI, 2005).

O filósofo grego Aristóteles (384-322 a.C.) apontava que todo o indivíduo²⁹ tende a um fim, e este fim seria a felicidade (*eudaimonia*) (MARCONDES, 2007). Ele considerava o homem como um animal social (*zoon politikon*), isto é, um animal que se realiza no relacionamento mútuo. Este relacionamento tinha como cenário a cidade (*pólis*) (RUBY, 1997). A regulamentação deste relacionamento, ou melhor, à organização da vida na sociedade Aristóteles chamou de *Ethos*, terminologia que originou a palavra ética. Nas palavras do autor: “os homens se tornam construtores construindo, e se tornam citaristas tocando cítara; da mesma forma tornamo-nos justos praticando atos justos.” (ARISTÓTELES, 1985, p. 35).

²⁹ Trabalha-se, aqui, com a concepção de indivíduo enquanto ser humano, sem adentrar nos critérios filosóficos gregos da época e sua classificação quanto à cidadania.

A ética aristotélica propunha o homem em seu espaço como referente de realização política, ao contrário do pensamento platônico que preconizava por uma essência transcendental (RUBY, 1997). Para Aristóteles (apud MARCONDES, 2007), é pela *Phronesis*, isto é, sabedoria prática, que o indivíduo terá discernimento para orientar a sua ação. Ação que deve ser pautada pela virtude (*areté*), esta que é a maneira de caminhar na trilha da finalidade humana, a felicidade.

Neste sentido de finalidade humana, Ullmann (2006, p. 75) traz à lume a filosofia materialista de Epicuro (342-270 a.C.):

O ponto de convergência de todas as peças doutrinárias de Epicuro é a ética. Ela constitui a razão de ser de sua filosofia. Tem por finalidade tornar os homens felizes, libertando-os das mazelas que os torturam, quer advenham de circunstâncias políticas ou sociais, quer sejam causadas por motivos religiosos. O mestre do jardim não apresentava uma teoria moral, mas uma teoria da felicidade humana estável.

Ao contrário de Aristóteles, Epicuro não negava o acesso dos escravos ao seu jardim (Espaço de discussão filosófica), pois ele atribuía igual valor para todos os cidadãos (ULLMANN, 2006).

Marcado pela sobrepujança da lei divina sobre a lei humana segue, no período medieval, o debate concernente à dignidade dos homens. São Tomás de Aquino (1226-1274 a.C.) adapta a filosofia de Aristóteles aos preceitos do evangelho Cristão, entendendo o direito natural como revelação divina acima de qualquer forma de positividade, conforme assevera Magalhães (2000, p. 18).

O papel da igreja, em sua relação com o governo, levará São Tomás de Aquino, assim como grande parte dos pensadores medievais, a colocar o Direito Natural como de importância decisiva, pois só com uma norma de caráter mais geral, acima do Direito positivo, poderia haver alguma esperança de realização da justiça Cristã.

Neste sentido, observa-se claramente uma divergência de concepção entre os vários filósofos no tocante à raiz da razão. Essa divisão, contudo, não ocorre de maneira tão explícita no que diz respeito à dignidade da pessoa. Avançando dois séculos na história cabe enaltecer o pensamento de Francisco de Vitória (1483-1546 a.C.), sacerdote da Escola de Salamanca que é considerado o primeiro grande teórico dos direitos do homem como ser racional, dotado de dignidade (MAGALHÃES, 2000). Ele defendeu a tese de que todos os homens têm por

direito natural a igualdade. Sustentou que cabe proceder contra um Estado que negue aos seus súditos os exercícios de seus direitos fundamentais. Desafiou aqueles que defendiam a autoridade do rei sobre os índios da América. Desta forma, Hernandez (2004, p. 38) cita Francisco Vitória:

Ningún príncipe cristiano es señor de estos índios. [...] Los indios son seres racionales y por consiguiente libres, y no propiedad de los descubridores [...] Son inteligentes dueños de sus tierras y capaces de elegir su regimen de vida. [...] Los índios tienen sus derechos a permanecer en su religión, y a que nadie les coaccione para abrazar una fe distinta.

Se desde a filosofia grega (séc. V)³⁰ as idéias sobre a dignidade dos seres humanos avançavam com maior vigor, o mesmo não acontecia no mundo concreto. A questão da soberania e da propriedade no período feudal propiciava uma profunda desigualdade social (GORCZEVSKI, 2005). De um lado tinham-se os nobres privilegiados pela propriedade e, de outro, os servos, proprietários apenas de suas forças físicas. A relação entre ambos se dava entre a opressão por um lado e servilismo de outro, distanciada de qualquer forma de efetivação de direitos humanos.

O regime feudal, que era pautado pelo poder divino do soberano, encontrará oposição na corrente filosófica denominada Iluminismo. Assim manifesta Magalhães (2000, p. 20):

O Iluminismo é fundado no racionalismo. Todas as coisas poderiam e deveriam ser explicadas pela razão. O poder Estatal, exercido pelos reis e explicado pela vontade divina, passa a ser compreendido como força de vontade popular. O Direito natural é completamente revisto. Na idade média, este Direito Natural era visto como vontade de Deus. A partir da escola de Direito Natural de Grotius(1625) não é mais entendido desta forma. Os direitos naturais são produtos da razão.

Os Iluministas reconheceram nos indivíduos direitos inalienáveis, que nenhuma autoridade lhes pode negar. A atitude humanista para com o ser humano é positiva e otimista, valorizando-o em seu potencial. Voltaire (1694-1778), defensor dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, insiste na tolerância religiosa e na liberdade de expressão (GORCZEVSKI, 2005). Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) desenvolveu sua teoria de igualdade entre os homens concebendo que eles são bons por natureza, mas a sociedade os

³⁰ Adotando-se o período a partir de Sócrates.

corrompe (MARTINS FILHO, 2000). O ideal Iluminista ganhou expressão máxima com a Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Conforme Gorczewski (2005, p. 41):

O século XVIII passa a ser o século das declarações, cuja fundamentação estava na racionalidade, num direito natural, que nasce com o homem e é inseparável da sua natureza. O homem passa a gozar de direitos não mais concebidos pela clemência divina, mas por uma lei natural que transcende todas as demais e se aplica do mesmo modo a todos. O valor supremo do indivíduo vai ser expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamado pela Assembléia Nacional Francesa em 1789. Contudo, na realidade, nem todos os seres humanos se beneficiaram deste estatuto, eis que nos Estados Unidos a abolição da escravatura só ocorre em 1863, no Brasil em 1888 e na França abolida em 1794 é restabelecida em 1801.

Inserido no idealismo Alemão, o Filósofo Immanuel Kant (1724-1804) faz importante contribuição ao humanismo. Não se pode deixar de mencionar que Kant propõe em sua filosofia que toda e qualquer espécie racional deve existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio para ser utilizado para determinado propósito. Daí a sua máxima: “Age de tal modo que a máxima de tua ação possa ser universalizada.” (MARTINS FILHO, 2000, p. 206).

Esta idéia contrapõe o pensamento de Nicolau Maquiavel (1469-1527) que, na célebre obra “O príncipe”, rompe pragmaticamente com a idéia do representante do poder preconizar pelo bem comum. Na obra ele explicita claramente os estratagemas necessários ao governante para a sua permanência no poder, estratagemas estes desvinculados de qualquer escrúpulo moral. Daí o aforismo: “Os fins justificam os meios” (BOBBIO, 1992, p. 147).

É bem verdade que o iluminismo representou uma revolução, não só nos ideais, como também na realidade vigente em seu tempo. A sociedade estamental cede espaço ao Estado Liberal, este que proclamava a liberdade, a igualdade e a fraternidade, mas, contudo, o novo modelo parecia espelhar-se na máxima de Maquiavel. Azevedo (1999, p. 91) destaca que:

Uma pesquisa determinada pelo governo Inglês, em 1814, revelou a melancólica situação em que viviam os operários: a jornada de trabalho era de 15 a 16 horas, os salários eram de fome, particularmente o das mulheres e menores, não havia higiene mínima nos locais de trabalho nem ajuda nos casos de acidente no trabalho e as habitações dos trabalhadores eram miseráveis. O mesmo constatava-se na Prússia em 1828: a utilização de trabalho de crianças esgota prematuramente o trabalho humano. Outro

estudo conduzia a conclusão análoga na França nesta mesma época. O impulso para amenizar tal quadro era tolhido pelo temor dos empresários de criar condições menos favoráveis em relação aos demais, levando a incapacidade de enfrentar a concorrência no mercado.

Cabe lembrar que neste contexto de crise econômica, o Estado Liberal a fim de conjurar o perigo que lhe ameaçava, vai aos poucos se transformando, mediante a progressiva intervenção na economia, até tornar-se (apenas no século XX) Estado Social ou *Welfare State*, cujos contornos vão ganhando maior nitidez a partir da segunda guerra mundial³¹ (AZEVEDO, 1999).

Trazendo o discurso da dignidade da pessoa para a contemporaneidade, cabe relembrar que a vertente do direito pós-guerra, segundo Piovesan (1996, p. 95), tem na dignidade da pessoa humana o princípio unificador e centralizador de todo o sistema normativo. Diga-se que o mesmo pode ser catalogado como super princípio constitucional, norma maior a orientar o Constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido. Na mesma direção, Sarlet (2007, p. 114-115) aponta “a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF)” adotados pelo legislador Constituinte e, ainda, que foi reconhecido “expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”

No mesmo sentido, Coan (2006) afirma que a concretização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito toma-se obrigatória por explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana que lhe confere fundamento. Em suas palavras,

quando não há concretização dos direitos fundamentais, estamos falando em dignidade da pessoa humana em sentido meramente formal, o que na verdade é violação do princípio constitucional, pois como princípio fundamental, sua concretização se revela determinante para a realização do núcleo político constitucional. (2006, p. 16).

Pode-se dizer que a priorização e efetivação dos direitos fundamentais é, segundo Sarlet (1999), construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade.

³¹ Esta idéia já foi abordada mais detalhadamente no início do presente capítulo.

Construção esta que é alicerçada com esforços intelectuais e lutas incansáveis contra a opressão. De fato, sustenta Leal, são os princípios fundamentais que dão sentido axiológico normativo à idéia de Estado Democrático de Direito. A concepção contemporânea de uma ordem constitucional legítima, principalmente no Brasil, não pode dissociar-se da temática dos Direitos humanos e fundamentais (LEAL, 2001).

Na vigente Constituição da Alemanha, como segue, não houve posituação dos direitos sociais, opção clara do legislador constituinte em face do insucesso da Constituição de Weimar em passado recente (KRELL, 2002). No Brasil, conforme já visto, o legislador constituinte optou por erigir um elenco de direitos como sendo fundamentais. Ligando os direitos sociais com o princípio da dignidade da pessoa humana, escreve Sarlet (2007, p. 129) que:

Não deveria haver, por exemplo, qualquer resquício de dúvida no que concerne à importância do direito à saúde, à assistência e previdência social, à educação, tanto para o efetivo gozo dos direitos de vida, liberdade e igualdade, quanto para o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Não é diferente o enfoque adotado por Rocha (2005, p. 443), que retoma a noção de que “sem dignidade, a liberdade é um discurso”, e, trazendo alguns direitos como exemplos, afirma que:

o processo de conquista permanente do estágio de dignidade que assegure a cada um e a todos os homens de bem viver, de viver sem medo da falta de almoço, do dia de amanhã, da doença curável sem remédio, da falta de emprego, da falta de futuro para o filho que virá.

Depreende-se, assim, que há um espaço de certeza acerca de determinados direitos sociais, como se tivessem um caráter de universalidade, que são “fundamentais” para a dignidade da pessoa humana. Entretanto, os direitos sociais elencados pelo nosso legislador constituem uma gama bastante extensa e, se comparada a intensidade do dano que pode ser gerada pelas suas não concretizações, se observará que a relevância material será por demais diferenciada. Sarlet (2007, p. 129), escrevendo acerca da representatividade do conteúdo dos direitos fundamentais para o princípio da dignidade da pessoa humana, diz que “seguramente não é o mesmo no direito à vida e no direito ao 13º salário, assim como não é o mesmo em se comparando o direito de livre manifestação do pensamento e a norma que concede aos trabalhadores a participação nos lucros das empresas.”

Prossegue o autor:

Como referido alhures, a amplitude do nosso catálogo de direitos fundamentais e as peculiaridades de diversos de seus preceitos justificam inclusive que se questione até mesmo a respeito da existência de normas definidoras de direitos fundamentais não-recondutíveis – ainda que de forma direta – ao princípio da dignidade da pessoa humana. (2007, p. 129).

Mesmo em face da suposta abundância de direitos positivados no texto constitucional, tratando-se da dignidade da pessoa humana e, notadamente, que atingirão com maior intensidade a classe menos afortunada e que sofre as grandes mazelas sociais, não há como perder de vista a afirmação de Faria (1998, p. 105), para quem os direitos sociais configuram “um direito discriminatório com propósitos compensatórios.”

Consoante se depreende da doutrina enfocada, aparentemente, há íntima relação entre o denominado “mínimo existencial” e o princípio da dignidade da pessoa humana. Não seria exagero, mas ao contrário, afirmar que para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana há que se atender os direitos sociais que compõem o mínimo existencial. Embora talvez possa se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana não se satisfaz somente com a realização dos direitos sociais que compõem o mínimo existencial, por outro lado, reitera-se, a realização destes é condição necessária para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

3 O PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS SOCIAIS

O ideal burguês teve sua base estruturada na supervalorização do aspecto econômico. No período histórico anterior à revolução burguesa, o econômico via-se dirigido pelo político, pois o poder era cristalizado na pessoa do rei ou do monarca (ROCHA, 1995). Sendo o poder econômico uma estrutura que dá primazia à obtenção do lucro em benefício de uma pequena classe da sociedade, o restante dela sofre com o desamparo estatal, mesmo tendo sido já proclamados os direitos individuais. Segundo Aranha (1999) a acomodação dos direitos do indivíduo deveria dar-se naturalmente por uma liberdade abstrata e formal. Isto causou, entretanto, distorções concretas alheias às preocupações da classe economicamente dominante. Nas palavras do autor:

Os direitos tutelados no Estado Liberal tinham sua eficácia limitada por aspectos subjetivos próprios da nova estrutura econômico-social. Não se propunham modificar o mundo, mas deixá-lo modificar-se. Assim, careciam daquele qualificativo que viria a ser introduzido com o Estado Social, ou seja, o caráter prospectivo dos direitos. (1999, p. 110).

Levando em consideração o caráter prospectivo dos direitos individuais que são baluartes da instituição do Estado Social e ainda lembrando a subordinação do poder político ao econômico, aparece no horizonte do direito o desafio da efetividade dos direitos sociais. Barreiras para tal efetivação não faltam, pois a internacionalização dos mercados caracterizada pela desregulamentação da economia e pela dizimação dos monopólios públicos, salienta Lucas (2005a), reestruturou o sistema capitalista de tal forma que se ampliou a capacidade de produção bem como a competitividade econômica que, no plano social, alterou a dimensão estrutural dos padrões de trabalho motivando um desmantelamento

das políticas de emprego e de seguridade social³². Com isto afetou-se a capacidade política soberana dos Estados, lesando a legitimidade da democracia representativa.

Diante deste cenário e frente ao papel da ciência jurídica, Azevedo (1999, p. 57-58) aponta que:

Não pode a Ciência Jurídica repousar no formalismo conceitual, fechando os olhos à realidade. Quanto mais nesta apoiar-se, comprometendo-se com a realização da solidariedade humana, tanto mais autêntica será. Necessita a Ciência do Direito ultrapassar o “puramente” jurídico, auscultando o pulsar da vida, que está a reclamar nova configuração político-jurídica, inspirada pela ética da solidariedade, em que o homem reencontre o humano, em si e no semelhante, não obstante o clamor, orquestrado pela “grande” mídia, em favor de um neoliberalismo economicista, divorciado da moral, centrado no lucro e benefício de poucos, em detrimento da maioria, falazmente identificado com a modernidade.

Diante da desestrutura do poder soberano do Estado no tocante à efetivação dos direitos sociais, o poder judiciário é caracterizado pelos anseios populacionais como o depositário último da esperança da realização destes direitos, por conseguinte, introduz-se na esfera de atuação jurisdicional uma profícua discussão acerca do seu efetivo papel na sociedade, notadamente quanto ao aspecto do risco à democracia em adotando o Poder Judiciário uma atuação positiva.

Neste sentido duas correntes de pensamento protagonizam a análise do tema. Por um lado a corrente *procedimentalista* que, segundo Vianna (1999, p. 23), aponta que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em tom da igualdade, levaria à perda da liberdade, “ao gozo passivo de direitos”, “à privatização da cidadania”, ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e, na de Garapon, “à clericalização da burocracia”, “a uma justiça de salvação”, com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos clientes de um Estado providencial. Vianna (1999) explica que por outro lado a corrente *substancialista*, associada às obras de Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, proferem que as novas relações entre direito e política, muito particularmente por meio da criação jurisprudencial do direito, seriam tomadas como, além de inevitáveis favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. Especialmente nesse eixo, valoriza-se o juiz

³² No mesmo sentido, Busnello (2005).

como personagem de uma *intelligentzia* especializada em declarar como direito, princípios já admitidos socialmente - não arbitrários - e como intérprete do justo na prática social.

Os tópicos seguintes se incumbirão de dar um maior espaço ao tema, ensejando um aprofundamento dos argumentos das correntes acima citadas perpassando pela análise estrutural do poder judiciário e sua politização frente a transição do Estado Liberal para o Social.

3.1 Os limites políticos e dogmáticos da jurisdição no Estado Liberal

Para exercitar seus fins políticos, salienta Rocha (1995), o Estado tem que desenvolver suas atividades exercitando o poder de que é titular. Com a derrocada das monarquias absolutas, o poder estatal - vinculado ao chamado Estado de Direito - distancia-se da idéia de o poder ser exercido por um titular absoluto.

Tradicionalmente, diz-se que o Estado cumpre a missão de garantir a unidade social através de três funções fundamentais: Função de emitir normas gerais e abstratas (legislação); função de gerenciar os interesses ditos públicos (administração) e função de julgar conflitos e, por conexão, executar os julgados (jurisdição). (ROCHA, 1995, p. 12).

Neste sentido, o Estado apresenta-se como garantia da ordem na sociedade, uma vez que o mundo do homem não é feito só de consensos, mas, outrossim, de lutas e de competição em todos os campos, isto é, uma dialética da ordem e do conflito que encontra na jurisdição a instância que realiza a função de interpretar e aplicar as normas jurídicas de modo terminal, pretendendo garantir a certeza e a segurança dos direitos de todos (ROCHA, 1995).

Convém lembrar, porém, que o conteúdo dos direitos fundamentais que pautam o Estado Liberal tem como característica uma proclamação, isto é, um reconhecimento de direitos, e não um compromisso constitucional como ocorre no Estado Social. Rocha (1995, p. 58) refere as três gerações de direitos aduzindo que: “Se a liberdade foi o valor guia dos direitos de primeira geração e a igualdade material o valor subjacente aos direitos de segunda geração, os direitos de terceira geração teriam como fundamento o valor da solidariedade [...]”

Este direito de terceira geração pode ser concebido como fruto da observação da realidade em uma sociedade individualizada, distanciada de valores de coletividade e dominada pela lógica econômica. Apostolova (1998) aponta que tal distanciamento é o resultado da concepção do pensamento pós-moderno, caracterizada por um certo pessimismo, no qual o indivíduo vive no vazio, na ausência de valores e de sentido para a vida, entregue ao prazer imediato e ao consumo. O vazio moral se torna mais agudo, o indivíduo mais angustiado e a projeção do hedonismo consumista (que não deixa de ser um valor), encontra espaço aberto para estruturar as personalidades pós-modernas.

Faz-se pertinaz lembrar que esta realidade encontra razões de sua fundamentação ao longo da história. No Brasil, por exemplo, segundo Tasse (2001), sempre estiveram no poder pessoas oriundas dos mesmos estamentos sociais, mantidas no comando da República e insensíveis à grande parcela da população, que fica à margem de qualquer processo decisório. O autor aponta que a lógica econômica neoliberal caminha para uma degradante condição humana no qual as Nações cedem espaço aos grandes conglomerados econômicos. Nas palavras de Tasse (2001, p. 32): “Há pensadores que em um futuro próximo, vêem o mundo não dividido em nações, mas sim, em domínios empresariais, onde as pessoas farão parte do rincão de poder exercitado por determinado grupo econômico.”

Diante de tal cenário o autor enfatiza que a independência do poder judiciário afasta a influência política dos controladores do poder, tornando o juiz livre para atuar em conformidade ao direito e para atender as necessidades, não de uma pequena parcela dominante, mas de toda a sociedade (TASSE, 2001). Os juízes não podem ser apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, como preconizava Montesquieu, mas devem ter em conta a influência de suas decisões no todo social (AZEVEDO, 1999).

Neste sentido Lucas (2005a, p. 178) adverte que:

A Jurisdição liberal foi afastada da política e conduzida a um isolamento das questões sociais importantes. Foi tomada como reprodutora da racionalidade legislativa, constituindo uma operacionalidade dogmática alienante, incapaz de pensar o conteúdo do direito, tornando-se fiel promotora da ordem jurídica e econômica liberal. Sua tradição jurídica forjou uma instrumentalidade e uma teoria fechada em si mesma, suficientemente hermética para excluir do debate e da aplicação jurídica qualquer matéria não contemplada previamente pelo ordenamento jurídico. Os limites políticos da Jurisdição são também os limites da dogmática jurídica liberal

que, para garantir a todo custo a segurança jurídica, reduziu-se a uma burocracia simplista e orientou sua atuação para viabilizar os direitos e liberdades individuais contra a intervenção estatal.

Consoante ao tema da lógica do liberalismo econômico, Rocha (1995, p. 46) questiona os critérios subjetivos de ascensão de carreira dos magistrados ao dizer que:

A constituição qualifica o juiz como servidor público, inserido em uma carreira administrativa, distribuída em graus e classes a que correspondem diferentes vantagens e salários, ascendendo dos cargos inferiores aos superiores pelo procedimento das promoções, decididas segundo as apreciações subjetivas dos membros dos tribunais das diferentes justiças, salvo quando às promoções por antiguidade, que obedecem ao critério objetivo do tempo de serviço, admitindo, porém, a figura da desclassificação do magistrado por razões de interesse público, cuja avaliação é, também, de natureza subjetiva.

O juiz-servidor público encontra-se, de tal forma, sujeito aos ditames da hierarquia administrativa dos tribunais, pois pretendendo uma rápida ascensão na carreira, deve ser dócil às tais orientações, ou do contrário ter o esquecimento como destino. Rocha (1995) ainda faz severos apontamentos quanto à sedução do carreirismo, dizendo que a preocupação excessiva com promoções em detrimento do aprimoramento intelectual gera a incompetência técnico-profissional, levando o magistrado muitas vezes a aceitar interpretações com as quais não está de acordo, conseqüentemente lesando uma interpretação evolutiva dos textos legais. O autor segue criticando a doutrina tradicional do direito que tende a consubstanciá-lo a um mero exercício lógico-formal dedutivo, onde a conclusão já está contida nas premissas. Desta forma, sendo a interpretação uma simples aplicação silogística alheia aos valores e à política, o sistema capitalista opera com vetores de previsibilidade que são indispensáveis ao Estado Liberal de Direito. Nas palavras do autor (1995, p. 75): “A economia capitalista, com a necessidade de certeza do direito e previsibilidade das ações judiciais, é que seria a razão justificadora do aparecimento histórico de uma ciência do direito de corte lógico formal.”

Outro aspecto que o autor enaltece do conservadorismo jurídico é o fato de os juízes estarem afastados do povo, sentindo-se, de certa forma, desvinculados dos resultados sociais de suas decisões, favorecendo assim os interesses dominantes (ROCHA, 1995). Neste sentido, Azevedo (1999, p. 51) refere que:

Não pode o juiz ser neutro porque a neutralidade ideológica não existe, salvo sob a forma da apatia, do irracionalismo ou da decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém, muito menos de um juiz. Nem a

imparcialidade nem a independência necessariamente a supõem. A imagem de um juiz “asséptico”, à margem da sociedade, supõe um ente que, quando se apresta a julgar, deve atuar como um eunuco político, econômico e social, desinteressando-se do mundo fora do tribunal.

Apostolova (1998) aponta que o distanciamento da atuação do juiz do campo da política e da ética visa assegurar a reprodução fiel do direito positivo legislado na resolução dos conflitos individualizados, garantindo desta maneira os direitos e as liberdades individuais, conforme os imperativos do liberalismo.

Araújo Filho (2001) faz com bastante acerto um comentário sobre a manutenção deste conservadorismo que está presente desde os bancos universitários. Para o autor,

O ensino jurídico e as provas que selecionam os Juízes ainda são elaborados não só sob a visão dogmática, mas também calcados na cultura jurídica liberal (individualista). Ainda é insuficiente o que se aprende nos bancos das universidades sobre o Código de Defesa do Consumidor, sobre crimes ecológicos e outras causas que digam respeito à coletividade. Ainda que se verifique um movimento tendente a alterar esse perfil, ele ainda é tímido. (2001, p. 69-70).

Tal movimento apontado por Araújo Filho é também mencionado por Apostolova (1998, p. 179), que cita os chamados “Juízes Alternativos e Democráticos” como proponentes de uma nova configuração interpretativa do texto legal atenta à realidade social. Tal postura encontra, no Brasil, sua consolidação ideal na constituição de 1988, Constituição esta que implica uma nova conduta do juiz perante à lei. Conforme Rocha (1995, p. 109):

A constituição de 1988, que, pelos princípios que lhe serve de fundamento e pelos valores superiores que consagra, constitui a mais importante ferramenta para superar as antigas estruturas e, por conseqüência, para emancipar as classes populares, assumindo assim, um claro significado democrático social.

O autor aduz que a Constituição se configura não só como norma, mas sim como um sistema de valores a serem realizados pelos poderes públicos, em especial, pelo judiciário. O direito e o Estado deixam de ser apenas formas, como nas Constituições liberais, para serem formas dotadas de conteúdo valorativo que incumbem ao poder público a sua efetivação (ROCHA, 1995).

Cabe ressaltar que tais mudanças de concepção vêm de um processo histórico em que o surgimento do Estado Social, ansiado pela burguesia, era a fórmula de superação da contradição entre o capital e o trabalho. Prossegue Rocha (1995, p. 130):

A necessidade de superar a contradição que deriva da exigência do sistema de impulsionar o processo de acumulação privada da riqueza, em que consiste sua essência, e, ao mesmo tempo, legitimar este sistema perante a classe dos trabalhadores que é justamente a classe expropriada neste processo, determinou o aparecimento de um Estado com as características de um Estado Social, isto é, duplamente intervencionista, eis que intervém, simultaneamente, no campo econômico, visando o incremento da riqueza privada, e no setor social, objetivando a integração da classe trabalhadora.

Com a implementação do Estado Social abre-se um novo horizonte de atuação na agenda do poder judiciário, de tal forma que a sociedade, tendo como arrimo a idéia da promoção do bem estar social, passou a exigir mais dos Tribunais no tocante à sua cota-parte no gerenciamento da gestão dessas novas tensões (distribuição de responsabilidades entre os poderes políticos). Neste sentido, Araújo Filho (2001, p. 32) explana sobre a juridificação do bem estar social:

A juridificação do bem-estar social abriu caminho para novos campos de litigação, ocasionando o aumento exponencial da procura judiciária e a conseqüente explosão da litigiosidade. Várias respostas deveriam ser dadas a esse aumento significativo de conflitos. A distribuição das responsabilidades promocionais do Estado-Providência por todos os seus poderes insuflou os Tribunais ao confronto com os demais poderes, pois teria que se comprometer com a gestão da sua cota-parte de responsabilidade política, colocando em risco a relação entre independência dos Tribunais e neutralização política que caracteriza o período liberal.

Segue o autor professando que a estrutura do Poder Judiciário começa a ser questionada pela sociedade que, com sinais de maior consciência sobre seus deveres e obrigações, exige, cada vez mais, a ampla satisfação de suas necessidades. A explosão dos conflitos sociais ocasionados, entre outros fatores, pela falta de segurança pública, prostituição, marginalização infantil, violações ao direito do consumidor, desagregação do meio ambiente, permitiu o questionamento daquela velha estrutura estatal (fins do Estado) (ARAÚJO FILHO, 2001).

Este despertar de parte da sociedade para a efetivação dos direitos sociais foi por muito tempo calada devido à mentalidade de que qualquer transformação social no Brasil deve partir sempre de cima para baixo, e não do contrário. Como exemplo, Castro Júnior

(1998) lembra que a estrutura federalista inserida no texto constitucional de 1891 não obedecia aos anseios populares, mas sim, ao vislumbramento de Rui Barbosa pelo modelo norte americano. Em suas palavras:

Cabe acrescentar que a estrutura federativa foi inserida no texto constitucional de 1891, no seu artigo I 194, através da influência das idéias de Rui Barbosa, de modo que veio de cima para baixo, pois o federalismo não foi uma reivindicação consciente da sociedade civil brasileira. (1998, p. 91).

Cada vez mais inquirido pela sociedade, o Poder Judiciário acaba por manifestar o seu déficit estrutural. A Crise do Poder Judiciário intitula centenas de livros nas bibliotecas das Universidades. Pois se antes o judiciário atuava por simples sanções negativas, como no caso do Estado Liberal, no Estado Social ele passa a ser partícipe das realizações das políticas estatais. Conforme Rocha (1995, p. 133), “No Estado Social o judiciário não é só árbitro de conflitos particulares, mas igualmente, realizador de políticas públicas visando à modificação da realidade social e econômica.”

Diante dos novos ordenamentos para o poder judiciário, a crise em sua estrutura acentua-se ainda mais. Conforme Cerqueira (1995, p. 165):

O Judiciário se revela impotente para administrar com celeridade a Justiça do Estado. E talvez nada mais anime o crime do que a idéia – ou até mesmo a certeza – da impunidade. De sua parte, o Poder Judiciário alega, com razão (como a saúde, a educação, o transporte...), falta de recursos materiais e legais. O aparelho é velho e cansado. Os processos são costurados como no Século XVI. A justiça não foi informatizada, seus servidores são mal-remunerados, o juízes insuficientes. As leis estão velhas, cediças, não mais respondem às necessidades do seu tempo.

Na mesma direção, Araújo Filho (2001) lembra que a regulação da economia e a intervenção do Estado na criação de infra-estrutura (estradas, saneamento básico, eletrificação, transportes públicos, entre outros) acarretaram uma enorme explosão orçamentária, exigindo a regularização de concursos públicos, contratações e obras públicas. Estas atividades criaram, com efeito, as condições para a promiscuidade entre o poder econômico e o político. A falta total de valores éticos no exercício do poder político, combinado com as limitações do controle do poder por parte dos indivíduos, permitiu que essa promiscuidade redundasse num aumento dramático da corrupção. Nas palavras do autor:

O aumento da corrupção põe de imediato a questão do preparo técnico do sistema judiciário e do sistema de investigação para combater esse tipo de criminalidade. A falta de vontade política para investigar crimes em que estão envolvidos membros da classe política é avassaladora e representa um significativo entrave à atividade judiciante. A vontade política (ausência dela) e a deficiente capacidade técnica no combate à corrupção são os vetores mais decisivos à neutralização política dos Tribunais. (2001, p. 35).

Tal cenário se mostra desafiador para o exercício e uma jurisdição condizente com a dignidade humana, uma vez que sobram obstáculos que tentam eclipsar a atuação da justiça. Não se pode olvidar, contudo, o magnânimo propósito que a justifica.

Segundo Garapon (1997, p. 30-31):

O juiz pode ser bom ou mau, mas a justiça em si está para além de tais contingências: ela não pode estar incluída nas leis nem pode ser totalmente confiada a pessoas. A justiça não é boa nem má, visto ser princípio de separação entre o bem e o mal. O mau juiz, se condenado, não macula a justiça: A condenação do juiz é a última vitória da justiça. É pelo fato de os próprios juízes estarem sujeitos à justiça que o seu ministério os transcende e se apresenta como a forma mais elevada e mais pura autoridade que certos homens podem exercer sobre outros.

Lembra Faria (1996) que tendo sido educada e organizada para atuar na perspectiva de uma justiça corretiva, conforme dogma herdado pelo Estado Liberal, a magistratura se revela contida, inibida e temerosa quando estimulada a atuar na dimensão de uma justiça distributiva. Nesta perspectiva, o exercício da jurisdição estaria mais identificado com o tradicional resguardo dos interesses individuais, próprios da concepção do Estado liberal, do que com o modelo de Estado Social que requer uma atuação interventiva.

Na seqüência deste capítulo examina-se os aspectos estruturais e políticos que norteiam a atividade jurisdicional, itens que estão diretamente entrelaçados e são complementares ao tópico ora analisado.

3.2 Os limites estruturais da atividade jurisdicional e a politização do poder judiciário

Vista uma nova configuração do papel do poder judiciário frente à transição do Estado Liberal para o Social, o presente capítulo se ocupará em elencar argumentos favoráveis e não favoráveis em relação à politização da atividade jurídica, objetivando, assim, uma melhor compreensão sobre tema.

De início é importante lembrar que esta nova configuração do papel do Poder Judiciário faz com que, em certos casos, ele crie normas e se legitime no lugar dos outros poderes³³. Conforme Azevedo (1999, p. 40),

Na medida em que a justiça controla, ela governa, ao menos de forma negativa, por via de impedimento. Sendo a lei precisa, o juiz não faz mais do que efetivar a vontade do legislador. Mas, não havendo regulamentação positiva, ou sendo a regra positiva de criação jurisprudencial, ou, ainda, quando a regra alude ao poder de apreciação do juiz, “verdadeiramente o juiz governa, decidindo, em última instância, acerca das exigências do bem público, em determinada matéria”.

A questão da governabilidade por parte do juiz gera um profundo debate atinente ao detrimento ou não da democracia, uma vez que o voto é o critério que legitima a ascensão dos indivíduos aos devidos cargos nos outros dois poderes.

Zaffaroni (1995) alerta que quando o poder judiciário assume uma postura politicamente mais ativa, isto é, quando faz valer o seu poder constitucional (chamado pelo autor de ativismo judiciário), ele é questionado por sua origem não democrática. Da mesma forma se não faz valer o seu poder ele pode ser tachado de complacente. Neste sentido o autor defende:

Uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, pois nem tudo o que provém desta origem é necessariamente aristocrático. Uma instituição é democrática quando é funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando é necessária para a sua continuidade, como ocorre com o judiciário. Quando se diz que o poder judiciário tem legitimidade constitucional, mas não legitimidade democrática, se ignora sua funcionalidade democrática. (1995, p. 43).

De forma semelhante, Cerqueira (1995) diz que o concurso público, modo pelo qual os membros do poder judiciário são legitimados, é o processo que assegura a isonomia e a excelência tecno-jurídica de seus membros, de modo que mesmo este Poder não sendo oriundo de um princípio democrático, ele está a serviço da manutenção da democracia (ZAFFARONI, 1995).

³³ Mostra-se importante, neste momento, estabelecer uma distinção. Na situação descrita pelo autor, ocorre a “Politização do Judiciário”. Por outro lado, a “judicialização da política” é aqui entendida como sendo a utilização de procedimentos judiciais para a resolução de conflitos de ordem política.

Vianna et al (1999) apontam que a valorização do Poder Judiciário viria em resposta à desqualificação da política e ao derruimento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do *Welfare State*. Por conseguinte, as expectativas por igualdade seriam salvaguardadas por esse Poder que passa a ser percebido de modo substitutivo ao Poder Executivo, aos partidos, à família, à religião, que não mais seriam capazes de continuar cumprindo as suas funções de solidarização social.

Neste sentido, aflora certa emergência de atuação deste Poder, pois a sociedade precisa ter um amparo não só para as soluções de conflitos particulares, mas para as soluções que envolvem a superação de conflitos de âmbito coletivo.

Torna-se sobremaneira complexa a atuação do poder judiciário frente às contradições paradigmáticas do seu agir e, lembra Oliveira Junior (1999), que na construção de um Estado Democrático de Direito muitas dificuldades surgem ao operador jurídico. Em suas palavras:

O Direito sob parâmetro constitucional não pode ser visto dogmaticamente como um conjunto de regras, claras e objetivas, que não apresentam lacunas e não são contraditórias. Ao contrário. Esse direito moderno exprime-se, além de regras, através de normas principiológicas abertas e amplas que tornam possível justamente abrigar o conjunto contraditório de valores e interesses que atravessam a sociedade. (1999, p. 49-50).

Neste sentido Lucas (2005a, p. 182), citando Juan Ramón Capella, adverte sobre a nova postura dos magistrados frente ao ativismo do judiciário:

A magistratura conserva um importante relevo social, e, portanto é um reduto do garantismo jurídico no âmbito público. Apesar disso se encontra funcionalmente em decadência, pois a atividade processual é demasiado lenta e seguramente demasiado imparcial para os novos e expeditos poderes do capitalismo organizado, que começam a arbitrar suas diferenças mediante a lei da selva econômica.

Além de enfrentar uma discussão acerca de sua legitimidade, o Poder Judiciário enfrenta o problema de sua falta de estrutura que acarreta prejuízo para a sua atuação na sociedade. Frente a esta evidente crise, inúmeros autores propõem desde o controle até a democratização do Poder Judiciário como solução do seu atrelamento. No tocante à reforma, Cerqueira (1995) refere a teoria de controle do Poder Judiciário, proposta pelo hoje ministro da defesa Nelson Jobim. Nas palavras de Cerqueira (1995, p. 125-126):

A proposta do relator da revisão constitucional, Nelson Jobim, de criar um conselho de um controle externo do Judiciário ganhou adesões. [...] O erudito Parecer do Relator, que vale leitura entende, analisando as inúmeras propostas revisionais, que a necessidade de algum tipo de controle administrativo e disciplinar do Poder Judiciário “traduzem, hoje, espécie de exigência institucional sugerida com o próprio desenvolvimento do processo democrático brasileiro: são inegáveis os reclamos da cidadania por instrumentos eficazes de fiscalização e controle da condução dos negócios públicos, aí incluída a regularidade na prestação jurisdicional”.

Tal proposta, devido à repercussão, divide os pareceres, não só dos magistrados, como também de toda a sociedade. Araújo Filho (2001) defende que um controle externo do Poder Judiciário acabaria por ferir a conservação do Estado Democrático de Direito. Em suas palavras:

A conservação do Estado Democrático de Direito prescreve que a atividade política, entendida como independência, autonomia dos estamentos do Estado, seja contida dentro de limites juridicamente intransponíveis e assegurados pelo constituinte originário, sob pena de colocar em risco o próprio exercício desse Estado de Direito. O controle externo é uma ameaça a essa garantia; é um risco ao exercício independente na arte de julgar; é velada transgressão da ordem constitucional, enquanto unidade e harmonização de princípios. (2001, p. 104).

Cerqueira (1995) expõe que os que se colocam contra a algum tipo de controle administrativo e disciplinar do Poder Judiciário sustentam que qualquer tipo de controle externo acabaria por ferir a separação dos poderes, princípio garantido por uma das “cláusulas pétreas”, que protegeria, enfim, a própria vida funcional do juiz, no que se refere à sua independência para livremente discernir sobre a sentença com livre convencimento.

Outro argumento concernente à reestruturação do Poder Judiciário menciona a sua democratização³⁴ como proposta de superação para a crise. Seguindo o raciocínio, Cerqueira aponta que se trata apenas de ativar o que já está previsto no Art. 98, I, da Constituição Federal, que diz que os Estados podem criar *juizados especiais* providos de *juízes leigos* competentes para o julgamento de causas cíveis de menor complexidade e de infrações penais de menor potencial ofensivo:

O dispositivo constitucional visa possibilitar a qualquer cidadão o acesso imediato a um órgão do Poder Judiciário. Falta apenas que a lei torne realidade essa previsão constitucional. A viabilização é simples e pouco

³⁴ Democratização, neste contexto, é entendida não só como sendo a criação de alternativas de acesso à justiça, mas, ainda, formas de “levar” (conhecer) os direitos às camadas menos favorecidas da população.

onerosa aos cofres públicos. Cada Delegacia Policial seria a sede de um Juiz Especial que ali daria seu expediente juntamente com o Ministério Público e a Defensoria Pública. Um conjunto de Delegacias Policiais constituiria uma Região, o que permitiria o sistema de plantões noturnos e de fins-de-semana. De tal sorte que um cidadão, independentemente de outra condição que não a ordem de chegada, teria acesso imediato à justiça. Sem ônus e sem burocracia, a qualquer hora do dia ou da noite. Esse juizado teria, desde logo, duas virtudes. A primeira, é que a segurança seria acionada a partir do direito do cidadão na medida em que ele se colocasse sob a proteção do aparelho judicial então acessível a ele. A outra, é que para esse juizado confluíam causas como os delitos de trânsito, que sabidamente ocupam larga faixa do aparelho judicial entre outros crimes pequenos, o que levaria ao desafogo da justiça togada. Livre dos entraves das pequenas questões, e mais exposto aos atentos olhos da opinião pública, o Judiciário poderia dedicar-se ao julgamento rápido e à correções severas dos graves delitos praticados pelas organizações criminosas. (CERQUEIRA, 1995, p. 165-166).

Ocorre, porém, lembra Araújo Filho (2001), que o acesso à justiça pelas camadas populares é visto com certa desconfiança, pois para eles, as leis e o direito são institutos inacessíveis que os atemorizam, pois sempre que os pobres têm contato com a lei e a justiça, é, em geral, no campo do Direito Penal; em nenhum momento o pobre encara a Justiça como um serviço social capaz de outorgar-lhe benefícios³⁵.

Neste sentido, Castro Junior (1998, p. 134) ressalta que:

O poder judiciário brasileiro se encontra distante da população mais carente, pois a falta de orientação sobre os procedimentos para reivindicar direitos, aliada a um sistema de prestação de serviços judiciais, na maioria das vezes, extremamente caro e burocratizado, são prejudiciais para a consolidação da cidadania.

As referências de Cerqueira e Castro Júnior para a implantação de sistemas que facilitassem o acesso à justiça e uma “aproximação” do Poder Judiciário com a população, têm sido levadas a efeito. Abordando tal ponto, Vianna et al (1999, p. 11) afirmam que através dos Juizados Especiais se verifica a “judicialização das relações sociais [...], sem qualquer tipo de mediação social ou política”, o que atende “às expectativas por direito e cidadania de setores socialmente emergentes.”

³⁵ Ou, talvez, em nenhum momento ele seja tratado de uma forma que o instigue a pensar desta maneira.

Clève (2007, p. 9), por seu turno, reconhece as ações coletivas, principalmente as ações civis públicas, como sendo um bom caminho para a realização dos direitos sociais, escrevendo que tais ações tratariam de

compelir o Poder Público a adotar políticas públicas para, num universo temporal definido (cinco ou dez anos), resolver o problema da moradia do acesso ao lazer, à educação, etc. [...]. cumpre compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade [...]. Desta forma, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias.

Ressalva Clève (2007), entretanto, que na busca da efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, a atuação judicial deve sofrer limites para que não ocorra a absoluta judicialização da política, pois tal situação poderia implicar a “inaceitável politização do Poder Judiciário”. Os principais argumentos trazidos por Clève para respaldar a sua afirmação - separação dos poderes e legitimidade do Poder Judiciário -, são enfrentados na seqüência deste capítulo.

3.3 O debate entre procedimentalistas e substancialistas

Não faltam adeptos que, por um lado defendem, e por outro criticam a ação política jurisdicional. Tal contexto em que se encontra a discussão é apontado por Vianna et al (1999). Segundo os autores:

Tal contexto institucional, dominante, em maior ou em menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da *intelligentzia*: os magistrados e os membros do Ministério Público. “Guardiães das promessas”, na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito. Como em Dworkin, para quem os magistrados aparecem nas sociedades contemporâneas como o equivalente funcional da *intelligentzia* clássica, personagens míticos como Hércules, empenhados em abrir caminho, por meio de decisões exemplares, à realização do justo. (1999, p. 22-23).

Garapon (1997), expoente da corrente procedimentalista, defende que o magistrado, ao fazer o seu julgamento, não deve estar embuído de nenhuma forma de politização. Assim garantiria uma certa pureza em seu julgamento. Nas palavras do autor:

Bem julgar reclama de igual modo um ato e uma abstenção. Julgar é mostrar-se apto a abstrair-se de si mesmo, do mundo, da impressão da audiência. O ritual é uma condição essencial do ato de bem julgar, visto que, ao impor um limite, frustra os sentidos e confere um sentido. Para bem julgar, é preciso ouvir tudo, mas não ouvir nada ouvido por outro; ver tudo, mas não ver nada visto por outro. Como se uma espécie de morte interior e no mundo fizesse parte do ato de julgar. Sem essa ruptura indispensável, não há justiça. Ao alienar-se do mundo simbólico da audiência, o juiz liberta-se de si mesmo. É indispensável uma auto mutilação dos outros sentidos para aguçá-los e do julgamento. (1997, p. 320).

Consoante ao princípio democrático, Habermas (1999, p. 112), que também em um pensador basilar da corrente procedimentalista, sustenta em suas palavras que:

É unicamente a partir de pressupostos comunicativos de um discurso de âmbito universal, no qual todos os eventuais indivíduos envolvidos possam tomar parte e assumir uma atitude hipotética e argumentativa face às pretensões de validade de normas e de modos de conduta tornadas problemáticas, que se constitui o nível superior de intersubjetividade relativa a um intercruzamento da perspectiva individual com a perspectiva de todos.

Habermas, segundo Vianna et al (1999), entende que a comunidade de intérpretes da Constituição se faria presente diretamente na vida pública e não pela mediação dos tribunais. Uma cidadania ativa estaria, assim, investida da capacidade de se auto regular. Deste modo, numa sociedade pluralista, a fundamentação das normas jurídicas seria resultado de um procedimento democrático que garantiria a participação de todos na formulação do direito (LUCAS, 2005a).

No outro eixo do debate encontra-se a corrente substancialista, que traz como expoentes de seu pensamento os nomes de Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin. Para os autores o redimensionamento do papel do Judiciário e a invasão do direito nas sociedades contemporâneas não devem soar como fenômenos estranhos à tradição democrática e sim como uma necessidade de extensão dessa tradição a setores ainda pouco integrados (VIANNA et al, 1999). Cappelletti (1999) advoga que a democracia não se sustenta em comunidades que esqueçam de proteger os direitos e as liberdades fundamentais, pois como lembra Apostolova, até os direitos de cunho liberal, chamados também de direitos da primeira geração ou direitos clássicos, são constantemente desrespeitados nos países ditos periféricos (APOSTOLOVA, 1998).

Azevedo (1999, p. 34) também aborda o tema, dizendo que:

Não se salva o país sonhando direitos, sobretudo quando o sacrifício recai, repetidamente, sobre os mesmos segmentos populacionais, os quais se reputam sempre aptos a pagar a conta. Para que se atravesse o pântano da necessidade, em benefício de todos, o sacrifício tem que ser conjunto, dividido, se não conforme às capacidades de cada setor social, ao menos sem afronta à justiça distributiva. Não sai a nação do atoleiro enquanto se entender que não há recursos suficientes para saneamento básico, saúde e educação, mas sobejam para sanar inconfessáveis escândalos financeiros. Diante de um tal quadro, deve o jurista indignar-se e agir, buscando evitar a privatização dos ganhos ilícitos enquanto socializam-se as perdas e empobrece-se o povo.

Nas Constituições estão dispostas, invariavelmente, as questões relativas à divisão dos poderes (ou funções), a forma de acesso e exercício dos poderes e os direitos fundamentais, além de outros valores tidos por relevantes por determinada sociedade. A fonte é o poder constituinte originário, o qual é formado pelos representantes populares com o objetivo específico de edição da sua Carta Política. Desta forma, a noção que se faz presente é que, no momento de elaboração da Constituição, “todos” os integrantes de uma sociedade estão ali representados, para a missão específica de definir os valores fundantes de um Estado-Nação. Este poder constituinte originário pode ser denominado como sendo a “maioria definitiva”³⁶, definição esta adotada para o presente trabalho com o objetivo de distingui-la das “maiorias eventuais”, expressão que será vista no decorrer deste capítulo.

O texto constitucional é entendido como sendo uma bússola orientadora, logo, as condutas e normas infraconstitucionais, sejam de particulares ou da própria administração, não poderão desvirtuar-se dos valores, princípios e direitos ali estabelecidos. Entretanto, em caso de suposta violação, um dos poderes do Estado deverá ter a atribuição precípua de examinar o respeito ao texto constitucional. Esta atribuição de interpretar e de dizer o direito constitucional - *a jurisdição constitucional* – e, principalmente, se o Poder Judiciário pode determinar a efetivação dos direitos sociais, é objeto de debate entre os procedimentalistas e os substancialistas.

Enquanto os procedimentalistas atribuem ao Poder Legislativo a função precípua de interpretar as previsões constitucionais, os substancialistas entendem que do próprio texto pode-se extrair eficácias a serem efetivadas pelo Poder Judiciário, notadamente quanto aos

³⁶ Utiliza-se a expressão “maioria definitiva” como sendo a vontade geral (todos) veiculada pelo poder constituinte originário, para diferenciá-la das “maiorias eventuais” enquanto poder constituinte derivado, e que não teriam legitimidade popular para reduzir ou suprimir direitos fundamentais.

direitos fundamentais. Assim, a questão que se coloca é a discussão acerca do papel do Poder Judiciário, ou, dito de outra forma, enquanto os substancialistas aceitam e defendem uma atuação ativa do Poder Judiciário na concretização dos direitos constitucionalmente consagrados, os procedimentalistas vêem o Poder Judiciário como sendo, basicamente, garantidor dos processos deliberativos que permitam a participação popular.

A violação ao texto constitucional pode ocorrer quando, por exemplo, uma lei editada afrontá-lo. De outro lado, pode-se observar a violação constitucional por omissão quando o Estado deixar de realizar determinados direitos ali previstos, eis que a “noção de Estado Democrático de Direitos está, pois, ligada indissociavelmente à realização dos direitos fundamentais.” (STRECK, 2004a, p. 147).

Examinando o procedimentalismo habermasiano, Streck (2004a, p. 155) escreveu:

Sustentando a tese procedimentalista, Habermas critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. O paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso. Parte da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito.

Na seqüência, Streck (2004a, p. 155) revela que Habermas mostra-se severamente crítico “àquilo que denomina de gigantismo ou politização do Judiciário, surgido no pós-guerra.”

Sampaio (2002), mesmo concordando que tenha havido mudanças que acabaram por realçar o papel do Poder Judiciário, observa, entretanto, que tal fato ocorreu em face de uma nova realidade concretizada especificamente pelo surgimento dos direitos prestacionais e pelo paradigma social que aproxima as funções de juiz e legislador. Reportando-se a Maus, segundo Sampaio (2002, p. 63),

Essa tentativa de legitimidade da jurisdição constitucional importa, na verdade, uma simples explicação de como a transformação do Estado liberal para o Estado social de direito se fez acompanhar da mudança de um Estado parlamentar ou legislativo para um Estado administrativo e, enfim, judicial

Mesmo reconhecendo que as normas possuem conteúdo moral, Habermas (apud STRECK, 2004a, p. 156) reconhece, no entanto, “ao Direito e às normas jurídicas especificidades tais que impedem que o Direito seja considerado como um caso especial de aplicação da moral”, com o que levará o autor à defesa de que a interpretação e a aplicação das normas jurídicas se faça dentro de uma “lógica deontica binária (princípio da adequabilidade das normas à unicidade e de irrepetibilidade da situação concreta de aplicação), e não por uma axiologia gradual e multipolar (princípio da ponderação ou do equilíbrio de valores)”, negando o processo hermenêutico de aplicação de normas como se fossem valores (STRECK, 2004a, p. 156). Ainda segundo Habermas (1996, p. 308-309):

quando uma corte constitucional adota a doutrina de ‘ordem de valores’ pondo-a como fundamento de suas próprias práticas decisórias, o perigo de haver sentenças irracionais cresce, porque argumentos funcionalistas podem prevalecer sobre os normativos.

Entretanto, nas palavras de Streck (2004a, p. 160), Habermas não desconhece a necessidade de um Tribunal Constitucional para “uma jurisprudência constitucional ofensiva em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente.”

De forma semelhante, Ely (1995) defende a atuação procedimental do Poder Judiciário, com o fito de resguardar a lisura do processo democrático e permitir a participação também de grupos minoritários no processo político, pois, entende que somente aqueles efetivamente eleitos teriam legitimidade popular, o que não ocorre com os juízes. Embora na sua obra trate dos “juízes nomeados”, modelo adotado pelos Estados Unidos, o entendimento também serve para os demais países em que os membros do Poder Judiciário não são eleitos, como é o caso do Brasil.

Decorre desta afirmação, então, pelo menos no que diz respeito à realização do “procedimento” propriamente dito, que Habermas extrai uma eficácia substancial, segundo Tribe, o que implica dizer que, conseqüentemente, acaba por atribuir uma ordem de valores ao texto constitucional.

A política deliberativa defendida por Habermas está alicerçada na “teoria do discurso, fundada em uma racionalidade comunicativa” (MOREIRA, 2004, p. 103) e consagra

o ideal de que os indivíduos submetem-se às normas por eles elaboradas e, neste sentido, todo ordenamento seria justo e adequado, uma vez que refletem a vontade de seus destinatários, o que implicaria reconhecer legitimidade e cogência ao texto positivado. Anota o autor, ainda, que a exteriorização da vontade deverá ser fruto de argumentação racional, de forma que a autonomia privada e pública sejam harmônicas, ou, dito de outra forma, onde as liberdades individuais permitam e gerem as liberdades coletivas (da sociedade) (HABERMAS, 1997).

De forma semelhante, Arroyo (2000, p. 159) também reconhece a validade das normas desde que geradas pelos diretamente afetados, mediante um processo participativo. Assim, “Solo son validas aquellas normas de acción que podrían ser aceptadas por todos los posibles afectados em cuanto participantes em discurso racionales.”

Observa-se que os fundamentos de Habermas e Arroyo, acima descritos, se não idênticos, ao menos em grande parte aparentam ser eco das idéias trazidas à lume por Rousseau (1987) no século XVIII, na clássica obra “Do Contrato Social”. Neste ponto, atualmente, faz-se importante destacar, também, a lição de Ely (1995) quanto à necessidade de garantir a participação das minorias, a fim de que se obtenha a “vontade geral” que será representada no direito.

A busca do consenso pelo discurso, conforme proposto por Habermas, legitima o direito positivado pela representação democrática, legitimidade esta que Habermas não reconhece nos juízes, consoante acima já referido, justamente por não representarem a vontade popular. Entretanto, a garantia de participação das minorias nos procedimentos deliberativos não assegura o reconhecimento de suas opções. Conforme Shapiro (apud SAMPAIO, 2002, p. 76), as minorias têm maior possibilidade de sucesso junto aos juízes constitucionais do que por meio do processo legislativo e, segundo Michelman (apud SAMPAIO, 2002, p. 76-77), os juízes estariam mais aptos a “escutar as vozes dos excluídos”.

Em contraponto, alertando para o risco de converter o Poder Judiciário em “segunda instância política”, observa Sampaio (2002, p. 78) que “não pode [...] fazer-se do tribunal um outro palanque para a revanche de uma luta política perdida para a maioria no Parlamento.”

Contrariando os que sustentam a falta de legitimidade (representatividade) do Poder

Judiciário, Cappelletti (apud LUCAS 2005b, p. 9-10) diz que “é sabido que as democracias representativas não têm conseguido traduzir a escolha dos eleitores em consenso político, sendo que muitas vezes o Legislativo e o Executivo funcionam como a abertura institucional para a composição de interesses e privilégios de determinados grupos.”

Lucas (2005b, p. 11), fazendo referência a idéias de outros autores, de forma semelhante, acrescenta que:

os legisladores não se encontram, institucionalmente, em situação mais privilegiada que os magistrados para decidirem questões de direito, e que, por conseqüência, não há nenhuma razão plausível para imaginar que as decisões do legislativo sobre direitos sejam mais acertadas que as tomadas pelo Judiciário.

Importante notar, na mesma linha, que as decisões do Poder Judiciário são, necessariamente, fundamentadas³⁷, o que permite o acompanhamento e a eventual insurgência quanto aos fundamentos lançados, o que não se verifica, costumeiramente, nas decisões do parlamento ou até mesmo do Poder Executivo.

Enquanto para Habermas é nos espaços públicos e pelos processos deliberativos que se obtém os melhores argumentos, Sampaio (2002, p. 91) entende que o julgador adquire legitimidade com a práxis, na harmonia entre a opinião popular e o conteúdo das decisões racionalmente aceito pela comunidade, a que o autor chama de “solidificação do pacto social”.

Retomando a idéia inicial deste ponto, que revela a divergência entre procedimentalistas e substancialistas, os estudos de Streck (2004a, p. 163) apontam para um novo enfoque neste debate, mais precisamente para estabelecer o real significado e dimensão do “Estado Democrático de Direito”. Diz que enquanto o Estado Liberal de Direito absteve-se de intervir no econômico, “adotando uma posição de (mero) policial da sociedade civil” e o Estado Social de Direito interveio nas relações econômicas e foi “decisivo nas fases de produção e distribuição de bens”,

o Estado Democrático de Direito, que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente *a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização*

³⁷ Entende-se a idéia de “necessidade de fundamentação” como decorrência da previsão constitucional.

social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades. (STRECK, 2004a, p. 164, grifo do autor).

O autor reconhece que Habermas também trabalha com a noção de Estado Democrático de Direito, “entretanto, não reconhece a necessária diferenciação que existe entre o modelo do Estado Social de Direito e o modelo do Estado Democrático de Direito que, insisto, supera a noção de Estado Social” (STRECK, 2004a, p. 165). Prossegue o autor demonstrando as diferenças que entende fazem-se presentes na sua concepção de Estado Democrático de Direito:

é um novo paradigma porque foi engendrado, no campo do direito constitucional e da ciência política, *uma nova legitimidade*, no interior da qual o Direito assume a tarefa de transformação, até mesmo em face da crise do modelo de Estado Social, onde as políticas públicas começaram a se tornar escassas, questão que colocava em risco a realização dos direitos sociais e fundamentais. Daí que se altera a configuração do processo de legitimação: ao contrário das constituições liberais ou meramente sociais, a legitimidade, agora, advém da própria Constituição (Villalón), que exsurge de um processo de re-fundação da sociedade. (2004a, p. 165-166, grifo do autor).

Nesta perspectiva, uma vez adotado o entendimento ora explanado, restaria satisfeita a questão da legitimidade, pois, enquanto Habermas somente a reconhece nos procedimentos deliberativos, ou seja, na participação popular, Streck (2004a) localiza na Constituição a fonte da legitimidade. Importante realçar, entretanto, que Streck não faz simples exercício retórico e construtivo para “deslocar” ou “encontrar” a fonte de legitimidade de maneira artificial, a fim de respaldar seu entendimento. Mais do que isso, ele encontra na Constituição o primeiro e “originário” processo deliberativo, momento em que o poder constituinte originário se fazia representado por todos os integrantes da sociedade, dos diversos segmentos sociais, dando plena legitimidade ao texto constitucional.

A constituição, conforme origem semântica da própria palavra, traduz a idéia de “constituir”. No sentido que hoje é entendida, tem como origem o século XVIII, com a consagração dos ideais revolucionários e libertários da revolução francesa, instaurando uma “nova” ordem. Modernamente, a adoção de Constituições, principalmente pelos países que recentemente conquistaram sua independência política, também ocorre pelas mesmas razões, qual seja, confirmam o estabelecimento de uma nova ordem (OST, 1999). Além de trazerem um catálogo de direitos fundamentais, formas de acesso, exercício, limitação e controle

(equilíbrio) dos poderes do Estado, identifica ordenamento jurídico e Estado e consolida a idéia de Estado Democrático de Direito. Ainda, segundo Streck (2004a, p. 96-97),

Trata-se de um Estado resultante de um determinado padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil. Institucionalizado por meio de um ordenamento jurídico-constitucional desenvolvido e consolidado em torno de um conceito de poder público em que se diferenciam a esfera pública e o setor privado, os atos de império e os atos de gestão, o sistema político-institucional e o sistema econômico, o plano político-partidário e o político-administrativo, os interesses individuais e o interesse coletivo.

É de extrema clareza a definição de Thomas Paine (apud STRECK, 2004a, p. 98), para quem “uma constituição não é um ato de nenhum governo, e, sim, de um povo estabelecendo o seu governo, de modo que um governo sem Constituição é poder sem direito” e “o governo é a criatura da Constituição”. Desta forma o autor acaba por confirmar a idéia que se depreende da obra de Streck, de que a Constituição é a fonte de legitimidade, uma vez que, repetindo a idéia de Paine, a Constituição é um ato do povo estabelecendo o seu governo. Adotando as concepções de Streck (2004a) e Paine (apud STRECK, 2004a), surge, na seqüência, a questão relativa à possibilidade de alteração do texto constitucional mediante novo procedimento deliberativo, atribuindo-se tal mister ao Poder Legislativo, que é quem ostenta a representatividade da sociedade, a fim de manter o caráter democrático do Estado de Direito.

Respondendo a tal indagação, Ferrajoli (1999) não reconhece a legitimidade do Poder Legislativo para alteração do texto Constitucional. Entende o autor que a Constituição é um conjunto de regras destinado a todos os membros de uma sociedade (Nação), inclusive aos detentores do Poder, cujo conteúdo é prospectivo, servindo de balizador para as ações do Estado, notadamente quando envolvidos os direitos sociais, uma vez que atingem principalmente as camadas mais necessitadas. No mesmo sentido, escreveu Streck (2004a, p. 209): “a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, constitui-se igualmente como um necessário mecanismo de contenção do poder das maiorias”. Permitir tal abertura importaria em retirar a segurança e certeza dos aspectos substanciais definidos pela maioria originária, diz o autor, e “a regra contramajoritária, desse modo, vai além de estabelecer limites formais às assim denominadas maiorias eventuais; na verdade, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição.” (STRECK, 2004a, p. 211).

Idêntico é o entendimento de Alexy (1997), para quem os direitos fundamentais são de tal importância que a sua realização (ou não-realização), não pode ficar ao arbítrio da maioria parlamentar.

No entendimento de Habermas, a clássica divisão tripartite e as decorrentes atribuições cometidas a cada um dos Poderes são fundamentais e não devem permitir a interferência recíproca. Partindo desta premissa, entende o autor que ao praticar uma abordagem construtiva na interpretação do texto constitucional, o Poder Judiciário estará afrontando a divisão dos poderes, pois, neste momento, estará legislando, atividade esta que não lhe cabe. Ressalta, também, que os legisladores não supervisionam a atividade dos Tribunais para verificar se estão aplicando os mesmos argumentos racionais eleitos pelo legislador para a elaboração da norma. Nesta linha, ao realizarem valores materiais previstos na constituição, os Tribunais poderiam transformar-se numa instância autoritária (STRECK, 2004a).

Idêntico é o entendimento de Maus (2000), que vê, em tal situação, o risco dos Tribunais se arvorarem em senhores absolutos do direito. Rejeita energicamente a faculdade de um Tribunal interpretar a Constituição, sustentando que somente o Poder Legislativo, aquele donde emanou o texto constitucional, poderia fazê-lo. Demonstrando sua preocupação, disse que ao interpretá-la, o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha considerou-se “superior” à Constituição:

Assim, a competência do TFC – como de qualquer outro órgão de controle de constitucionalidade – não deriva da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer “competência” constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais. (MAUS, 2000, p. 191-192).

Acerca deste ponto, Sampaio (2002) defende que o que ocorreu nos países em geral foi uma necessidade de reequilibrar os poderes constitucionais, uma vez que o Legislativo não se mostrou capaz de atender às demandas do Estado-providência, legislando atrasado ou desatualizado e, também, em face de que os políticos estavam preocupados com sua clientela.

Acrescenta o autor, ainda, que o Estado-administração, com seu aparato burocrático, podia controlar a vida privada dos súditos e desenvolver interesses distorcidos da sua missão: a vontade e o interesse público, o que permitiu que o Poder Judiciário evitasse discricionariedade e abusos praticados pela Administração.

As experiências de controle de constitucionalidade exercida pelos Tribunais, até o momento verificadas, não fornecem elementos que corroborem a preocupação de que pudessem conduzir a uma ditadura do Poder Judiciário. A esse respeito, com base em Oto Bachoff, argumenta Streck (2004, p. 212-213):

referindo-se especificamente à Alemanha, diz que é possível afirmar que tanto na opinião pública como na crítica da doutrina jurídica prevalece largamente a opinião de que os tribunais constitucionais respeitaram por via de regra o primado do legislador e não se arrogaram o senhorio da Constituição. Isto não exclui – alerta – que algumas decisões tenham sido objeto de veemente e por vezes também justificada crítica, e que tais decisões tenham porventura nalguns poucos casos ultrapassado realmente os limites marcados ao tribunal e invadido a competência do legislador. Trata-se, porém, de casos excepcionais, que não invalidam e nem prejudicam o balanço do conjunto.

Semelhante é o entendimento de Enterría (1983), o qual revela que as decisões dos Tribunais não têm sido objeto de indignação popular, aduzindo que o “Tribunal da História” já o reconheceu legitimamente.

3.4 O poder judiciário e os direitos sociais: uma aproximação necessária

O Poder Judiciário, que personaliza o Estado no exercício da função jurisdicional, tem o princípio da legalidade como um dos balizadores e limitadores de sua atuação, que é, correlatamente, mecanismo de garantia e defesa dos indivíduos frente ao *Leviatã*, na expressão de Hobbes (1999). Desta forma, em princípio, o indivíduo somente pode exigir do Estado aquilo que haja norma prevendo ou, dito de outra forma, o indivíduo pode exigir as abstenções (direitos de liberdade) ou ações (direitos à prestações) do Estado para os direitos que tenham expressa previsão legal.

A Constituição, pela sua própria natureza de Carta Política, como regra, estabelece fundamentos, princípios e objetivos do Estado. Neste cenário, uma questão que tem recebido bastante atenção da doutrina diz respeito a possibilidade do indivíduo exigir, por meio do

Poder Judiciário, a efetivação dos direitos sociais, extraindo-lhe eficácia diretamente do texto constitucional. Assim, para o exame da denominada “justiciabilidade” dos direitos sociais, além das questões já abordadas e na perspectiva adotada para o presente trabalho, mostram-se necessárias as seguintes análises: as concepções de regras e princípios; a classificação das normas constitucionais e as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos, uma vez que há um forte entrelaçamento entre eles, conforme se verá.

Enquanto no Estado Liberal de Direito o “império da lei” (NOVAIS, 1987) definia a legalidade, a partir da consagração e da crescente exigência de respeito aos direitos fundamentais e a crescente inclusão de conceitos abertos nas constituições, a norma³⁸ positivada parece não ser mais suficiente, isoladamente, para atender às exigências que se estabelecem. Diversos autores passaram a examinar o tema referente à Teoria dos Direitos Fundamentais e a normatividade possível de ser extraída dos seus princípios³⁹.

Alexy (1997, p. 83) constrói sua Teoria dos Direitos Fundamentais a partir do conceito de norma de direito fundamental, reconhecendo que as normas dividem-se em regras e princípios, bastando que sejam portadores de “normatividade” (enunciado normativo) e desde que estejam acompanhados de uma expressão deôntica: “Enunciados de este tipo están caracterizados porque ellos se utilizan expresiones deónticas como ‘puede’, ‘prohibido’ y ‘deben’.”

Segundo Leivas (2006, p. 39), na distinção entre regras e princípios, para Alexy, “não existe somente uma diferença gradual, senão qualitativa, lógica.” Para Alexy (1997), os princípios constituem mandados de otimização, os quais devem ser efetivados na maior medida, consoante permitam as possibilidades fáticas e jurídicas, o que permite dizer, assim, que a intensidade de realização dos princípios é variável. Escreveu Alexy (1997, p. 86):

El punto para la distincion entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades juridicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandamientos de optimización, que estan caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la medida debida de seu cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las juridicas.

³⁸ “Norma” foi empregada, neste momento, como sinônimo de “regra”.

³⁹ Entre eles, Hesse (1991); Canotilho (1998, 2000) e Bobbio (1992).

No que tange às regras, para o mesmo autor, estas se constituem em determinações herméticas, fechadas, portanto, não há possibilidade de graduar a intensidade de cumprimento: “*las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no*” (ALEXY, 1997, p. 87).

Não desconhece o autor a impossibilidade jurídica ou fática de realização, tanto das regras como dos princípios. Quanto às regras, sustenta que se trata de uma questão de validade e não de graduação, ou seja, ou a norma é válida e deve ser cumprida ou, ao contrário, a norma não é válida e não exige cumprimento. É possível, ainda, a existência de uma *regra de exceção* que impossibilite a aplicação da regra sem, no entanto, torná-la inválida. Tal ocorre quando houver uma outra regra ou princípio em confronto (ALEXY, 1997).

Já no que se refere aos princípios, entende que a sua realização é determinada, no plano jurídico, pelos princípios e regras que a eles se opõem, admitindo, assim, níveis variáveis de atendimento. No exame de uma determinada situação poderá ocorrer conflito entre princípios, e, neste caso, não há que se falar em invalidação de um dos princípios, mas sim a flexibilização de um deles em detrimento do outro, o que se obtém pela ponderação entre os valores em questão no caso concreto, a que o autor denomina de relação de precedência condicionada (ALEXY, 1997, p. 94-95).

Dworkin (2002, p. 23) também examina a questão de regras e princípios. Enfrenta abertamente o positivismo jurídico e, embora com algumas diferenças em relação a Alexy, igualmente reconhece o caráter normativo dos princípios. Porém, é enfático em diferenciá-los das regras: “Com muita frequência, utilizarei o termo ‘princípio’ de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras; [...]”

O autor adota princípio como sendo o gênero e subdivide-os em duas espécies: princípio em sentido e estrito e determinação de objetivos⁴⁰. Explica o autor:

⁴⁰ O termo original “policy” foi traduzido pela palavra política na obra em português. Conforme revela Leivas (2006) na obra em espanhol foi traduzida por “directrices políticas” ou simplesmente “directrices” ou, ainda, segundo Sieckmann (apud LEIVAS, 2006), em “determinações de objetivos”.

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36).

Segundo a classificação e fundamentos lançados por Dworkin (2002, p. 36), os direitos sociais não estão abarcados no conceito de “princípios”, mas incluem-se no que ele denomina de determinação de objetivos: “Acabei de mencionar ‘princípios, políticas e outros tipos de padrões’. [...] Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.”

Nesta perspectiva, consoante revelam os autores, a cogência dos princípios não tem a mesma força que as regras. Enquanto estas, *a priori*, devem ser cumpridas ou declaradas inválidas, os princípios admitem uma flexibilização que pode significar a sua parcial efetivação ou até mesmo a sua não-efetivação. De toda sorte, pode-se concluir que normas é o gênero e tanto os princípios quanto as regras são espécies desta.

Fixado o entendimento que regras e princípios são normas, faz-se mister abordar a classificação das normas constitucionais e suas eficácias e, por decorrência, se é possível falar em auto-aplicabilidade ou eficácia plena para os dispositivos constitucionais que tratam dos direitos sociais.

Entre os doutrinadores pátrios, Silva (1998) elaborou consistente trabalho acerca da classificação das normas constitucionais que, em apertada síntese, assim restou definido: a) normas com eficácia plena, b) normas de eficácia contida e c) normas de eficácia limitada (institutivas ou programáticas). As normas de eficácia plena seriam imediata e integralmente aplicáveis. Já as normas de eficácia contida são imediatamente aplicáveis, porém seus efeitos podem ser restringidos pelo próprio texto constitucional ou por legislação ordinária. Por fim, as normas de eficácia limitada dependem de integração legislativa. Atualmente, não há dúvidas que todas as normas geram determinados efeitos de forma imediata, dentre os quais, destaque-se, a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo (SARLET, 2007).

Quanto ao enquadramento dos direitos sociais na classificação apresentada, ou outra que se adote, no que tange à questão de sua aplicabilidade, a doutrina diverge. Canotilho (1994, p. 168), escrevendo acerca do Estado Social de Direito, atribui ao legislador a tarefa de efetivar as normas de direitos sociais, outorgando à Constituição o título de “programa normativo do Estado e da sociedade.” Ou seja, conforme deixa claro o rótulo aplicado por Canotilho aos direitos sociais constantes nas Constituições - *programa normativo* -, reconhece o caráter programático das normas constitucionais. Em sentido contrário, Piovesan (2003, p. 44) reconhece a imediata aplicação das normas de direitos sociais, no caso da Constituição Brasileira, por expressa disposição constitucional: “no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, institui o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu art. 5º, § 1º.”

O entendimento de Alexy (1997, p. 496) parece ser intermediário. Reconhece que a justiciabilidade dos direitos apresenta dificuldades quanto à sua realização, uma vez que diversas podem ser as formas de realização e devem ser consideradas as perspectivas de eficácia futura, pois:

no interesan aquí soluciones de todo-o-nada. Ni el legislador puede partir de pronosticos cualesquiera ni el Tribunal Constitucional Federal puede substituir ilimitadamente los pronósticos Del legislador por los suyos propios, ni tampoco es posible formular regla simple que delimite definitivamente em todos los casos la competencia de pronostico.

Ao mesmo tempo, reconhece Alexy (1997, p. 453) que não há como retirar a justiciabilidade dos direitos sociais, pois:

la existencia de um derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe um derecho este es también justiciable. Ninguna objeción de peso fundamenta el hecho de que los derechos fundamentales sociales necesiten una configuración jurídica ordinaria.

Sarlet (2007, p. 338), por sua vez, reconhece a ocorrência das duas possibilidades, quais sejam, de que há normas auto-aplicáveis e normas não auto-aplicáveis. Acerca das

normas que entende serem auto-aplicáveis, escreve o autor:

Neste contexto, pacificou-se, por exemplo, o entendimento de que as normas contidas no art. 201, § 5º (vinculação do valor dos benefícios, no que concerne ao seu piso, ao salário mínimo) e § 6º (valor-base para a gratificação natalina dos pensionistas e aposentados) são diretamente aplicáveis e eficazes, vinculando todos os poderes estatais, independentemente de qualquer ato legislativo, posição esta acolhida já algum tempo pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesta perspectiva, percebe-se que o autor reconhece a auto-aplicabilidade das normas cuja dicção é inequívoca, no qual o texto constitucional não deixa margem para interpretações, conforme demonstram os exemplos acima referidos. Mas não é somente para os direitos sociais em que a clareza da redação é unívoca que o autor reconhece a existência de eficácia plena. Ancorado na doutrina alemã e julgados do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, o autor defende a eficácia plena e imediata nos direitos sociais prestacionais que realizem o “mínimo existencial”, pressuposto do princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo quando não haja previsão constitucional:

Assim, em que pese não existir na Lei Fundamental da Alemanha um direito ao salário mínimo, à previdência social (aposentadoria) ou mesmo à assistência social, a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos constituintes, mas também [...]. (SARLET, 2007, p. 339).

Com relação aos doutrinadores, afirma Sarlet (2007, p. 339) que Otto Bachoff foi “o primeiro nome ilustre a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna”, eis que para a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, além da liberdade, faz-se necessário “um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.”

Quanto ao Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, Sarlet (2007, p. 340) diz que a Corte também reconheceu um “direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna” e transcreve parte dos fundamentos adotados:

certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições

de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna [...].

Entretanto, Sarlet não retira da classificação das normas constitucionais a aplicabilidade e sua carga eficaz. Ou, ao menos, não com exclusividade. O autor concentra sua análise no que denomina de dupla perspectiva dos direitos fundamentais. O caráter dúplice dos direitos fundamentais comporta duas dimensões (ou perspectivas, na expressão adotada por Sarlet): as dimensões objetiva e subjetiva. Enquanto direitos subjetivos, são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular e, como elementos fundamentais objetivos, constituem-se em base da ordem jurídica da coletividade (HESSE, 1998).

Abordando o tema, Sarlet (2007, p. 168) diz que:

os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.

Destaca o autor, ainda, que com o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais “não está se fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja.” Isto significa, segundo o autor, que para as normas de direitos fundamentais que já previam um direito subjetivo, a dimensão objetiva acrescenta uma “mais-valia jurídica” (SARLET, 2007, p. 169).

Embora aparentemente se pudesse associar a perspectiva objetiva aos princípios e a perspectiva subjetiva às regras, Sarlet (2007, p. 171) afirma que não existe tal paralelismo. Da mesma forma, realça “a dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade”. Desta forma, mesmo os direitos subjetivos devem ser valorados sob o ponto de vista de toda a sociedade, e não somente considerado o interesse individual, podendo, portanto, ser objeto de legítimas restrições ou limitações.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais traz a imediata e direta noção de que o titular do direito subjetivo possa buscar judicialmente a sua satisfação. Entretanto, ressalva Sarlet (2007, p. 180), “o reconhecimento de determinado grau de exigibilidade [...] é de

intensidade variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental”. Porém, a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo a uma prestação por parte do Estado, extraindo-se sua eficácia diretamente do dispositivo constitucional, transcende ao grau de exigibilidade ou normatividade. Há, na doutrina, resistência de alguns em face da imprecisão dos preceitos. Outros reconhecem que há possibilidade de reconhecimento de um direito fundamental quando a norma definir suficientemente o conteúdo. Há, ainda, os que entendem que caberia ao Poder Judiciário preencher a lacuna deixada pela falta de legislação (SARLET, 2007).

Hesse (1998, p. 237), por seu turno, ao reportar-se aos direitos a prestações estatais, não reconhece a possibilidade de exigi-los retirando eficácia direta do texto constitucional:

[...] a lei Fundamental da Alemanha não conhece direitos fundamentais que se deixam qualificar de (‘originais’, portanto, existentes independentemente de sistemas de prestações disponíveis legalmente regulados) direitos de ter parte no sentido de direitos individuais à participação em prestações estatais.

Sustenta, Hesse (1998), que a concretização dos direitos à prestações depende, necessariamente, de veiculação legal. Diferenciando os direitos sociais, no que é acompanhado por Sarlet, denomina de “originais” aqueles constantes na constituição e que não foram objeto de legislação concretizadora, e como “derivados” os que constantes do texto constitucional já foram objeto de lei instituidora (HESSE, 1998; SARLET, 2007).

Assim, quanto aos derivados, não há necessidade de maiores considerações, eis que eventual descumprimento afrontará o princípio da igualdade. Desta forma, a dimensão subjetiva que é objeto de exame da doutrina com maior ênfase e interessa ao presente trabalho, refere-se aos denominados direitos “originais”.

Sobre a possibilidade de buscar diretamente no texto constitucional a eficácia dos direitos sociais e, por conseqüência, dali extrair a perspectiva de direito subjetivo, Alexy (1997, p. 440-442) escreve que:

Ciertamente, al deber del legislador de ‘realización Del Estado social’ no corresponden, en general, derechos subjetivos pero si “el legislador omite arbitrariamente, es decir, sin razón objetiva, el cumplimiento de este deber, podría surgir de aquí un derecho del individuo que puede ser reclamado a traves de recurso de inconstitucionalidad.

Na seqüência da obra, Alexy (1997) observa que no exame dos direitos prestacionais deve haver “ponderação” entre princípios. Registre-se, por fim, que a observação feita por Alexy (da ponderação) encontra harmonia com o entendimento de Sarlet (2007), quando fala em “grau de exigibilidade de intensidade variável”.

Na perspectiva dos doutrinadores aqui examinados, verifica-se que os direitos sociais prestacionais, nada obstante possam extrair eficácia diretamente do texto constitucional, tem sua exigibilidade condicionada a uma análise de intensidade (ou proporcionalidade) que justifique a adoção de um tratamento diferenciado em relação às políticas e demais princípios que norteiam o Estado.

CONCLUSÃO

O estudo aqui elaborado pretende contribuir para o debate travado em torno da possibilidade e limites de atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais. Trata-se de uma questão complexa e que não tem entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência. Todavia, por razões de ordem ética, pelo amadurecimento dos estudos e das instituições e, ainda, pela realidade que está posta aos olhos da sociedade, se mostra possível extrair algumas conclusões.

O modelo de Estado Liberal gerou e continua gerando desigualdade e exclusão social, tornando carente considerável parcela da população, ou seja, o “mercado” que pregou a intervenção mínima do Estado na esfera econômica não se mostrou capaz de atender às necessidades sociais. Significa dizer, então, que o Estado Liberal não reflete a “vontade geral”, pois mostrar-se-ia um paradoxo acreditar que os cidadãos concordassem em criar um ente que os levasse ao desemprego e à miséria social.

É dever do Estado Social prestar, ao menos, aquele conjunto denominado de “mínimo existencial”. A doutrina não explicita o quê, quais ou em que medida seriam os direitos sociais que comporiam este mínimo, o que é de certa forma compreensível, eis que as necessidades sociais que importem em “inclusão social” são variáveis conforme o local e a época. Entretanto, parece não haver dúvidas que alimentos, saúde e educação, entre outros, sejam integrantes destes direitos sociais mínimos a que o Estado não pode furtar-se de prestar. A razão desta obrigação do Estado em prestar os mínimos pode ser extraída diretamente do texto Constitucional, que relaciona os direitos sociais como sendo direitos fundamentais. Também pode-se retirar exigibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que mostra-se evidente que a negação de alguns direitos sociais (alimentos, saúde e educação,

entre eles), fatalmente, afrontará este princípio. E mesmo que não houvesse as previsões Constitucionais referidas, ainda assim não haveria como o Estado deixar de prestá-los, pois implicaria em negar a sobrevivência do ser humano, conduta que a ética não permite a qualquer Nação que se considere civilizada.

A cláusula da reserva do possível pode, de fato, impor limites para o Estado para a realização dos direitos sociais, pela óbvia e singela razão de inexistirem recursos suficientes para atender determinadas áreas ou finalidades. Pode, por exemplo, ocorrer a impossibilidade da gratuidade para o ensino superior ou, ainda, pode-se imaginar a impossibilidade financeira de custear cirurgias meramente estéticas. Neste cenário, poderia considerar-se razoável a negativa do Estado. Porém, não há como aplicar a mesma compreensão tratando-se de ensino fundamental e cirurgias e urgência. Esta ponderação deverá ser efetuada em caso de limitação orçamentária.

Também e principalmente, não pode ser considerada a cláusula da reserva do possível quando frente aos direitos sociais que compõem o “mínimo existencial”. Descabe qualquer juízo de ponderação pela também óbvia e singela razão de que a sobrevivência é, senão o maior, um dos mais altos valores tutelados pelo Estado.

No Estado Democrático de Direito, o poder constituinte originário (a maioria definitiva) ao elaborar a Constituição consagra as razões fundantes da Nação e, ao prescrever os direitos sociais como sendo direitos fundamentais, determinou e delimitou aos poderes do Estado a direção a ser seguida. A Carta Constitucional expressa a “vontade geral”. Portanto, não cabe aos Poderes instituídos (maiorias eventuais) mover-se em desacordo com as diretrizes constitucionais, omitindo-se na concretização dos direitos sociais fundamentais.

Havendo omissão do Poder Executivo, que deveria ser naturalmente o concretizador, o Poder Judiciário pode substituí-lo e determinar a efetivação destes direitos sociais fundamentais. Não há violação ao princípio democrático. Em termos de direitos sociais fundamentais, não há espaço para deliberação legislativa (pela maioria eventual), uma vez que a Constituição (maioria definitiva) já determinou o que deve ser realizado, expressamente catalogando-os. A idéia de política deliberativa é sedutora, mas inaplicável em Nações em desenvolvimento, como o Brasil, em que sequer as necessidades básicas encontram-se atendidas, tornando inútil ou de pouco proveito facultar a palavra e a participação a quem

nada tem a dizer. A participação pressupõe a noção de igualdade e para ser igual (ouvir e ser ouvido) se faz necessárias algumas condições materiais mínimas que os excluídos sociais não têm. Não se mostra viável tentar valer-se de propostas teóricas surgidas em ricos países da Europa, cuja realidade social, econômica e política é bastante diversa, com intuito de aplicá-las em países periféricos.

Em que pese divergências doutrinárias, os direitos sociais extraem justiciabilidade diretamente da disposição constitucional, podendo ser considerados direito subjetivos, ao menos no que tange ao denominado “mínimo existencial”, consoante já referido. Importante observar, contudo, que nada obstante o Poder Judiciário possa “determinar” a concretização dos direitos sociais, não dispõe de meios que realizem faticamente a sua ordem, tanto em demandas coletivas quanto individuais. Tais limitações, porém, não impedem a tendência do Poder Judiciário de aproximar-se das camadas mais carentes da população, notadamente por meio dos Juizados Especiais, facilitando o acesso à justiça e viabilizando a efetivação de alguns direitos sociais, tais como a previdência social e a saúde, resgatando a noção e o direito de cidadania para as classes emergentes.

Destaque-se, por fim, que este trabalho buscou contribuir para o debate acerca do tema proposto. Algumas conclusões foram apresentadas e, por vezes, deixaram claro que alguns pontos não têm uma verdade absoluta, mas, ao contrário, inúmeras dúvidas e indefinições os cercam. O objetivo, assim, é que este trabalho tenha demonstrado a necessidade de aprofundamento no estudo acerca da realização dos direitos prestacionais, especialmente em relação aos direitos sociais que compõem o denominado “mínimo existencial”.

REFERÊNCIAS

- AGESTA, Luís Sanches. *Princípios da teoria política*. Madrid: Nacional, 1976.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traduzido por Ernesto G. Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- APOSTOLOVA, Brista Stefanova. *Poder judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999.
- ARAÚJO FILHO, Evilásio Correia. *Cidadania e legitimação do judiciário*. Curitiba: Juruá, 2001.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Brasília: EDUNB, 1985.
- ARROYO, Juan Carlos Velasco. Del derecho legítimo a la política deliberativa. In: *La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

BEDIN, Gilmar Antônio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.

_____. *As fundações teóricas do estado moderno: Maquiavel, Bodin e Hobbes*. Texto utilizado na disciplina Estado, Governança Regional e Direitos Humanos do Curso de Mestrado em Desenvolvimento da Unijuí, 2005a.

_____. *Atores internacionais e interdependência*. Texto utilizado na disciplina Estado, Governança Regional e Direitos Humanos do Curso de Mestrado em Desenvolvimento da Unijuí, 2005b.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Constituição de 1824*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 ago. 2007.

_____. *Constituição de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 ago. 2007.

_____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Decreto nº 678/92. Disponível em: <planalto.gov.br/legislação/decreto/1992/678>. Acesso em: 9 ago. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). RE-AgR 457544/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 27 fev. 2004. DJU, 18 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 ago. 2007.

BUSNELLO, Ronaldo. *Processo de produção e regulação social*. Ijuí: UNIJUÍ, 2005. (Coleção Direito, Política e Cidadania; 13).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *O problema da responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. Coimbra: Coimbra, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. *A democratização do poder judiciário*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

CAVERO, José Martínez de Pisón. *Políticas de bienestar*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

CERQUEIRA, Marcelo. *Controle do judiciário*. Rio de Janeiro: Revan, 1995.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Constitucional realizado em Curitiba, 2002. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 23 ago. 2007.

_____. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica; Curitiba: Scientia et labor, 1988.

COAN, Adriana. *A compreensão da constituição e a dignidade da pessoa humana*. Dissertação (Dissertação de Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2006.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.

COTRIM, Gilberto. *História e consciência do mundo*. São Paulo: UNESP, 1990.

CUNHA, Hermison Frazzon da. *O estado selvagem do Estado*. Disponível em: <www.recantodasletras.com.br/autores/mano>. Acesso em: 20 ago. 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

ENTERRÍA, Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

FARIA, José Eduardo. O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas. *Série Monografias do CEJ*, Brasília, v. 3, 1996.

_____. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1973.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, Lisboa, 1997.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1996.

GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de economia política*. São Paulo: Saraiva, 1970.

GÓMEZ, Jose Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Rio de Janeiro: LLP, 2000.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. I e II.

_____. *Fatti e Norme*. Contributi a uma Teoria Discorsiva Del Diritto e della Democrazia. A cura di Leonardo Ceppa. Milano: Guerini e Associati, 1996.

_____. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Piaget, 1999.

HERNANDEZ, Ramón. *Antologia de Francisco Vitória*. Los derechos humanos. Salamanca: San Esteban, 2004.

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

_____. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA et al. *Manual de derecho constitucional*. Traducido por Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1994.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã - matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA FILHO, Francisco das C. O Estado social: modelo espanhol e modelo brasileiro. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 3, n. 150, 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=891>>. Acesso em: 12 ago. 2007.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril, 1973.

LUCAS, Doglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da Jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005a.

_____. O procedimentalismo deliberativo e o substancialismo constitucional: apontamentos sobre o (in)devido papel dos Tribunais. In: *Direito em Revista*, Revista da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão – CESUL, n. 7, v. 4, 2005b.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARCONDES, Danilo. *Textos básicos de ética*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de história da filosofia*. São Paulo: LTR, 2000.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. In: *Novos Estudos Cebrap*, n. 58, nov. 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 1985.

MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. *A constituição democrática brasileira e o poder judiciário*. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 1999.

OLIVEIRA, Maria Odete de; DAL RI JÚNIOR, Arno. *Relações internacionais: interdependência e sociedade global*. Ijuí: UNIJUÍ, 2003. (Coleção Direito, Política e Cidadania, 10).

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Precedentes históricos do processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos. In: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. *Direitos humanos, o princípio da dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

RIVERO, Jean. *Droit du travail*. Paris: Dalloz, 1956.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: *Revista Interesse Público*, Rio de Janeiro, v. 4, 1999.

_____. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, jan./jul. 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado providência*. Tradução de Isabel Maria St. Aubyn. 2. ed. Lisboa: Inquérito, 1984.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

RUBY, Christian. *Introdução à filosofia política*. São Paulo: UNESP, 1996.

_____. *Introdução à filosofia política*. São Paulo: UNESP, 1997.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: Sarlet, Ingo (Org). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SÉRIE CLÁSSICOS. Bauru: Edipro, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Elementos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. (Coleção Origem).

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004a.

_____. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.) *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004b.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 5. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TASSE, Adel El. *A crise do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2001.

TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: afinal do que trata?* Belo Horizonte: UFMG, 1999.

TRAVIESO, Juan Antonio. *História de los derechos humanos y garantías*. 2. ed. Buenos Aires: Heliasra, 1998.

ULLMANN, Reinholdo Aloysio. *Epicuro filósofo da alegria*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIDAL NETO, Pedro. *Estado de direito: direitos individuais e direitos sociais*. São Paulo: LTR, 1979.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do estado*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1974.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, Plauto Faraco. Da politicidade do poder Judiciário. In: *Revista da AJURIS*, n. 88, dez. 2002.

BALDASSARE, Antonio. *Diritti della persona e valori costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BASTOS, Aurélio Wander. Constituição e proteção dos direitos coletivos no Brasil. In: *Revisão constitucional, aspectos jurídicos, políticos e éticos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: había una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem social justa e solidária*. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. *Desigualdades regionais, Estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BOBBIO, Norberto. Da democracia. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *O filósofo e a política. Antologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A constituição aberta*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

_____. *Direito constitucional*. São Paulo, Forense, 1999.

_____. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro, Forense, 1985.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALERA, Nicolás María López. *Yo, el Estado*. Madrid: Trotta, 1992.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. In: *Revista USP*, Dossiê do Judiciário, São Paulo: USP, n. 21, mar./abr./maio 1994.

_____. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

_____. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*. Tradução de Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CÁRCOVA, Carlos María. Los jueces em la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenêutica controlada. In: *Revista da AJURIS*, n. 68, nov. 1996.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apointamentos de direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. Tradução de Arlene Caetano. São Paulo: Paz e Terra, 1983.

CERQUEIRA, Marcelo. *A constituição na história - origem & reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percurso da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos Poderes. In: VIANNA, Luiz Weneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Emenda e revisão na revisão da constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, 1993.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. Globalização e crise constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 233-239, 1998.

DÍAZ, Elías. Estado de derecho y legitimidad democrática. In: DÍAZ, Elias; COLOMER, José Luis. *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.

DREIFUSS, René Armand. *A época das perplexidades - mundialização, globalização e planetarização: novos desafios*. Petrópolis, Vozes, 1996.

DUTRA, Delamar José Volapto. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. Florianópolis: UFSC, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Liberalismo, constitución y democracia*. Buenos Aires: La Isla de La Luna, 2003.

_____. *Freedom's Law: the moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ESTERUELAS, Cruz Martínez. *La agonía de Estado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. O poder judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo: Cortez, a. XXII, n. especial, 2001.

_____. *Justiça e conflito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos?* Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. (Org.). *Direito e justiça. A função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

_____. Os desafios do Judiciário. In: *Revista USP*, Dossiê do Judiciário, São Paulo: USP, n. 21, p. 46-57, mar./abr./maio 1994.

_____. *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. In: *Revista USP*, Dossiê do Judiciário, São Paulo: USP, n. 21, p. 12-33, mar./abr./maio 1994.

_____. *Constituinte, assembleia, processo, poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. et al. *Constituição de 1988, legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FREDERICI, Mário F. Las transformaciones finiseculares del Estado. Foro político. *Revista del Instituto de Ciencias Políticas*, Cátedra Ortega: Universidade del Museo Social Argentino, v. XXVII, abr. 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GIDDENS, Antony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GIMBERNAT, José António et al. *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1997.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Las crisis de Estado e bienestar y el agotamiento de las energías utópicas. In: *Ensayos políticos*. 4. ed. Barcelona: Península, 2000.

HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores).

_____. *Ontología: hermenéutica de la facticidad*. Madrid: Alianza, 1999.

HELLER, Agnes. *Políticas de la postmodernidad*. Barcelona: Península, 1989.

HESPANHA, António. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Edição 34, 2003.

IBAÑEZ, Andrés Perfecto. Poder judicial e democracia política: lições de um século. In: *Revista da AJURIS*, n. 85, mar. 2002.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Traduções de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina Galvão e Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e Direito).

KLIKSBERG, Bernardo. *Falácias e mitos do desenvolvimento social*. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2001.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1983.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: *Revista USP*, Dossiê do Judiciário, São Paulo: USP, n. 21, mar./abr./maio 1994.

LUCAS, Douglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel. *Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: UNIJUÍ, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. São Paulo: Nova Cultural 1987. (Série Os Pensadores).

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MISHRA, Ramesh. *El Estado de bienestar em crisis*. Madrid: Ministério de Trabajo y Seguridad Social, 1992.

_____. *O Estado-providência na sociedade capitalista*. Oeiras: Celta, 1995.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Do direito social aos interesses transindividuais*. O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. “Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional)”. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em direito – Mestrado – Doutorado*, São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

_____; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da constitucionalização e a densificação da legitimidade da Jurisdição constitucional. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigittte. *Terra-pátria*. Porto Alegre: Sulina, 1995.

NÉGRI, Hector. O poder judiciário e a construção do direito. In: *Debates – Konrad Adenauer Stiftung*, n. 20, p. 243-250, 1990.

NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*. Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RIVERO, Oswaldo de. *O mito do desenvolvimento: os países inviáveis no século XXI*. Tradução de Ricardo Aníbal Rosenbusch. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos*, São Leopoldo: UNISINOS, 2001.

_____. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: UNISINOS, 1998.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: o fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

SADEK, Maria Theresa. O poder judiciário na reforma do estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Nova Alvorada, 1995.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, p. 29-81, fev. 1996.

_____. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. (Coleção Reinventar a Emancipação Social: para novos manifestos, v. 1).

_____. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. (Coleção Reinventar a Emancipação Social: para novos manifestos; v. 3).

_____. *Introdução a uma ciência pós moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. *Revista da AJURIS*, n. 89, p. 101-121, mar. 2003.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. In: SARLET, Ingo (Org.). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-173.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002.

_____. *O direito fundamental à moradia na constituição*: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 137-191.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

_____. *Compreensão e finitude*: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

_____. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

_____. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

STRAYER, Joseph R. *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*. Barcelona: Ariel, 1981.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. A crise de efetividade do sistema processual brasileiro. In: *Revista Direito em Debate*, Ijuí: UNIJUÍ, n. 5, 1995.

TORRES, Miguel Ayuso. *Después de Leviathan? Sobre el Estado y su signo*. Madrid: Dykynson, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999. p. 239-335.

_____. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 397-449.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____ et al. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 397-449.

VIEIRA, Lizst. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

WINCKLER, Carlos Roberto. A crise do Estado desenvolvimentista. *Revista Análise*, Porto Alegre, n. 4, p. 55-60, 1993.

_____; ESTRELA, Luis Augusto. O andar do crustáceo. *Revista Ensaios*, Fundação de Economia e Estatística, Porto Alegre, a. 15, n. 2, p. 413-457, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

_____. *História do direito no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)