UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE DIREITO

ASPECTOS DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS PRESTACIONAIS CONSTITUCIONAIS

KARINA BARRETO DULLIUS

Itajaí, 11/12/2008

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE DIREITO

ASPECTOS DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS PRESTACIONAIS CONSTITUCIONAIS

KARINA BARRETO DULLIUS

Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Luiz Henrique Cademartori

Itajaí, 11/12/2008

AGRADECIMENTO

Agradeço ao Corpo Docente do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e em especial ao meu Orientador Professor Doutor Luiz Henrique Cademartori cujas lições foram inesquecíveis e cuja orientação neste trabalho foi de grande valia.

DEDICATÓRIA

À minha familia,
que alegra minha vida a cada dia.
Sem sua existência,
esta conquista
seria de pouca importância.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, 11/12/2008

Karina B. Dullius
Mestrando

SUMÁRIO

RESUMO VIII

ZUSAMMENFASSUNG IX

INTRODUÇÃO 1

CAPÍTULO 1 8

A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS NAS CONSTITUIÇÕES DIRIGENTES 8
1.1 HISTÓRICO 8
1.1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES 8
1.1.2 A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 15
1.2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS 17
1.3 A DEMOCRACIA ATUAL COMO UM CONCEITO EM CONSTRUÇÃO 21

CAPÍTULO 2 36

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS 36
2.1 O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NA DEMOCRACIA: ASPECTOS DESTACADOS 36
2.2 O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE EM FACE DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS 41
2.3 DIFERENÇA ENTRE NORMA, REGRA E PRINCÍPIO 47
2.4 COLISÃO ENTRE REGRA E PRINCÍPIO 51
2.5 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS 52
2.6 O ACESSO À EDUCAÇÃO E À SAÚDE COMO DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL 54
2.7 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 59
2.8 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A CRÍTICA À REGRA HERMENÊUTICA DE ALEXY 65

CAPÍTULO 3 71

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA SOCIEDADE BRASILEIRA 71
3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS 72
3.2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS CONSTITUCIONAIS 77
3.3 A ATIVIDADE DO JUDICIÁRIO E SUA FUNÇÃO POLÍTICA 79
3.4 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E JUSTIÇA CORRETIVA 81

3.5 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA 85
3.5.1 A CRISE DO JUDICIÁRIO COMO OBSTÁCULO A SER SUPERADO PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS 85
3.5.2 O ACESSO À JUSTICA E OS OBSTÁCULOS A SEREM SUPERADOS 87
3.5.3 A JUSTIÇA E A EXIGÊNCIA DE IGUALDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO 91
3.5.4 A REALIZAÇÃO DAS NORMAS PROGRAMÁTICA ATRAVÉS DA SENTENÇA FERENDA . 93

CONSIDERAÇÕES FINAIS 97

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS 100

RESUMO[1]

Esta dissertação versa sobre a efetividade dos direitos sociais em face da constituição atual. Para iniciar este trabalho, abordou-se no primeiro Capítulo de que forma se deu a afirmação histórica dos direitos sociais nas constituições dirigentes, para então definir a interpretação e aplicação mais adequada dos direitos sociais. A abordagem da interpretação e aplicação dos direitos sociais ensejou a discussão hermenêutica e doutrinária sobre a efetividade dessas normas na sociedade brasileira, tendo em vista a falta de recursos financeiros do Estado e às necessidades e os direitos de um cidadão diante da constituição vigente, tendo o fito de despertar os intérpretes para a concretização dessas normas denominadas programáticas. Este trabalho está vinculado à Linha de Pesquisa Hermenêutica e Principiologia Constitucional e ao Projeto de Pesquisa Teoria Política, Direito e Hermenêutica Constitucional.

[1] A partir do resumo, elaborou-se versão para o "abstract" exigido costumeiramente pelas revistas científicas em língua estrangeira [conceituado, segundo Pasold como "sintético resumo do conteúdo em inglês ou outro idioma que não o Português"] PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 192.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Masterarbeit untersucht die Efektivität der Sozialen Grundrechte. Zu Beginn dieser Arbeit, wird untersucht wie sich die sozialen Grundrechte in der Geschichte verschiedener Verfassungen firmiert haben um danach zu analisieren, welches die beste Interpration und Anwendung der sozialen Grundrechte in der Práxis ist. Die aktuelle Interpretation und Garantierung der sozialen Grundrechte in der Praxis, motiviert eine hermeneutische und doktrinarische Diskussion über die Efektivität dieser Rechte in der Brasilianischen Gesellschaft, vor dem Hintergrund der fehlenden finanzielle Resoursen des Staates auf der einen Seite, und der Notwendigkeit des Bürgers seine Verfassungsmässig garantieren sozialen Rechte in der Praxis realisiert zu sehen, auf der anderen Seite, werden Forme gesucht, zu definieren, ob, diese verfassungsmässig garantieren Rechte wirklich garantiert sind, oder es sich um blosse Planziele handelt, und wenn die Rechte garantiert sind, wie sie, trotz der fehlenden Resoursen konkretisiert werden können.

INTRODUÇÃO[2]

A presente Dissertação[3] tem como **objeto**[4] o estudo da efetividade dos direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil.

O **objetivo institucional**[5] é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica-CPCJ/UNIVALI, enquanto que o **objetivo geral**[6] é discutir a possibilidade de efetivação dos direitos sociais, tidos como normas de caráter programático.

Os **objetivos específicos** [7] serão distribuídos por capítulos da seguinte forma: primeiro capítulo: abordar a afirmação histórica dos direitos sociais nas constituições dirigentes; definir a democracia como um conceito em construção.

Segundo capítulo: definir a interpretação e aplicação dos direitos sociais. Esta análise será feita tanto pelo papel da constituição na

---

[2] Nesta Introdução, cumpre-se o previsto em PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003, especialmente à p. 178.

[3] "[...] é o produto científico com o qual se conclui o Curso de Pós-Graduação Stricto sensu no nível de Mestrado". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 170.

[4] "[...] é o motivo temático (ou a causa cognitiva, vale dizer, o conhecimento que se deseja suprir e/ou aprofundar) determinador da realização da investigação". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 170.

[5] PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 161.

[6] "[...] meta que se deseja alcançar como desiderato da investigação". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 162.

[7] PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8 ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 162.

realização da democracia, como pela ponderação da colisão de Princípios e colisão entre Regra e Princípio.

Terceiro capítulo: analisar a efetividade dos direitos sociais, apresentando a crítica à regra hermenêutica de Alexy.

A **delimitação**[8] do tema proposto nesta dissertação se dá pelo **Referente**[9] **da Pesquisa**[10]: Efetividade dos Direitos Sociais.

A idéia que anima o trabalho é a possibilidade de efetivação dos direitos sociais denominados de normas programáticas, previstos na legislação pátria. Há a possibilidade de efetivar o o que a constituição atribui eficácia aos direitos sociais, entretanto esses direitos são frequentemente desconsiderados em função da falta de recursos financeiros do Estado, justificativa essa mais cômoda do que buscar alternativas para concretização desses direitos Apesar das dificuldades oriundas da efetividade, há a real possibilidade, através da interpretação e aplicação dessas normas de forma a proporcionar, no mínimo, maior efetividade. Nesta dissertação, analisa-se a atividade e responsabilidade da sociedade no âmbito do poder judiciário, advogados e demais intérpretes da lei em buscar, através de sua atividade, uma maior efetividade dos direitos sociais.

---

[8] "[..] apresentar o Referente para a pesquisa, tecendo objetivas considerações quanto às razões da escolha deste Referente; especificar em destaque a delimitação do temática e/ou o marco teórico, apresentando as devidas justificativas, bem como fundamentar objetivamente a validade da Pesquisa a ser efetuada". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 160.

[9] "[...] a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 62.

[10] "[...] atividade investigatória, conduzida conforme padrões metodológicos, buscando a obtenção da cultura geral ou específica de uma determinada área, e na qual são vivenciadas cinco fases: Decisão; Investigação; Tratamento dos Dados Colhidos; Relatório; e Avaliação". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 77.

O **Tema será desenvolvido na linha de pesquisa**[11] Hermenêutica e Principiologia Constitucional, dentro da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo[12].

Os **problemas** que de início se apresentam na pesquisa, consubstanciam-se nas seguintes indagações:

a) É possível concretizar os direitos sociais de cada cidadão?

b) qual o critério mais adequado a ser utilizado pelos intérpretes?

Diante de tais problemas, elegeu-se, no projeto, as seguintes **hipóteses**[13]:

a) há a possibilidade de adotar uma interpretação e aplicação dos direitos sociais com a finalidade de concretizá-los e torná-los acessíveis a todos cidadãos.

b) entende-se que o critério mais adequado é a regra hermenêutica de Alexy.

Este relatório constituir-se-á de três **capítulos**. No primeiro Capítulo, apresentar-se-á uma introdução sobre a afirmação

---

[11] "[...] são as especificações dos assuntos sobre os quais seus alunos podem realizar suas pesquisas conducentes ao trabalho de conclusão do curso". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 135, nota de rodapé nº 72.

[12] Circunscrição temática dentro da qual atuam cientificamente os cursos de pós-graduação. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. 135, nota de rodapé nº 72.

[13] Define PASOLD como a "[...] suposição [...] que o investigador tem quanto ao tema escolhido e ao equacionamento do problema apresentado". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 138.

histórica dos direitos sociais nas constituições dirigentes, a fim de descrever como se deu a consagração dos direitos sociais na constituição de 1988, além da importância desses direitos para o conceito de democracia. Deste ponto em diante, buscar-se-á definir quais os elementos para a efetivação desses direitos.

No segundo Capítulo, objetivar-se-á especificamente perquirir acerca da interpretação e aplicação dos direitos sociais, considerando o importante papel da constituição em face da realização da democracia substancial e a colisão entre princípios ou entre regra e princípio.

No terceiro Capítulo, tecer-se-á uma análise da Efetividade dos Direitos Sociais. Serão analisados os critérios utilizados para interpretação e aplicação desses direitos, assim como as políticas públicas sob a ótica dos tribunais e o papel do poder judiciário.

O presente Relatório de Pesquisa se encerrará com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação O presente Relatório de Pesquisa se encerrará com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Efetividade dos Direitos Sociais.

Quanto à **Metodologia**[14] empregada, registra-se que na Fase de Investigação; utilizou-se o Método Indutivo[15], na Fase de Tratamento de Dados; o Método Cartesiano, e o Relatório dos Resultados,

---

[14] "[...] postura lógica adotada bem como os procedimentos que devem ser sistematicamente cumpridos no trabalho investigatório e que [...] requer compatibilidade quer com o *Objeto* quanto com o *Objetivo*". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 69.

[15] Forma de "[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]".PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 87.

expresso na presente Dissertação, é composto parcialmente e na base lógica Indutiva e parcialmente e na base lógica Dedutiva [16].

Nas diversas fases da Pesquisa foram acionadas as Técnicas: do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica[17]. A respeito dessa fonte de pesquisas, destaca-se que os *sites* pesquisados são indicados entre <..> com as datas das respectivas consultas.

ROL DE CATEGORIAS E CONCEITOS OPERACIONAIS

Eficácia- Para Sarlet, a categoria eficácia corresponde ao potencial de uma determinada norma de ser colocada em prática[18]. É a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas[19].

Efetividade- Para Sarlet, a categoria efetividade corresponde a maneira que determinada norma está funcionando na sociedade, ou seja, está sendo colocada em prática[20].

Normas Programáticas- Em que pese a doutrina tradicional sustentar a existência dessas normas como meros programas, Canotilho[21] apresenta uma opinião diferenciada em que destaca a superação de enfoque na teoria constitucional em relação as normas programáticas,

---

[16] Sobre os Métodos e Técnicas nas diversas Fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003. p. 86-106.

[17] Quanto às Técnicas mencionadas, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica.** *cit.*- especialmente p. 61 a 71, 31 a 41, 45 a 58, e 99 125, nesta ordem.

[18] SARLET,Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.246.

[19] SILVA,José Afonso Da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 6ª ed. São Paulo:Malheiros, 2003.p.66.

[20] SARLET,Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2006.p.246.

[21] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª ed. Coimbra:Livraria do Almedina, 1992. p.180.

nesse sentido destaca Streck [22] que "*as assim denominadas normas programáticas não são o que lhes assinalava a doutrina tradicional: simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, etc, juridicamente desprovidas de qualquer vincularidade, às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição".*

Democracia- Conforme Robert Dahl, a democracia ideal é aquela que engloba um sistema que satisfaz a participação efetiva que consiste em oportunidades iguais e efetivas para fazer com que seus pontos de vista sobre como deve ser a política, sejam conhecidos pelos outros membros ; a igualdade de voto; a compreensão ilustrada(dentro dos limites razoáveis no que se refere ao tempo, todo membro deve ter oportunidades iguais e efetivas para instruir-se sobre as políticas alternativas relevantes e suas consequências possíveis); o controle de agenda no sentido que os membros devem elencar os assuntos que devem ser incorporados à agenda e a inclusão da maioria dos adultos que são residentes permanentes, devem ter os plenos direitos de cidadania implícitos em todos esses critérios[23].

Democracia formal e substancial- Para Bobbio, democracia formal diz respeito à forma de governo enquanto que a democracia substancial diz respeito ao conteúdo dessa forma[24].

Justiça Distributiva- É aquela que tem a finalidade de garantir um tratamento igual aos cidadãos iguais e desigual aos desiguais[25].

---

[22] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre:Livraria do advogado, 2004.p.247.

[23] DAHL, Robert. **La Democracia/ Una guía para los ciudadanos.** Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Taurus, 1998.p.38-107.

[24] BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade.** Para uma teoria geral da política. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 135-158.

[25] APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2005.p.57.

Princípio- Conforme Alexy, tanto regras como princípios são normas porque ambos prescrevem o que é devido[26].

Dignidade da pessoa humana- Sarlet entende que "*tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos[27]".*

[26] ALEXY,Robert. **Theorie der Grundrechte.** 4ed. Baden-Baden:Suhrkamp, 2001.p.72.

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade da pessoa humana.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p.37.

CAPÍTULO 1

A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS NAS CONSTITUIÇÕES DIRIGENTES

1.1 HISTÓRICO

1.1.1 Considerações Preliminares

A busca pelo reconhecimento dos Direitos Prestacionais (Direitos Sociais) foi impulsionada tanto em função da Primeira Guerra Mundial quanto pela Segunda Guerra Mundial, pois no decorrer desses anos a classe trabalhadora foi submetida a sofrimentos extremos[28], o que fez com que a sociedade lutasse por mudanças nas suas condições de vida. Esses direitos surgiram em função das necessidades da sociedade oriundas da luta de minorias no decorrer dos tempos.

Até o início do século XX o Império Russo enfrentava a extrema pobreza do povo, a situação era insustentável para a população que se organizou para exigir mudanças, a Revolução Russa(1917), movimento que iniciou o processo revolucionário que faria a Rússia o primeiro Estado socialista da história mundial. Entretanto, o imperador exilou o líder revolucionário Lenin tranquilizando dessa forma a situação política.

Na Primeira Guerra Mundial Rússia lutava contra Alemanha e ela visando se livrar da frente do Este garantiu a volta de Lenin para a Rússia e apoiou seu movimento revolucionário para enfraquecer o

---

[28] SINGER, Paul. **A cidadania para todos.** In Pinky, Jaime: Pinsky, Carla Bassenazi (org). História da cidadania. SP: Contexto, 2003.p.247.

inimigo. Dessa forma, o movimento revolucionário foi bem sucedido e o imperador desposto e executado e proletariado assumiu o poder.

Em função do exemplo russo outros Estados visando impedir uma revolução interna se anteciparam e concederam direitos sociais visando pacificar o proletariado, exemplos marcantes são México e Alemanha, que positivaram esses direitos nas suas constituições.

As Constituições do México (1917) e de Weimar(1919), que deram ênfase aos direitos sociais, direitos de segunda dimensão, caracterizam a passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Bobbio destaca:

> O Estado liberal é o Estado que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão dos direitos civis, entre os quais sobretudo do direito à liberdade religiosa e de opinião política, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; terminou por conservar unicamente o monopólio da força legítima, cujo exercício porém, está limitado pelo reconhecimento dos direitos do homem e pelos vários vínculos jurídicos que dão origem à figura histórica do Estado de direito. Através do monopólio da força legítima-legítima porque regulada pelas leis(trata-se do Estado racional-legal descrito por Max Weber, o Estado deve assegurar a livre circulação das idéias, e, portanto, o fim do Estado confessional e de toda forma de ortoxia, e a livre circulação dos bens, e, portanto, o fim da ingerência do Estado na economia[29].

As constituições do México e Weimar são um marco no surgimento dos direitos sociais. Em relação à essas constituições Martins Neto dispõe:

> Em matéria de direitos sociais trabalhistas, a Constituição do México de 1917 é o mais importante precedente histórico, tendo estabelecido preceitos sobre o direito de associação operária, de greve, a duração máxima da jornada de trabalho, proibição do trabalho infantil, garantia de repouso semanal, licença-

[29] BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra,2000.p.129-130.

> maternidade, salário mínimo, participação nos lucros da empresa, hora extra em valor superior ao da hora normal, nulidade da cláusula de retenção salarial a título de multa, entre tantos outros. Quanto aos direitos sociais providenciais, revela mencionar a Constituição da Alemanha de 1919(ou da República de Weimar), que outorgou o direito universal à instrução pública gratuita até aos 18 anos, bem como determinou o financiamento dos estudos de nível superior das pessoas sem recursos, obrigando ainda o Estado à instituição de um amplo sistema de seguro social de contribuição compulsória para a proteção da saúde, maternidade e assistência contra as consequências da velhice, da invalidez e das vicissitudes da vida[30].

Essas constituições são do início do século XX e caracterizam um novo modelo de Estado ao abordarem os direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais. Enquanto o Estado liberal assegurava a igualdade formal, na qual os homens estão nivelados em função da isonomia de tratamento perante a lei, o Estado Social assegura a igualdade material, ou seja, o Estado através de medidas de proteção e prestacionais, trata de maneira desigual os indivíduos considerados hipossuficientes.

Nesse sentido, conforme Cruz:

> Uma característica típica do constitucionalismo social contemporâneo é a crescente inclusão, nas Constituições, não só de previsões de regulação estaatal das relações contratuais, mas também de comandos aos poderes públicos para que passem a prover ou financiar uma série de prestações de serviços, em geral, públicos e gratuitos, aos cidadãos. Nestes casos, há uma clara intervenção do Estado no domínio social, pois ele mesmo passa a prestar serviços, diretamente à Sociedade, de modo a suprir carências não resolvidas pela iniciativa privada ou pela própria sociedade[31].

Os direitos sociais marcam uma nova etapa do constitucionalismo ocidental, ou seja, o constitucionalismo social.

---

[30] MARTINS NETO, J.P. **Direitos fundamentais:** conceito,função e tipos. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.113.
[31] CRUZ,P.M. **Fundamentos do direito constitucional.** Curitiba:Juruá, 2002.p.202.

O reconhecimento dos direitos sociais foi marcado por avanços, retrocessos, mas também por contradições[32], pois eles são resultado de revindicações motivadas por situações de injustiça social e violação de bens jurídicos; entretanto essas revindicações foram interpretadas pelo Estado como pressão social e não como direitos essenciais inerentes à dignidade da pessoa humana.

Singer destaca:

> A luta pelos direitos sociais está longe de encerrada, mas mudou de direção. Até o fim dos "anos dourados", os direitos sociais estavam consignados na legislação e sua observância estava a cargo do Estado, assim como a prestação de serviços que deles decorriam, como a assistência à saúde, a educação e a previdência social [33].

Já no contexto brasileiro, o reconhecimento dos Direitos Sociais pode ser dividido em: anterior à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e após esta. Entretanto, a efetividade[34] desses direitos ainda é considerada tarefa árdua.

Antes da grande influência das constituições do México(1917) e de Weimar(1919) os direitos sociais não estavam claramente positivados no Brasil. Apesar da Constituição Política do Império do Brasil de 1824, no art.179, incisos XXI e XXXII se referir a "socorros políticos" e "instrução primária gratuita atodos os cidadãos", sob influência da Constituição Francesa de 1793.

Em relação a evolução constitucional Bonavides destaca:

---

[32] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las Generaciones de Derechos Humanos, In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales n 10 (1991),p. 203 e ss.

[33] SINGER, Paul. **A cidadania para todos.** In Pinky, Jaime: Pinsky, Carla Bassenazi (org). História da cidadania. SP: Contexto, 2003.p.260.

[34] Sarlet estabelece uma distinção entre a expressões "eficácia" e "efetividade", para o autor eficácia significa

> Quem se dispuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional brasileira, não terá dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século[35].

A Revolução de 1930 encerrou o período denominado de República Velha. Em relação aos fatores desencadeantes desta Revolução Wolkmer destaca:

> ..a depressão econômica mundial de 1929 e a crise do mercado interno agroexportador. Acrescem ainda a cisão e o conflito no interior do núcleo oligáquico hegemônico, a decorrente aliança entre setores das classes médias (caso do tenentismo e de facções dissidentes alijadas da estrutura de poder); a ineficácia do texto constiotucional de 1891, com as emergentes perspectivas sócio-políticas do país; o enfraquecimento das instituições republicanas, marcada por uma administração (Washinton Luís) coberta por incorreções, abusos e protecionismo aos intentos das dominações regionais; e o gradativo aumento de uma consciência político-social junto às massas proletárias[36].

No período de 1934 a 1969 os direitos sociais foram adquirindo ênfase nas constituições brasileiras. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, insere direitos sociais nos Títulos IV e V “Da Ordem Econômica e Social” e “Da Família, Da Educação e da Cultura”.

Wolkmer destaca ainda:

---

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13 edição. São Paulo:Malheiros,2003. p.361.

[36] WOLKMER, A.C. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil.** São Paulo: Acadêmica, 1989. p.36.

> O certo é que a Constituição de 34, ao introduzir as primeiras e fundamentais diretrizes de nossa legislação trabalhista, materializou um momento culminante na evolução do Constitucionalismo brasileiro, por ter formalmente esboçado a apreensão por problemas econômicos e sociais, rompendo o rigoroso individualismo de 1891 e por haver consignado a proposição de medidas eficazes para a resolução deles. Para se ter uma idéia exata do quanto esta filosofia político-social foi revolucionária para a estrututra tradicional do Constitucionalismo político brasileiro em vigor até 1930, é necessário constatar, histórico-comparativamente, a presença e a manutenção de suas principais conquistas sócio-econômicas no corpo das Constituições subsequentes, como a Carta Polaca de 1937, o texto liberal-democrático de 1946, o pacto jurídico burguês tecnomilitar de 1967 (incluindo a autoritária Emenda n 1 de 1969) e, finalmente, o novo Estatuto legal de 1988, símbolo dos interesses comprometidos da chamada "Nova República"[37]

Em que pese a Revolução de 1930, no Brasil,não houve nenhum movimento reivindicador e mobilizador dos movimentos operários. Nesse sentido, o surgimento do Constitucionalismo Social não foi fruto de uma imposição da classe trabalhadora e sim do Estado no papel de condutor do processo de desenvolvimento que acabou incorporando a questão social atento as necessidades da classe trabalhadora.

A Constituição de 1937 confirma essa tendência de centralização do poder nas mãos do executivo. Conforme Saraiva:

> A Constituição de 1937 não apresentou profundas alterações pertinentes ao normativismo social, embora se saiba que a concentração excessiva do poder, nas mãos do Presidente da República, desfigurasse e até impedisse a eficácia do ordenamento jurídico. A partir do art. 135, delineavam-se as linhas mestras da Ordem Econômica, com permanência da iniciativa individual. O art. 136 definia o trabalho como dever social, estabelecendo, também, que o trabalho intelectual, técnico e manual merecia a proteção e solicitude especiais do Estado. Os preceitos relativos à legislação trabalhista foram fixados pelo art.

[37] WOLKMER, A.C. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil.** São Paulo: Acadêmica, 1989. p.134.

> 137, que manteve, de modo geral, os benefícios sociais advindos da Constituição em 1934[38].

Entretanto Miranda destaca:

> O art. 128 da Constituição de 1937 consignou o direito ao ideal, quando fez fim do Estado contribuir, direta e indiretamente, para o estímulo à ciência, à arte e ao ensino. No art. 129, fêz-se dever do Estado e das unidades componentes assegurar a educação, indo ao ponto de dizer que, aí, o ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas era o primeiro dever do Estado. O direito à subsistência e o direito ao trabalho foram contemplados no art. 136, o que associado ao art. 135, poderia constituir obra extraordinária de engrandecimento nacional e de justiça humana. Quanto ao direito à subsistência, o art.127, alínea 3, fê-lo subjetivo, acionável, pelos pais miseráveis, no tocante ao sustento e à educação da prole. O direito à assistência estava aqui e ali, nos textos constitucionais[39].

Os Direitos Sociais da constituição de 1934 foram reafirmados na constituição de 1937. E asssim a era Vargas inaugurou o surgimento dos Direitos Sociais no Brasil. Já a Constituição de 1988 consagrou os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais.

Os Direitos Sociais, de segunda dimensão [40], são denominados por grande parte da doutrina como normas programáticas, e como todo e qualquer preceito da Constituição é dotado de um limitado grau de eficácia jurídica e aplicabilidade.

---

[38] SARAIVA, P.J.**Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil.** Rio de Janeiro:Forense,1983. p.57.

[39] MIRANDA,P. **Comentários à constituição de 1967.** Tomo I. São Paulo:Revista dos Tribunais,1967. p.25.

[40] Esta formulação é utilizada por Sarlet que esclarece que tanto o termo dimensão quanto geração se aplica igualmente aos direitos fundamentais de cunho contitucional. Entretanto adota a terminologia “dimensão” por entender que o uso da expressão “geração” pode ensejar a falsa impressão da substituição de uma geração por outra. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2003.p.50.

1.1.2 A consagração dos Direitos Prestacionais na constituição de 1988

A Constituição de 1988 consagrou os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais, dedicando um catálogo de direitos e garantias fundamentais.

A expressão "catálogo" é utilizada como significando o rol dos direitos e garantias fundamentais expressamente designados como tais pelo constituinte e que são localizados em todos os capítulos da CRFB/88; assim se admitimos a existência de outros direitos fundamentais além dos expressamente positivados no Título II, é de se admitir que a expressão "catálogo" possui também um sentido mais amplo, como abrangendo todas as posições jurídico-fundamentais, dentro e fora do título II, sejam elas expressas ou implícitas[41].

Quanto a direitos fundamentais localizados fora do catálogo a posição da constituição não facilita a tarefa correta de identificação, os exemplos em manuais e comentários são anteriores à CRFB/88, perdendo assim sua validade.

A maioria dos direitos elencados no art. 7º da CRFB/88 (direitos dos trabalhadores) são direitos de liberdade e igualdade e se enquadram no grupo formado pelos direitos de defesa, mas deve-se excluí-los de nossa análise pois já são integrantes do catálogo.

Na esfera dos direitos sociais podemos citar alguns exemplo, como no art. 6º CRFB/88, direito à educação, a saúde, a moradia, ao trabalho, etc. Outros exemplos seria o direito à utilização gratuita dos

---

[41] SARLET, Wolfgang Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p. 75

transportes públicos coletivos para pessoas com mais de 65 anos de idade (art. 230), o direito à proteção do meio ambiente, o direito à proteção das crianças e adolescentes (art. 227), entre outros direitos.

Em relação à direitos fundamentais localizados em tratados internacionais existe unanimidade na doutrina de que o termo “tratados internacionais” engloba diversos tipos de instrumentos internacionais, tratando-se de gênero, em relação ao qual as convenções e os pactos são espécies, uma que, de acordo com o seu conteúdo concreto e sua finalidade os tratados são rotulados diversamente o que decorre da própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que considera “tratado” um termo genérico, significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular.

Até surgir a emenda 45 de 2004 a posição da doutrina era de que há a supremacia da constituição sobre o direito internacional, em se considerando a ordem jurídica interna.

Com emenda 45 de 2004 houve a mudança desse entendimento, hoje os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão, ou seja, mesmo se ofenda a soberania e etc, um crime de genocídio, por exemplo, irá ser julgado pelo Tribunal Internacional.

Verifica-se um conflito de hierarquia de normas. No caso de tratados internacionais uma vez ratificado e transformado em lei interna, como norma de hierarquia superior aos atos legislativos infra constitucionais, estaria ele sujeito às restrições previstas na Lei de introdução ao Código Civil.

Reforça o entendimento de que os direitos fundamentais no sentido meramente material, caso tidos como hierarquicamente inferiores à constituição e superiores às normas infraconstitucionais, não podem conflitar com os princípios fundamentais dos arts. 1º a 4º ou com os direitos expressamente consagrados no catálogo da Constituição.

Os Direitos Sociais, de segunda dimensão [42], são denominados por grande parte da doutrina como normas programáticas, e como todo e qualquer preceito da Constituição é dotado de um limitado grau de eficácia jurídica e aplicabilidade.

1.2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

A abordagem da interpretação e aplicação das normas programáticas remete à necessidade de se destacar que houve toda uma superação de enfoque na teoria constitucional no que tange ao seu papel e também quanto à sua incidência ao longo da história[43].Isto porque, em um primeiro momento havia a recusa de eficácia e aplicabilidade a essas normas, que eram denominadas de “meros programas”.

Por isso a necessidade do delineamento de conceitos operacionais fundamentais para o seu desenvolvimento ao longo da história.

A eficácia das normas diz respeito ao potencial que essa possui de ser colocada em prática, enquanto a efetividade se dá em relação à sua concretização no mundo dos fatos, ou seja, como uma determinada norma está

---

[42] Esta formulação é utilizada por Sarlet que esclarece que tanto o termo dimensão quanto geração se aplica igualmente aos direitos fundamentais de cunho contitucional. Entretanto adota a terminologia “dimensão” por entender que o uso da expressão “geração” pode ensejar a falsa impressão da substituição de uma geração por outra. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2003.p.50.

[43] CADEMARTORI,Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito.** 1ªedição.Curitiba:Juruá,2001.p.86.

funcionando na sociedade[44]. A programacidade dessas normas constitucionais nasceu atrelada a idéia de direitos fundamentais e os direitos sociais, revolucionando o sentido dos direitos fundamentais, conferiu-lhes nova dimensão, tendo sido inicialmente considerado postulados como de base programáticas[45], vale dizer que, na concepção de autores como Bonavides.

Da Silva entende de forma um pouco mais próxima aos direitos dos cidadãos, conferiu um grau de eficácia limitada. Conforme Da Silva, Normas Programáticas:

> As normas programáticas, introduzidas na constituição como resultado do conflito de interesses, importam, ao menos, uma tentativa de superação da democracia formal e tendem, como visto, a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum[46].

Barroso destaca que em relação às normas constitucionais em geral, há três tipos de normas: normas de organização(são aquelas que englobam as normas que veiculam decisões políticas fundamentais, as normas definidoras de competência, as normas que criam órgãos públicos e normas que estabelecem processos e procedimentos); normas definidoras de direitos(em especial, os direitos fundamentais) e normas programáticas[47].

Entretanto,Canotilho apresenta uma divisão diferenciada, propõe uma divisão das normas constitucionais em: normas organizatórias(que são compostas pelas regras de competência, regras de criação de órgãos e regras de procedimento) e normas jurídico-

---

[44] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2006. p.246.
[45] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20ªedição. São Paulo: Malheiros, 2007. p.246.
[46] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas constitucionais.** 3ª edição.São Paulo:Malheiros,1998. p.156.
[47] BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas.** 3ª edição.Rio de Janeiro: Renovar,1996. p.91 e ss.

materiais(integradas pelas regras de direitos fundamentais, regras de garantias institucionais, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado e regras constitucionais impositivas)[48]. Ou seja, Canotilho não sustenta a existência de normas programáticas.

Consideradas estas concepções, um autor que irá mais longe quanto ao papel das Normas Programáticas é Streck ao delimitá-las no plano hermenêutico. Assim, formula crítica geral à classificação desses dispositivos programáticos de eficácia limitada, contida ou plena, afirmando que não há um dispositivo constitucional que, em si mesmo, seja programático, de eficácia, limitada ou plena. Para o autor o texto constitucional é e será aquilo que o processo de produção de sentido a ser elaborado pelo julgador estabelecer como arbitrário juridicamente prevalente[49].

Nesse sentido Streck destaca:

> As assim denominadas "normas programáticas" não são o que lhes assinalava a doutrina tradicional: "simples programas", "exortações morais", "declarações", "sentenças políticas", etc, juridicamente desprovidas de qualquer vincularidade; às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição[50].

Portanto é clara a relevância da superação de enfoque na teoria constitucional em relação às normas programáticas, pois ao buscar a sua efetividade se estará buscando atingir a realização da justiça social[51] e do

---

[48] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª edição. Coimbra:Livraria Almedina,1992. p.180.

[49] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.Porto Alegre:Livraria do Advogado,2004. p.247-248.

[50] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.Porto Alegre:Livraria do Advogado,2004.p. 247.

[51] No entendimento de Bobbio, quando se fala de estado, do estado social, do estado do bem-estar, entende-se a justiça distributiva. Destaca o autor que há uma grande distinção entre as duas formas de justiça, que remonta a Aristóteles: justiça comutativa, que é a justiça das trocas, e a justiça penal que é a correspondência entre crime e castigo, e a justiça distributiva, que é a justiça segundo a qual se deve distribuir os bens de acordo com alguns princípios.Entretanto, o autor levanta algumas dificuldades de se estabelecer critérios para essa distribuição, como a possibilidade de dar a cada um a mesma coisa, outra questão é a necessidade de se ter em mente ou não que os homens não são iguais e se deveria distribuir de acordo com as diferenças.

bem comum e consequentemente atingindo o ideal da democracia substancial [52] . A busca pela interpretação e aplicação das normas programáticas dá consistência a nossa constituição, pois essas normas complementam e dão sentido as demais garantias constitucionais. Nesse sentido Cruz dispõe:

> A percepção da existência de direitos vinculados à pessoa de modo indissociável experimentou uma notável evolução. O desenvolvimento do princípio democrático e o acesso de camadas cada vez mais amplas da população à vida política, permitiram tornar evidente que o efetivo exercício dos direitos de Liberdade e de cidadania política só ganham sentido se algumas condições materiais forem garantidas. Sem dispor dos meios básicos para garantir uma qualidade mínima de vida, poucas serão as "esferas próprias" que possam estar imunes a ingerências exteriores. Dificilmente- e isto soa atá engraçado- poderá se aplicar o Direito à inviolabilidade do domicílio àqueles que não têm casa ou o Direito à Liberdade pessoal àquele que é dependente de outros para sua mera subsistência[53].

É essencial a vinculação dos magistrados na aplicabilidade das normas programáticas. As normas programáticas somente

---

Este conceito de distribuição a todos da mesma coisa é uma concepção da justiça chamada de igualitária. Conforme o autor, podem existir outros critérios, entretanto, hoje, quando se fala de justiça distributiva, num estado complexo como o atual, é necessário analisar alguns dentre esses critérios, mas todos: mérito, necessidades, contribuição, e a dificuldade está em aplicá-los.CARDIM,Carlos Henrique(org.).**Bobbio no Brasil um retrato intelectual.**1ª edição,Brasília:Universidade de Brasília:São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.p.102-103.

[52] Nesse sentido Arnaldo Miglino entende que "a democracia não é apenas procedimento. Antes de tudo, o mesmo princípio dialético procedimental é já um valor que pressupõe a operatividade de outros princípios : liberdade deopinião e de expressão; liberdade de obtenção de informação imparcial e correta; publicidade dos fatos que se referem à esfera pública. Já que um momento essencial da democracia é a escolha dos governantes, como poderia de maneira eficaz, o povo fazer uma escolha do gênero sem gozar da liberdade intelectual e sem poder dispor de informações sobre a realidade? Além disso, todos os direitos subjetivos públicos são o meio através do qual a democracai tutela o desenvolvimento da pessoa humana. Isso se dá, como éparticulalarmente evidente no caso dos direitos sociais, mediante a solidariedade que existe em nível coletivo. Trata-se de garantir valores que estão para além do procedimento e mesmo assim o condicionam as decisões. A desconcentração e difusão do poder(Tocqueville falava de "esfacelamento" do poder), que é a base necessária para o gozo dos direitos do homem, serve para garantir um mundo mais igual. Por isso o procedimento é um dos elementos que caracterizam a democracia, talvez o mais importante, mas certamente não o único". MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas Procedimento.** Tradução: Erica Hartmann.1ª edição,Curitiba:Juruá,2006. p.20.

[53] CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional.**2ª edição. Curitiba:Juruá,2006. p.161.

podem ser atingidas pelo Poder Judiciário conforme o caso concreto; a atuação positiva desse implica a intervenção na atividade privativa dos governos, a qual somente se justifica a partir de um processo fundado na democracia participativa[54], tema este que será analisado a seguir.

1.3 A DEMOCRACIA ATUAL COMO UM CONCEITO EM CONSTRUÇÃO

A Democracia é um dos conceitos jurídico-constitucionais ao qual é atribuído muitas interpretações diferentes[55]. Manuais brasileiros analisam a democracia sob uma ótica que pouco destaca os clássicos sobre esse conceito.

Conforme Silva:

> Democracia é um conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva a mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história[56].

Em relação ao exercício do poder democrático, Silva elenca três tipos de democracia: direta, indireta ou representativa e semidireta. A democracia direta seria aquela em que o povo exerce os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando. A democracia indireta ou representativa é aquela em que o povo não podendo dirigir os negócios do

---

[54] APPIO,Eduardo.**Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2005. p. 173-174.

[55] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução: Luís Afonso Heck.Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Editor.1998.p.115.

[56] SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19ª ed.São Paulo:Malheiros, 2000. p.129-30.

Estado diretamente outorga as funções de governo aos seus representantes que elege periodicamente. A democracia semidireta é democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a democracia participativa[57].

Entretanto ao analisarmos a forma de pensamento de democracia atual cabe salientar o seu ponto de partida que foi o desprendimento do poder emanado da vontade divina para o acatamento do poder emanado da vontade humana. A construção dessa forma de pensamento foi introduzida por Hobbes a Rousseau, juntamente com as revoluções americana e francesa.

Rousseau(1712-1778) destaca:

> Tomando-se o termo no rigor da acepção, jamais existiu, jamais existirá uma democracia verdadeira. É contra a ordem natural governar o grande número e ser o menor número governado. Não se pode imaginar que permaneça o povo continuamente em assembléia para ocupar-se dos negócios públicos e compreende-se facilmente que não se poderia para isso estabelecer comissões sem mudar a forma de administração[58].

Conforme Rousseau se houvesse um povo de deuses, governar-se-ia democraticamente e afirma que governo tão perfeito não convém aos homens[59].A democracia, a partir desse autor, passou a ser entendida como um regime desprendido do direito divino e do poder hereditário e passou a ser definida pela soberania popular.

---

[57] SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19ª ed.São Paulo:Malheiros, 2000. p.140.

[58] ROUSSEAU,Jean-Jacques.**Do Contrato Social ou princípios do direito político.**Tradução: Lourdes Machado. São Paulo: Abril Cultural,1983.p.35.

[59] ROUSSEAU,Jean-Jacques.**Do Contrato Social ou princípios do direito político.**Tradução: Lourdes Machado. São Paulo: Abril Cultural,1983.p.85.

Ao se considerar um clássico a respeito da Democracia no regime moderno, Tocqueville(1805-1859) destaca os perigos da democracia e a tirania das maiorias.

A critica do autor à reeleição é válida ainda hoje em dia, embora, o problema talvez não seja mais, que o candidato à reeleição tenta fazer a vontade da maioria, para ser reeleito, porque num sistema democrático não haveria problema. O problema hoje é que o candidato à reeleição faça a vontade da minoria que lhe financiam a campanha, ou de minorias organizadas, como igrejas, que lhe garantem número significativo de votos, utilizando esses artifícios e não o mérito para se manter no poder[60].

Mas o autor também critica a vedação da reeleição, porque neste caso o político, sabendo, que não pode ser reeleito, perde no último ano do mandado o interesse no cargo, e não o exerce bem. Assim o país fica quase parado no ano da eleição[61].

Ao propor uma discussão mais consistente sobre esse tema é necessário destacarmos a contribuição clássica de Robert Dahl que apresenta o que vem a ser a democracia ideal e a verdadeira democracia. O autor aponta cinco critérios para que um governo de associação voluntária seja democrático, são eles:

> Participação efetiva. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devemter oportunidade iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.
>
> Igualdade de voto. Quando chegaro momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos devem ser contados como iguais.

---

[60] TOCQUEVILLE,Aléxis de. **A Democracia na América.** Tradução de J.A.G Alburquerque. São Paulo: Abril, 1985. p.191-217.
[61] TOCQUEVILLE,Aléxis de. **A Democracia na América.** Tradução de J.A.G Alburquerque. São Paulo: Abril, 1985. p.191-217.

> Entendimento esclarecido. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.
>
> Controle do programa de planejamento. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.
>
> Inclusão dos adultos. Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, este critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justificá-lo exigiria que examinássemos por que devemos tratar os outros como nossos iguais políticos[62].

Dahl aborda os benefícios que a democracia proporciona e o que a torna desejável. O autor indica dez razões. A 1ª razão é que a democracia ajuda a evitar o governo de autocratas cruéis e corruptos. No decorrer da história da humanidade tivemos exemplos negativos, em especial no século XX, o governo de Joseph Stalin, na União Soviética(1929-1953), que fez com que muitos camponeses morressem nos campos de trabalho. Além disso, cabe destacar o governo autocrata da Alemanha nazista de Adolph Hitler(1933-1945), responsável pela morte de milhares de judeus. A solução apontada pelo autor seria um rigorosos código universal de direitos humanos e julga que as democracias respeitam mais os interesses humanos essencias do que as não-democracias.

A 2ª razão é que a democracia garante a seus cidadãos direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não garantem.Dahl

---

[62] DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia.** Tradução: Beatriz Sidou.Brasília: Universidade de Brasília, 2001.p. 49-50.

destaca que a democracia não é apenas um procedimento de governo, mas um sistema de direitos.

Cademartori destaca:

> Robert Dahl reflete pouco sobre a relação entre Estado de direito e democracia. Apesar de afirmar que o direito é uma parte fundadora do sistema democrático, no plano da democracia real, não o considera como uma das instituições reclamadas por um governo democrático e muito menos o eleva à condição essencial, ou favorável às instituições democráticas, capaz de garanti-las. Na obra de Dahl o Estado de direito, embora um componente da maior importância, não recebe uma atenção especial. Por outro lado, quando ele aborda as diferenças entre as constituições dos países democráticos, pode-se ter uma idéia mais clara de sua posição quanto ao papel desempenhado pelo direito em uma democracia.Responde então, que as Constituições podem ser, como não ser, importantes para o funcionamento de um siostema democrático, depende[63].

Dahl sugere que a cada vinte anos os países democráticos façam uma revisão constitucional para avaliar a constituição com base na sua efetividade.

A 3ª razão, é que a democracia garante a seus cidadãos uma liberdade pessoal mais ampla do que qualquer outra alternativa; ou seja, além de todos os direitos, liberdades e oportunidades para um governo ser democrático, os cidadãos numa democracia desfrutam de várias liberdades.

A 4ª razão, que Dahl elenca é que a democracia ajuda as pessoas a proteger seus próprios interesses fundamentais, como sobrevivência, alimento, saúde, lazer entre outros.

A 5ª razão é que apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para as pessoas exercitarem a

---

[63] CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk.**O Diálogo Democrático. Alain Touraine, Noberto Bobbio e Robert Dahl.** Curitiba:Juruá.2006. p.221-222.

liberdade da autodeterminação , ou seja, viverem sobre suas próprias leis eleitas.Conforme o autor, o cidadão estará exercendo a sua liberdade de autodeterminação elegendo viver sob uma constituição democrática em vez de uma alternativa não-democrática.

A 6ª razão elencada pelo autor é que somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para exercer a responsabilidade moral, ou seja, adotar os seus princípios morais e tomar decisões baseadas nesses princípios apenas depois de um processo de reflexão.

A 7ª razão: a democracia promove o desenvolvimento humano de forma mais plena do que qualquer opção viável.

A 8ª razão é que somente um governo democrático pode proporcionar igualdade política entre os cidadãos.

A 9ª razão é que as democracias representativas modernas não lutam uma com as outras. E a 10ª razão elencada é que os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos do que países com governos não-democráticos. Essas razões sintetizam as vantagens da democracia ideal, na opinião de Dahl.

Em relação a verdadeira democracia, ou também denominada de democracia real é importante destacar as instituições políticas, elencadas por Dahl, para realizar de forma efetiva a democracia ideal.

Nesse sentido Dahl destaca ainda:

> Funcionários eleitos. O controle das decisões do governo sobre a política é investido constitucionalmente a funcionários eleitos pelos cidadãos.
>
> Eleições livres, justas e frequentes. Funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes e justas em que a coerção é relativamente incomum.

> Liberdade de expressão. Os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, o governo, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia prevalente.
>
> Fontes de informação diversificadas. Os cidadãos têm o direito de buscar fontes de informação diversificadas e independentes de outros cidadãos, especialistas, jornais, revistas, livros, telecomunicações e afins.
>
> Autonomia para as associações. Para obter seus vários direitos, até mesmo os necessários para o funcionamento eficaz das instituições políticas democráticas, os cidadãos também têm o direito de formar associções ou organizações relativamente independentes, como também partidos políticos e grupos de interesses.
>
> Cidadania inclusiva.A nenhum adulto com residência permanente no país e sujeito a suas leis podem ser negados os direitos disponíveis para os outros e necessários às cinco instituições políticas anteriormente listadas. Entre esses direitos, estão o direito de votar para escolha dos funcionários em eleições livres e justas; de se candidatar para os postos eletivos; de livre expressão; de formar e participar organizações políticas independentes; de ter acesso a fontes de informação independentes; e de ter direitos a outras liberdades e oportunidades que sejam necessárias para o bom funcionamento das instituições políticas da democracia em grande escala[64].

Dahl elenca motivos que levaram a expansão da democracia pelo mundo, o século XX demonstrou ser o século do triunfo democráticos, apesar de encararmos esse triunfo com certa cautela, pois trata-se de um processo gradativo.

Assim, podemos citar os motivos elecados pelo autor. São eles: com a dissolução dos impérios coloniais diminuiu o risco de intervenção de um poder exterior hostil à democracia, além disso o fato dos povos ganharem a independência e a comunidade internacional contribuiram para a democratização.

---

[64] DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia.** Tradução: Beatriz Sidou.Brasília: Universidade de Brasília, 2001.p.99-100.

A ditadura militar demonstrou-se mau sucedida,em muitos países, em termos de solucionar dificuldades de uma sociedade moderna. Em que pese, as grandes falhas dos sistemas totalitários, as ideologias e as convicções antidemocráticas perderam seu atrativo no mundo, pois jamais em toda história da humanidade tantas pessoas apoiaram a democracia.

Conforme Dahl, muitos países em que a democratização ocorreu eram suficiente homogêneos pra evitar sérios conflitos culturais, ou seja, possuiam culturas uniformes e consequentemente a forma de pensamento também. Entretanto, em certas partes da África e na antiga Iugoslávia, a democratização foi um desastre.

O capitalismo ao alterar a sociedade, no sentido de criar a classe média fez com que essa fosse solidária com a forma de pensamento democrática.

Essa foi a considerável contribuição de Dahl; ainda que abordada sem a pretensão de esgotar a análise; para o que consideramos democracia atual, a seguir será analisada a democracia sob a ótica de Touraine.

Na obra O que é democracia?, Touraine apresenta o conceito de democracia e esclarece que ele deve equilibrar liberdade e igualdade, tendo em vista que a democracia necessita de um mecanismo de defesa contra o arbítrio do poder.

Mecanismo esse, que se desdobra em liberdade (ao insistir sobre limitação do poder de Estado) e igualdade (quando define um princípio de resistência à distribuição desigual de recursos econômicos e políticos).

O autor estabelece três diferentes dimensões de democracia. A primeira delas é o respeito pelos Direitos Fundamentais, com a finalidade de limitar o poder do Estado, e aponta o totalitarismo como o pricipal adversário dessa dimensão. No que tange a essa dimensão cabe destacar a seguinte afirmação: ”Só existe democracia quando o Estado está serviço não somente do país e da nação, mas dos próprios atores sociais e de sua vontade de liberdade e responsabilidade[65]”.

A segunda dimensão é a cidadania que proporciona o direito de participar seja direta ou indiretamente nas questões sociais. Em relação a cidadania o autor a diferencia da nacionalidade, esclarecendo que esta cria uma solidariedade dos deveres enquanto a cidadania fornece direitos aos cidadãos.

E finalmente, a terceira dimensão é a representatividade que consiste na idéia de que os agentes políticos são atores sociais e os cidadãos têm o papel de participar da administração da sociedade. Essas dimensões foram e ainda estão adquirindo sentidos e compreensões diferentes no decorrer da história.

A forma de pensamento do autor consiste essencialmente em apontar os inimigos da democracia com a finalidade de combatê-los[66] e isso se mostra extremamente coerente e sensato na medida que a democracia é um conceito que ainda está em construção.

Em relação aos países em desenvolvimento, como o Brasil, Touraine alerta para que não haja confusão com os regimes autoritários. Além disso, o autor destaca o caso da América Latina, no que

---

[65] TOURAINE,Alain. **O que é a democracia?** Tradução:Guilherme Teixeira. Petrópolis:Vozes,1996.p.61.

[66] TOURAINE,Alain. **O que é a democracia?** Tradução:Guilherme Teixeira. Petrópolis:Vozes,1996.p.25.

tange a queda dos regimes autoritários e que esse fato por si só não caracteriza e atribui sentido à democracia.

Na forma de pensamento do autor, o significado de democracia está além de promover eleições livres e abolir o monopólio militar. Nos países em desenvolvimento, em especial no Brasil, a efetividade dos direitos fundamentais é prejudicada por muitos motivos dentre eles pela falta de cultura do exercício de cidadania. Isso nos inspira a refletir que no Brasil a compreensão de democracia deve ser aperfeiçoada a cada momento, pois ela é o elemento que pode levar a plena efetividade dos direitos sociais, nesse sentido cabe destacar que Brasil deve se empenhar ao máximo para modificar o velho e popular paradigma de democracia, que é visto como união do povo no período eleição, de copa do mundo e de olimpíadas. A consciência de cidadania é responsabilidade de todas as instituições da sociedade (família, escola, Estado, Justiça).

A falta de consciência de cidadania faz com que países em desenvolvimento, como o Brasil, seja palco de desigualdades sociais e econômicas. No que tange a consciência de cidadania, o autor destaca que ela pode se opor aos direitos humanos, pois exige uma integração social a uma comunidade unida por uma cultura e história no interior de fronteiras que estão sendo policiadas pelos concorrentes ou aliados. Com isso, o autor salienta a possibilidade dessas dimensões de democracia se oponham algumas vezes. E assim, sem a pretenção de esgotar a discussão, abordamos a contribuição do autor à democracia atual. Em seguida será analisada a contribuição de Bobbio.

A forma de pensamento de Bobbio se filiou a grandes clássicos como por exemplo Dahl e Tocqueville. Nesse sentido destaca Anderson:

> ...embora não tenha feito contribuições comparáveis às deles, sua compreensão das principais tradições do pensamento político ocidental-de Platão e Aristóteles a Tomás de Aquino e Althusius, de Pufendorf e Grotius a Spinoza e Locke, de Rosseau ou Madison a Burke e Hegel, de Constant e De Tocqueville a Weber ou Kelsen- é maior, não apenas no que diz respeito ao tempo, mas também em escopo e profundidade. Em Bobbio, o conhecimento da filosofia política é fundamentado por estudos de direito constitucional e familiaridade com a ciência política[67].

A contribuição de Bobbio à democracia atual é muito rica, pois sua forma de pensamento abrange muitos clássicos a respeito da democracia, que tentaremos abordar de forma significativa nesse item.

No que tange ao termo democracia Bobbio destaca:

> Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos;b)a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremoderiva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república(a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república[68].

---

[67] ANDERSON,Perry. **As Afinidades de Noberto Bobbio.** Tradução:Heloísa Jahn. In: **Novos Estudos CEBRAP,** São Paulo, n.24, p.21-22,jul.de 1989.

[68] BOBBIO, Noberto. Democracia. *In:* Bobbio, Noberto et al (org). **Dicionário de Política**. Tradução:Carmen C. Varriale et al. 5ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília(Edub), 2000.1v. Dizionario Di Politica. P.319-320.

Conforme Bobbio a única maneira de alcançar um acordo quando se fala em democracia, entendida como uma forma de governo contraposto à autocracia, é considerá-la um conjunto de regras(primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Nesse sentido dispõe:

> Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como extremamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos(o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos(um, poucos, muitos,todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras(não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos[69].

Para o autor, um regime democrático é aquele que atribui este poder ou direito a número elevado de membros do grupo[70].Assim, por consequência de sua forma de pensamento, o voto de todos os cidadãos deverá ter peso idêntico, isto é, deverá valer por um.

Em relação às modalidades de decisão (a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas), as aprovadas por pelo menos a maioria daqueles a quem compete decidir.

Bobbio destaca ainda que não pode se modificar a necessidade da existência da democracia porque o critério da maioria não pode ser um critério absoluto porque se deve tutelar os interesses da minoria[71]. Ou seja, o critério da maioria não prevalece sempre.

Bobbio entende como sistema democrático um conjunto de regras procedimentais[72] e elenca sete tipos de democracia: democracia dos

---

[69] BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia.** 9ª edição.São Paulo:Paz e Terra,2004.p.30.
[70] BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia.** 9ª edição. São Paulo:Paz e Terra,2004. p.31
[71] BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia.** 9ª edição. São Paulo:Paz e Terra,2004.p.32.
[72] BOBBIO, Noberto. **O futuro da democracia.** 9ª edição.São Paulo:Paz e Terra,2004.

modernos, democracia representativa, democracia direta, democracia política, democracia social, democracia formal e substancial[73].

O autor estabelece uma distinção entre democracia formal e substancial, para ele a democracia formal diz respeito precisamente à forma de governo e democracia substancial diz respeito ao conteúdo dessa forma[74].

Já Miglino entende que a Democracia não é apenas um procedimento e que o procedimento é um dos elementos que caracterizam a democracia e entende que ele é um dos mais importantes, mas certamente não é o único.

Assim conforme Miglino:

> A democracia não é apenas procediemnto. Antes de tudo, o mesmo princípio dialético procedimental é já um valor que pressupõe a operatividade de outros princípios: liberdade de opinião e de expressão; liberdade de obtenção de informação imparcial e correta; publicidade dos fatos que se referem à esfera pública. Já que um momento essencial da democracia é a escolha dos governantes, como poderia, de maneira eficaz, o povo fazer uma escolha do gênero sem gozar da liberdade intelectual e sem poder dispor de informações sobre a realidade? Além disso, todos os direitos subjetivos públicos são o meio através do qual a democracia tutela o desenvolvimento da pessoa humana. Isso se dá, como é particularmente evidente no caso dos direitos sociais, mediante a solidariedade que existe em nível coletivo[75].

Ao se considerar um clássico a respeito da Democracia no regime moderno, Tocqueville destaca que o esfacelamento do poder é a base necessária para o gozo dos direitos do homem serve para garantir um mundo mais igual.

---

[73] BOBBIO, Noberto. **Estado Governo Sociedade.** Para uma teoria geral da política. 11ªed.São Paulo: Paz e Terra,2004. p.135-158.
[74] BOBBIO, Noberto. **Estado Governo Sociedade.** Para uma teoria geral da política. 11ªed.São Paulo: Paz e Terra,2004. p.135-158.
[75] MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas Procedimento.** Trad. Erica Hartmann. 1 ed.Curitiba:Juruá,2006. p.20.

O modelo de democracia representativa somada a participação direta dos cidadãos ou por via representativa implica a análise de conceitos essenciais como de justiça social e bem comum.

No entendimento de Bobbio quando se fala de Estado, Social, vale dizer do Estado do bem-estar, isso pressupõe uma forma de justiça distributiva. Assim, destaca que há uma grande distinção entre duas formas de justiça, que remonta a Aristóteles; justiça comutativa, que é a justiça das trocas e a justiça penal que é a correspondência entre crime e castigo, e a justiça distributiva, que é a justiça segundo a qual se deve distribuir os bens de acordo com alguns princípios[76].

O autor elenca vários questionamentos entorno do conceito de justiça distributiva e destaca o problema fundamental da justiça distributiva que é saber com base em que critérios devemos distribuir e com que critérios temos de distribuir, podemos dar a cada um a mesma coisa, seria justo ou não e seria justo dar a todos a mesma coisa. Destaca que dever-se-ia distribuir de acordo com as diferenças , o conceito de distribuição a todos da mesma coisa é uma concepção de justiça denominada de igualitária; esse trajeto passou-se a seguir o critério da proporcionalidade.

Bobbio elenca questionamentos em relação à distribuição segundo o mérito, como por exemplo, de que depende o mérito, se é justo distribuir de acordo com o mérito, aqueles que se encontram em situações difícies podem ter os mesmos méritos que aqueles que nasceram em famílias com boas condições, num ambiente sadio. O autor conclui que esses são apenas alguns critérios, pois podem existir outros, no atual Estado quando se fala em justiça distributiva é necessário ter em vista não apenas alguns dentre esses critérios, mas todos como por exemplo o mérito, necessidades e contribuição; a justiça quer que se tenha em mente todos esses critérios.

---

[76] CARDIM, Carlos Henrique (org). **Bobbio no Brasil.** 1ª edição. Brasília:Universidade Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. 2001. p.102-103.

O estudo da democracia é necessário para a análise da interpretação e aplicação dos direitos sociais, pois o objetivo é realizar o que nossa constituição denomina de normas programáticas, ou seja, através da concretização dessas normas buscaremos aprimorar o conceito de democracia.

CAPÍTULO 2

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NA DEMOCRACIA: ASPECTOS DESTACADOS

Habermas contribui significamente para o desenvolvimento de uma teoria da constituição constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito a partir de uma teoria discursiva. Habermas sustenta que a democracia é absoluta e pode eventualmente estar acima inclusive dos Direitos Fundamentais. Habermas destaca:

> A solução da colisão consiste antes em que, tendo em conta as circunstâncias do caso se estabelece uma relação de precedência condicionada entre os princípios. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob quais um Princípio precede ao outro. Sob outras condições a questão da precedência pode ser solucionada da forma inversa[77].

Sob um ponto de vista histórico e considerando um dos percursores de uma teoria da constituição e crítica do modelo liberal do Estado, Carl Schmitt destaca a necessidade de um estudo sistemático acerca da constituição e dedicou-se a esse estudo que denominou Teoria da Constituição, para isso assumiu uma postura que tinha como norte a ruptura e a superação de enfoque da Teoria do Estado, caracterizando dessa forma o desenvolvimento da Teoria da Constituição como uma disciplina autônoma.

---

[77] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 81. No original: "Die Lösung der Kollision besteht vielmehr darin, dass im Blick auf die Umstände des Falls eine bedingte Vorrangsrelation zwischen de Prinzipien festgesetzt wird. Die Festsetzung der bedingten Vorrangsrelation besteht darin, dass unter Bezug auf den Fall Bedindungen angegeben werden, unter denen das eine Prinzip dem anderen vorgeht. Unter anderen Bedingungen kann die Vorrangfrage umgekehrt zu lösen sein". (Tradução livre do autor).

Em relação à distinção entre Teoria da Constituição e Teoria do Estado, Oliveira dispõe:

> A Teoria do Estado, e isso não é um mero jogo de palavras, centra suas análises, acerca da institucionalização jurídico-social do poder político, no Estado. O Estado é compreendido como o núcleo de organização política da totalidade da sociedade. Todas as relações sociais teriam, assim, uma referência à estrutura do Estado, visto como ponto de convergência da vida social e das atividades humanas[78].

Oliveira elenca que atualmente a Teoria da Constituição encontra mais obstáculos que no passado, pois deve enfrentar os contrastes entre um Direito Constitucional que se propõe a seguir padrões tradicionais e legítimos e realidades sociais, políticas e econômicas que desobedecem totalmente o ideal. Nesse sentido destaca:

> Essa perspectiva, por perpeturar a chamada teoria dos dois mundos, o mundo real e o mundo ideal, presente nas filosofias primeiras, preocupadascom uma fundamentação última para o conhecimento, para a Moralidade, para o Direito ou para as artes, pouco contribui uma compreensão mais sifisticada do Direito e da Constituição, e mostra-se empiricamente inoperante, diante de entraves e obstáculos a uma convivência constitucional e democrática, tantas vezes presentes nos contextos sociais atuais- e não somente num país como o Brasil, com recorrentes momentos de inércia e de déficit de integração social, que pedem uma efetiva alteração de postura diante deles[79].

Para Oliveira[80], a perspectiva da Teoria do Direito e da Constituição se quiser ter o propósito de considerar a tensão presente no Direito entre facticidade e validade deve passar por um giro reconstrutivo. O autor destaca que para ter uma constituição entre “Constituição real” e

---

[78] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional.**Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.p. 30.
[79] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional.**Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.p.36.
[80] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional.**Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.p.38-39.

“Constituição formal” é necessário uma sociologia reconstrutiva e uma filosofia prática pós-metafísica. Uma sociologia reconstrutiva com a finalidade de buscar reconstruir e identificar os fragmentos e vestígios dos processos de racionalização social, cultural e subjetiva, assim como reconstruir os conteúdos jurídico-normativos que já se encontram inscritos na facticidade social dos processos político-sociais; e uma filosofia prática pós-metafísica com a finalidade de esclarecer do ponto de vista moral(Filosofia Moral) e do processo democrático(Filosofia do Direito) da análise das condições necessárias aos discursos e às negociações racionais.

Essas necessidades induzem a Teoria da Constituição a romper com uma abordagem única, quer seja num sentido da Teoria Geral do Direito Público ou das Instituições Políticas e superar superar os enfoques tradicionais da Teoria do Estado. Nesse sentido, a Teoria da Constituição deve assumir uma perspectiva interna ao Direito Constitucional para possibilitar uma “dogmática geral (adequada) do Direito Constitucional e uma perspectiva externa da relação entre facticidade social e autocompreensão do Estado Constitucional com uma superação da classificação ontológica da Constituição. Oliveira ensina que:

> A perspectiva simultânea da tensão interna e externa ao Direito Constitucional, requer precisamente que a Teoria da Constituição se assuma como uma teoria crítico-reflexiva da Constituição, “problematizadora e explicitadora de pré-compreensões” e de paradigmas acerca da sociedade, da política e do Direito. Desse modo é que ela sempre apresentará uma dimensão metateórica ou filosófica acerca dos seus próprios pressupostos teoréticos, revelando-se uma metateoria da Constituição.Por isso mesmo, não se poderá ignorar sua dimensão pragmático-política, a requerer do operador jurídico que a assuma como uma teoria político-constitucional em sentido fraco[81].

[81] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional.**Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.p.40.

Para Oliveira[82], a Teoria da Constituição deve assumir a perspectiva do sistema jurídico-constitucional e analisar a tensão interna entre facticidade e validade, dessa forma reconstruindo os princípios, as regras e aplicação desses, resgatando a normatividade constitucional e a função primordial do Direito moderno, presente no Direito Constitucional que é a função de integração social.

Nesse sentido Oliveira[83] afirma que pode-se reconstruir dessa forma a compreensão normativa de conceitos operacionais como do Estado de Direito, do Estado Constitucional, como institucionalização jurídica de canais de comunicação público-política em relação à razões éticas, morais, pragmáticas e de coerência jurídica. Assim esse fluxo comunicativo que informará o processo legislativo de justificação e o processo jurisdicional de aplicação imparcial do Direito democraticamente fundado.

O conceito de Estado de Direito não pode estar mais restrito a um conceito naturalizado de nação ou de nacionalidade, via cor, raça, ancestrais comuns ou mesmo lugar de nascimento comuns, ou seja, na tradicional distinção entre jus sanguinis e jus solis. Porém, deve ser entendido:

> A partir de um conceito contemporâneo de cidadania, não mais compreendida como condição daquele que seria membro natural de uma comunidade ética e política concreta, que compartilharia um mesmo e único ideal de vida boa, mas como sinônimo de titularidade de direitos reciprocamente reconhecidos e que se garantem através dessa institucionalização de procedimentos capaz de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva, a formação imparcial de juízos de aplicação jurídico-normativa e a execução de programas e de políticas públicas, sem impor-se um modelo programas e de políticas publicas, sem impor-se um modelo único de vida boa, embora os mesmos devam garantir aos cidadãos, no exercício de sua autonomia pública, a

[82] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional.**Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.p.40.
[83] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional.**Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.p.41.

> possibilidade de realização de um projeto cooperativo de fixação de condições de vida recorrentemente mais justas[84].

Assim, a Teoria da Constituição deve alterar seu enfoque e complementá-lo através do diálogo com as teorias da sociedade e com as teorias da sociedade e com as teorias políticaspara que se possa ultrapassar as abordagens tradicionais acerca da efetividade do Direito Constitucional[85].

A teoria da Constituição deve ser entendida:

> Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guia para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sitema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior[86].

Oliveira conclui afirmando que não se trata de atribuir normatividade à teoria transformando-a numa doutrina que resultaria numa ruptura com um enfoque teorético-discursivo, mas a Teoria da Constituição pode representar importante contribuição para discussões institucionais-instituintes, na medida em que se explore o caráter pragmático das reflexões teorético-constitucionais.

Ou seja, o teórico da Constituição não deve assumir a "atitude performativa do doutrinador iluminado", a ditar soluções. Uma teoria político-constitucional pode fornecer ao jurista, no máximo, a perspectiva do operador do Direito comprometido com o desenvolvimento constitucional que,

---

[84] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional.**Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.p.42.
[85] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional.**Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.p. 42.
[86] HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia.** Vol. 2. Rio de Janeiro:Tempo Brasil,1997.p.181.

no seu papel de intelectual e não de especialista, pode contribuir e participar das controvérsias político-constitucionais, através das quais todos os co-associados jurídicos, inclusive ele, podem refletir e definir sua vida em comum.

2.2 O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE EM FACE DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

A produção bibliográfica têm apontado para as constitucionalizações do diversos ramos do direito, assim como discussões acadêmicas, congressos e trabalhos científicos, poderíamos tranquilamente pensar que o Brasil é um país em que a Constituição tem um grau de efetividade elevado. Entretanto, não é isso que ocorre, a solidão constitucional[87] se agrava cada vez mais. Nosso país vive em um contexto de baixa constitucionalidade, pois muitas vezes a Constituição é interpretada de acordo com Códigos ou de acordo com súmulas e essa situação se agrava na medida que há o esvaziamento da força normativa e há a falta do sentido compromissório da Constituição.

Streck traz a baila alguns questionamentos, como por exemplo, o que pensamos da constituição, o que é constituição, qual o papel da jurisdição constitucional em um país periférico e de modernidade tardia; assim como analisa as possibilidades para concretização dos Direitos Fundamentais Sociais a partir de um novo papel da jurisdição constitucional. O autor sustenta a tese de que a Constituição ainda constitui e que a Constituição é a ação do Estado.

Além disso, analisa o problema da interpretação jurídica que julga ser um problema além de meramente linguistico. Nesse sentido, o autor destaca:

---

[87] Termo utilizado por Streck para designar a baixa constitucionalidade do nosso país.

> Trata-se, enfim, de dar um salto sobre as concepções hermenêuticas que entendem o processo interpretativo como parte de um processo em que o intérprete "extrai o exato sentido da norma"(sic), como se fosse possível isolar a norma de sua concretização.Ora, não há pura interpretação; não há hermenêutica"pura". Hermenêutica é faticidade; é vida; é existência, é realidade. É condição de ser no mundo[88].

Ou seja, a Constituição é produto da sua interpretação. Porém deve-se entender:

> Percebemos(compreendemos)a Constituição "como" Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; compreendemos a Constituição "como" Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós[89].

A idéia da organização constitucional do Estado começou a ter consistência no séc. XVIII com o movimento constitucional impulsionado pelas revoluções americana e francesa. No início do séc. XIX, com a conquista do movimento constitucional, impôs-se o chamado conceito ideal de constituição.

Canotilho analisou o conceito ideal de constituição:

> Este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados político- liberais, considerando-se como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a)a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade(esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimentode direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através dos parlamentos); (b)a constituição contém o princípio da divisão de poderes, no

---

[88] NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda(Org.).**Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal.**Renovar:Rio de Janeiro,2004.p.338-339.

[89] NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda(Org.).**Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal.**Renovar:Rio de Janeiro,2004.p.338-339.

> sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c)a constituição deve ser escrita(documento escrito)[90].

Porém deve ser entendido:

> Con frecuencia se designa como <<verdadera>> o <<auténtica>>Constitución, por razones políticas, la que responde a un cierto ideal de Constitución. La terminología de la lucha política comporta el que cada partido en lucha reconozca como verdadera Constitución sólo aquella que se corresponda con sus postulados políticos. Cuando los contrastes de principios políticos y sociales son muy fuertes, puede llegarse con facilidad a que un partido niegue el nombre de Constitución a toda Constitución que no satisfaga sus aspiraciones. En particular, la burguesía liberal, en su lucha contra la Monarquía absoluta, puso en pie un cierto concepto ideal de Constitución. Se hablaba, pues, de <<Constitución>> sólo cuando se cumplían las exigencias de libertad burguesa y estaba asegurado un adecuado influjo político a la burguesía. De esta forma surge un concepto singular, distintivo, de Constitución. Así, cada Estado no tiene ya por sí mismo una Constitución, sino que hay Estados con y sin Constitución, Estados <<constitucionales>> y Estados, lo que sería absurdo en sí mismo, si no hubiera un cierto programa político en el fondo del concepto de Constitución[91].

Nesse sentido Canotilho [92] analisa os Estados constitucionais que seria os que dispunham de uma ordenação estadual fundada num documento escrito, que garantidor das liberdades e limitador do poder através do princípio da divisão dos poderes; e os Estados não constitucionais seria todos os outros conforme o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Tanto o conceito operacional de Constituição ideal quanto o de Estado constitucional são pilares da idéia constitucional e da ideologia do

---

[90] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª ed. Coimbra:Livraria do Almedina, 1992.p.62-63.
[91] SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución.1ªed.Madrid:Alianza editorial,1982. p.58
[92] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª ed. Coimbra:Livraria do Almedina, 1992.p.63

constitucionalismo. A idéia constitucional consiste na criação de instituições através de lei formal para limitar e controlar o poder político e vincular o exercício desse poder a normas bilateralmente vinculantes para os detentores dos poderes políticos e para os cidadãos.

Além disso, a idéia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, englobando os diversos domínios da vida política, econômica e social, ou seja, ideologia liberal ou burguesa. O constitucionalismo moderno é fruto da ideologia liberal[93].

Canotilho menciona a constituição escrita e seus sentidos formal, material e normativo. A constituição foi concebida através de um documento escrito portador de uma ordenação sistemática e racional da comunidade. O autor utiliza o termo constituição instrumental para se referir à lei fundamental como texto e documento escrito e este documento não possui apenas valor para estudar as partes, títulos, capítulos, preâmbulos e princípios; mas como garantia da constituição e como um elemento importante para resolver problemas relacionados com os efeitos da constituição como fonte de produção normativa.

Constituição formal consiste no ato escrito e solene que cria normas jurídicas hierarquicamente superiores. Já a Constituição normativa deve-se compreender:

> O sentido formal articula-se com um sentido normativo. O elemento formal ou morfológico aponta para qualificação (ou autoqualificação) de um acto como fonte de direito constitucional. A dimensão normativa aponta para o fim do acto e para a sua intencionalidade: criação de normas jurídicas. Quer dizer: os princípios fundamentais de uma <<ordem de domínio>> e de uma <<estrutura básica de justiça>> não são de mera natureza <<existencial>>, <<decisionística>> ou <<valorativa>>:são princípios aceites e intencionalmente queridos(de forma implícita

[93] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª ed. Coimbra:Livraria do Almedina, 1992. p.64

> ou explícita) como normas de uma constituição(é, por ex., a falta de intencionalidade normativa que nos leva a pôr dúvidas em relação ao valor normativo dos preâmbulos constitucionais)[94].

Por fim, Constituição material designa o conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais, independentemente das fontes formais.

Canotilho expõe referências aos conceitos da constituição que revelam os pontos fundamentais em discussão que remetem novamente:

> (1)à idéia de lei fundamental como instrumento formal e processual de garantia;(2)à tese de que as constituições podem e devem ser também programas ou linhas de direcção para o futuro[95].

Canotilho analisa a função da lei constitucional sob a ótica de constituir normativo da organização estadual; racionalização e limites dos poderes públicos; fundamentação da ordem jurídica da comunidade e programa de ação.

Em relação ao constituir normativo da organização estadual, podemos destacar que o autor elenca a Constituição portuguesa a título de exemplo de que ela continua com a tradição da maior parte da doutrina; no sentido de que a lei fundamental cabe determinar vinculativamente as competências dos órgãos de soberania e as formas e processos do exercício do poder.

A racionalização e limites dos poderes públicos está vinculada ao princípio da divisão dos poderes, separação e interdependência, através da separação dos órgãos e distribuição das funções consegue-se uma

---

[94] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª ed. Coimbra:Livraria do Almedina, 1992. p.66.

[95] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª ed. Coimbra:Livraria do Almedina, 1992. p.72

racionalização do exercício das funções de soberania e o estabelecimento de limites recíprocos.

A fundamentação da ordem jurídica da comunidade diz respeito à insuficiência das teorias da constituição que reduzem a lei fundamental à um instrumento de governo identifica-a quando se constata que limitar, racionalizar e organizar poderes exige também uma medida material para o exercício dos poderes. Para se chegar à legimitade material da constituição não é suficiente com um constituir de órgãos, exige uma fundamentação material que é fornecida pelos direitos fundamentais.

E por fim, o programa de ação consiste na constitucionalização de tarefas, linhas e programas de ação à política, sem ter a pretensão de substituir a luta política,que torna mais relevante a legitimação material.

Nesse sentido Canotilho analisa:

> Da articulação destas várias funções se deduzirá que o problema da constituição não é hoje o de escolher entre uma constituição-garantia(ou constituição quadro) e uma constituição dirigente (ou constituição programática), mas o de opimizar as funções de garantia e de programática da lei constitucional[96].

Nesta necessidade de fundamentação reside a garantia que o discurso seja apreciado devidamente.

Pelo dito, mostra-se também a importância da doutrina. Inconformado com uma norma ou interpretação desproporcional a determinada realidade social, o doutrinador escreve um artigo, e este pode ser

---

[96] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª ed. Coimbra:Livraria do Almedina, 1992. p.74

lido por um Juiz então o Juiz pode se convencer de que o doutrinador tem razão e assim, num caso que envolve a matéria, ele se lembrará do artigo e este fará parte da matriz cultural do Juiz, que passa a influenciar em seu julgamento além disso, pode servir de base para a fundamentação da sentença[97]. O artigo também pode ser lido por um advogado, que usa a argumentação apresentada num processo e o Juiz se convence e julga no sentido pretendido pelo doutrinador.

Embora não se possa estabelecer critérios materiais para a ponderação da colisão de Princípios, pode-se apresentar argumentações a favor ou contra um Princípio em caso de colisão. Não se pode definir de antemão que sempre deve prevalecer um Princípio, porque pode haver exceções não previsíveis, porque pelos previsíveis, poderia se formular uma regra de exceção. Também não se pode estabelecer critérios materiais pelos quais se pode resolver o caso. Mas o que se pode fazer é dar argumentações, por que um dos Princípios deveria prevalecer, nos casos hipotéticos analisados. Isso é a tarefa da doutrina.

2.3 DIFERENÇA ENTRE NORMA, REGRA E PRINCÍPIO

A interpretação e aplicação dos Direitos Sociais estão totalmente relacionadas, pois havendo uma interpretação consistente haverá uma aplicação efetiva desses direitos. Daí a importância da interpretação dos direitos sociais, voltada para os Princípios, por parte dos juízes, advogados e dos demais cidadãos, considerando critérios que busquem uma maior efetividade na aplicação desses direitos.

A interpretação dos Direitos Sociais exige que haja a observância dos princípios. O intérprete em primeiro lugar deve ter a

[97] Neste sentido também ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. Título original: On law and justice. p. 380.

consciência do significado e da importância da palavra Princípio. Para Abbagnano Princípio consiste: "ponto de partida e fundamento de um processo qualquer"[98].

Em relação a importância dos Princípios Mello destaca:

> Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.[99]

No âmbito do direito há três tipos de Princípios, os Princípios gerais de direito [100], os Princípios constitucionais [101] e os infraconstitucionais [102]. Os Princípios infraconstitucionais são positivados ou implícitos na legislação infraconstitucional.

---

[98] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** Tradução da 1. edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título Original: Dizionario di filosofia. p. 792.

[99] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. ref. amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 817-818.

[100] A doutrina que defende a existência dos Princípios gerais é vasta. Exemplos são: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 258; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 108.

[101] A doutrina que defende a existência de Princípios constitucionais é vasta. Exemplos são: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 258; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 244-260; ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 71-157; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. passim.

[102] Principalmente a doutrina infraconstitucional se refere a estes Princípios. Como por exemplo: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 302-310; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 39-50.

Os Princípios constitucionais são normas[103] contidas nas constituições, que visam garantir Direitos Fundamentais [104] ou Direitos Humanos[105]. Podem ser explícitos(escritos) ou implícitos. Entretanto, conforme Streck, deduz-se a existência pelo fato de que a constituição é a constituição[106], parece, que sua existência deve ser deduzido pelo contexto e pela coerência das normas explícitas, como, por exemplo, o Princípio implícito do devido processo legal, que pode ser deduzido pela existência dos Princípios explícitos da ampla defesa e do contraditório.

"Os Princípios gerais do direito não têm conceito definido" [107]. Melo entende que estes Princípios, inspirados no sentido de eqüidade, correspondem a normas de direito natural, verdades jurídicas universais e imutáveis[108]. Para Streck, estes Princípios não têm um significado isolado, eles "adquirem um significado apenas quando considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico: daí a necessidade de se pressupô-lo como uma totalidade"[109].

---

[103] Para fins deste trabalho entende-se como Princípio constitucional, qualquer norma constitucional implícita ou explícita, que visa garantir direitos humanos. Assim para fins deste trabalho se entende também como Princípios constitucionais as normas, positivadas na Constituição, que tecnicamente seriam regras, como por exemplo o Princípio da presunção da inocência e o Princípio da proibição da tortura De outro lado, para fins deste trabalho, não são considerados Principios constitucionais as normas administrativas, embora tecnicamente seriam Princípios. Define-se Princípio constitucional, como norma constitucional que garante direitos humanos. Uma visão diferente da apresentada neste trabalho, da distinção entre regra e Princípio se vê em: KÖHN, Edgar. Princípios e regras e sua identificação na visão de Robert Alexy. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, nº 188. Disponível em:<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1440> Acesso em: 11 ago. 2008.

[104] Direitos Fundamentais, entende-se, com Sarlet, como Direitos Humanos positivados na Constituição. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

[105] Como por exemplo o Princípio da proporcionalidade. Este é um Princípio implícito da Constituição, que visa proteger o Direito Humano de ser tratado de forma justa. Este Direito Humano não é positivado, portanto, não é um Direito Fundamental, mas deve ser respeitado.

[106] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 252-253.

[107] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 108.

[108] MELO, José Eduardo Soares de. **Interpretação e integração da legislação tributária**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 178.

[109] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 110.

Nesse trabalho a expressão "Princípio", refere-se aos Princípios constitucionais, como sinônimo de Direitos Humanos previstos implicitamente ou explicitamente[110] na constituição.

O que dificulta a efetividade dos Direitos Sociais é a não observância da diferença entre Norma, Regra e Princípio; assim como a falta de soluções para a colisão de Princípios e os critérios para ponderação de Princípios, questões que serão analisadas nos próximos tópicos.

Conforme Alexy, norma é o gênero, do qual Princípio e Regra são espécies. Tanto os Princípios quanto as Regras são normas, pois prescrevem o que é devido [111].

As regras proporcionam o critério das ações, dizendo o que se deve ou não fazer em situações específicas, enquanto os Princípios proporcionam critérios para o posicionamento diante de um caso concreto[112]. Aos Princípios só se pode dar um sentido operativo, aplicando-os a um caso concreto[113].

Apesar de duas regras não poderem existir juntas, quando são contraditórias, dois Princípios contraditórios podem coexistir, sem se invalidarem[114]. Conforme Alexy, enquanto o conflito de regras só admite a declaração de invalidez de uma das regras ou a inclusão de uma cláusula de exceção que elimina o conflito, a colisão de Princípios não traz consigo uma invalidação de um dos dois Princípios nem a inclusão de uma cláusula de exceção. Este conflito se resolve pela ponderação dos Princípios no caso

---

[110] Direitos humanos previstos explicitamente na Constituição são Direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.
[111] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001.p. 72.
[112] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil:** ley, derechos justiça. Tradução de Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. Título original: Il Diritto mitre. p. 110-111.
[113] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil:** ley, derechos justiça. Tradução de Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. Título original: Il Diritto mitre. p. 110-111.
[114] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 76.

concreto, ou seja, no caso concreto será ponderado, a qual Princípio deve ser atribuído maior peso[115].

Portanto, regras não podem conviver, se contraditórias, pois se terá outra norma que prescreve qual regra prevalece. Já os Princípios contraditórios podem conviver e serão ponderados no caso concreto, sem poder-se saber de antemão qual Princípio prevalecerá, ou seja, pode ser que numa colisão entre dois Princípios num caso prevalecerá um Princípio e em outro caso similar, mas com uma circunstância diferente, prevalece, justamente por causa desta diferença, o outro Princípio.

As regras só admitem um cumprimento pleno, enquanto os Princípios admitem um cumprimento gradual[116], por isso Alexy chama os Princípios de "mandamentos de otimização"[117].

2.4 COLISÃO ENTRE REGRA E PRINCÍPIO

Um Princípio constitucional pode colidir com dois tipos diferentes de regras. Também pode colidir com uma regra que não se baseia num Princípio constitucional ou pode vir a colidir com uma que se baseia num Princípio constitucional.

Na colisão de um Princípio com uma regra que não se baseia num Princípio constitucional prevalece o Princípio, a regra é considerada inconstitucional.

Com referência a estas regras, Mello ensina que: "violar um Princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer"[118], porque conforme Streck, as normas constitucionais "são vinculativas e têm

---

[115] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 77-81.
[116] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 75-76; PRIETO SANCHIS. Luis. **Ley, princípios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998.p. 60.
[117] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 75.
[118] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. ref. amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 818.

eficácia"[119] e desrespeitar uma norma constitucional significa "uma ruptura da própria Constituição"[120]. E isso, conforme Canotilho vale também para as normas programáticas, a qual "é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição"[121].

2.5 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Alexy além de apresentar a solução para a colisão entre Princípio e Regra, apresenta a solução para a colisão entre Princípios.

Segundo a concepção de Alexy[122], todos os Princípios *a priori* têm o mesmo valor e peso. Caso dois ou mais Princípios colidirem, deve ser ponderado no caso concreto qual Princípio deve prevalecer para fazer Justiça.

Não se resolve o conflito eliminando um dos Princípios do rol dos Princípios, também não se estabelece uma regra geral, pela qual um Princípio prevalece diante de outro, e tampouco se estabelece uma regra de exceção, pela qual em tese um Princípio prevalece, mas que em certos casos pode prevalecer o outro. Assim, não existe uma precedência absoluta de um Princípio diante de outro, mas uma precedência condicionada[123].

Alexy destaca:

> A solução da colisão consiste antes em que, tendo em conta as circunstâncias do caso se estabelece uma relação de precedência condicionada entre os princípios. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob quais um Princípio

---

[119] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 247.
[120] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 247.
[121] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 184.
[122] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 78-81.
[123] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 78-81.

> precede ao outro. Sob outras condições a questão da precedência pode ser solucionada da forma inversa[124].

A colisão se resolve pela ponderação no caso concreto, mas a lei da colisão, elaborada por Alexy, diz que se as condições em dois casos diferentes são iguais, deve prevalecer em ambos os casos o mesmo Princípio, porém se as condições concretas são diferentes pode prevalecer no conflito dos mesmos Princípios o outro Princípio[125].

A solução da colisão de Princípios se dá no caso concreto mediante a ponderação. Como os Princípios são "mandados de otimização" devem ser aplicados, para melhor atender à necessidade da Sociedade[126]. Para avaliar, qual Princípio é, no caso concreto, o mais justo, utiliza-se o Princípio da proporcionalidade, como critério da ponderação.[127]

Alexy não indica critérios "segundo os quais fosse possível avaliar a adequação de um enunciado de preferência"[128]. O autor indica a regra hermenêutica da proporcionalidade.

Mas ele indica as máximas da proporcionalidade. A ponderação é feita pelo Princípio da proporcionalidade[129], e este contém três máximas, que sempre devem ser observadas.

---

[124] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 81. No original: "Die Lösung der Kollision besteht vielmehr darin, dass im Blick auf die Umstände des Falls eine bedingte Vorrangsrelation zwischen de Prinzipien festgesetzt wird. Die Festsetzung der bedingten Vorrangsrelation besteht darin, dass unter Bezug auf den Fall Bedindungen angegeben werden, unter denen das eine Prinzip dem anderen vorgeht. Unter anderen Bedingungen kann die Vorrangfrage umgekehrt zu lösen sein". (Tradução livre do autor).

[125] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 83-84.

[126] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p.84.

[127] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 100.

[128] GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Justificação e aplicação. Landy: São Paulo, 2004. p. 317.

[129] Alexy destaca que o "Princípio" da proporcionalidade não é um Princípio, porque não é ponderado contra outro Princípio. Suas máximas não serão ponderadas, para ver qual Princípio é mais adequado ou necessário. Ou a ação ou omissão pretendida em base de um Princípio é adequado e necessário, ou não o é. Se não for, não há colisão de Princípios. Assim as máximas da proporcionalidade só admitem cumprimento por completo, portanto, são consideradas regras. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 100. No original: "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird häufig `Verhältnismässigkeitsprinzip

Estas máximas são: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[130]. Adequação significa que as medidas tomadas estão aptas para atingir o fim desejado. Necessidade significa verificar se a medida tomada é a menos gravosa para alcançar os fins desejados, e a proporcionalidade em sentido estrito é a análise se as vantagens superam as desvantagens[131].

No caso concreto será analisado se a aplicação de ambos os Princípios é adequada e necessária, e se realmente for, será analisada, a proporcionalidade em sentido estrito. Alexy conclui, que "para Princípios, só será decisiva a dimensão do peso, e isso segundo as respectivas circunstâncias especiais de cada caso"[132].

2.6 O ACESSO À EDUCAÇÃO E À SAÚDE COMO DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata a educação de uma maneira especial, ora como uma prestação estatal obrigatória, regulamentando os princípios que devem estar presentes nessa atividade, a repartição de competências nessa matéria, bem ainda o modelo de financiamento dessa atividade, ou seja, a CRFB/88 traz regras e princípios sobre educação.

---

genannt. Es handelt sich bei Ihm jedoch nicht um ein Prinzip im hier erläuterten Sinne. Die Geeignetheit, Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne werden nicht gegen etwas anderes abgewogen. Sie haben nicht das eine Mal den Vorrang und das andere Mal nicht. Vielmehr wird gefragt, ob die Teilgrundsätze erfüllt sind oder nicht, und ihre Nichterfüllung hat die Rechtswiedrigkeit zur Folge. Die drei Teilgrundsätze sind also als Regeln einzustufen". Tradução: A máxima da proporcionalidade costuma ser chamada de `Princípio da proporcionalidade´. Porém não se trata de um Princípio no sentido aqui exposto. A adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito não são ponderados contra algo diferente. Não tem uma vez precêdencia e outra vez não. O que se pergunta é, se as máximas parciais são cumpridas ou não e seu não cumprimento tem como conseqüência a ilegalidade. Portanto, as três máximas parciais devem ser consideradas regras. (Tradução livre do autor).

[130] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 100.

[131] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 100-104.

[132] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 315.

A CRFB/88 trata a educação como um direito fundamental associado a prestações positivas do Estado, da família e da sociedade, mas sobretudo do primeiro (status positivo), significando também uma série de consequências jurídicas: 1)"as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"(art.5º, parágrafo 1º da CRFB/88), sendo então justificáveis os direitos e garantias fundamentais, entendido justificáveis como passíveis de tutela jurisdicional, em face do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito(art. 5º, inc.XXXV, CRFB/88); 2) o estabelecimento de uma ordem de valores e prioridades enquanto políticas públicas a serem executadas e desenvolvidas pelo Estado para a prestação da educação.

Conforme Moraes[133], em relação aos arts. 208, 209 e 210:

> a)ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria;
>
> b) progressiva universalização do ensino médio gratuito;
>
> c)atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
>
> d)atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
>
> e)acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
>
> f)oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
>
> g)atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assitência à saúde;
>
> h)fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valoresculturais e artísticos, nacionais e regionais;

[133] MORAES,Alexandre.**Direito constitucional.**São Paulo:Atlas,2000.p.598.

> i)previsão de existência de ensino religioso, de matrícula facultativa, constituindo disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. O ensino religioso deverá ser ministrado de acordo com a fé religiosa do aluno;
>
> j) obrigatoriedade do ensino fundamental regular ser ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

O legislador constituinte, em síntese, atribuiu como dever do Estado o fomento das diversas manifestações culturais e das práticas desportivas formais e não formais, caracterizados como direitos de todos a serem exercidos na sua plenitude.

É possível formular, a partir dos dispositivos constitucionais, um conceito de educação. Conforme os dispositivos constitucionais, educação é um processo pluralista de ensino-pesquisa-aprendizagem, de responsabilidade do Estado, da família e da sociedade, tendo como objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho(art.205 e 206).

Mello afirma a existência de um direito constitucional da educação:"há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito".

O acesso à educação é um instrumento de preparo para o exercício da cidadania(art.1, inc II da CF/88).

O art. 206 da CRFB/88 enumera formalmente o que denomina de princípios orientadores de ensino. Tais princípios servem como base para a aplicação de todas as regras jurídicas voltadas à atividade do ensino.

Um deles é a igualdade de condições para o acesso e permanência a escola devem ser iguais a todos, uma vez que o dever do Estado para com a educação, como visto, dirige-se a todos e não apenas a certo ou certos grupos de pessoas. A imposição de tratamento igualitário a todos, não se estabelecendo nenhum privilégio ou prerrogativa no acesso e na permanência na escola seria suficiente para a garantia da aplicabilidade desse princípio.

Entretanto, sob o ponto de vista da igualdade material, aquela preocupada com a efetiva ou real igualdade, tal princípio não pode ser encarado como uma mera imposição de tratamento rigorosamente igualitário no acesso à educação, considerando que terá o condão de perpetuar a situação de real desigualdade que se verifica na realidade brasileira.

A política de cotas em universidades, destinando-se certo percentual de vagas no ensino superior a grupos que historicamente não têm tido acesso a esse nível de ensino, a exemplo de negros ou estudantes de baixa renda. Sob a ótica da igualdade formal, a política de cotas seria inconstitucional, por instituírem um desigual mecanismo no acesso à educação. Entretanto, analisando esse princípio à luz da igualdade material, as cotas podem ser encaradas como instrumentos de alcance de uma real igualdade de condições de acesso e permanência na escola, criando temporários benefícios aqueles grupos que, atualmente, não têm tido as mesmas possibilidades.

Outro princípio orientador da educação, seria a liberdade em sentido geral (art. 5º da CRFB/88), a liberdade de manifestação de pensamento com fundamento noinc. VI do referido artigo e a liberdade de expressão da atividade intelectual.

A gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais é outro princípio a ser apontado, assim como a valorização dos profissionais do ensino e garantia do padrão de qualidade.

Cabe destacar que nada adiantaria a concepção de educação como um direito social se não houvesse a garantia de padrão de qualidade da educação oferecida.Nesse sentido, podemos dizer que a educação é um serviço público.

A educação, quando prestada pelo Estado, enquadra-se da conceituação de serviço público, assim como à saúde. Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão. Submetem-se, apenas a uma fiscalização do Poder Público, que a efetua no exercício normal de sua polícia administrativa.A CRFB/88 indica ser dever do Estado a prestação de serviços de educação e saúde, o que não significa que haja proscrito destas esferas a iniciativa privada.

O acesso à saúde também é um serviço público e não vem sendo prestado de forma plena e efetiva. O legislador constituinte avançou, no sentido de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e serviços, definindo as competências de regulamentação, fiscalização e controle dos mesmos para o Poder Público.

A CRFB/88 declara ser a saúde o direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, serviços e ações que são de relevância pública(arts. 196 e 197). O art. 196 e seguintes da CRFB/88 demonstram a importância maior que possui a saúde na qualidade de direito que é condição mesma para o exercício de outros direitos.

O legislador constituinte instituiu o Sistema único de Saúde, caracterizada pelos serviços públicos regionalizado. Nesse sentido, Moraes[134] elenca as seguintes diretrizes e preceitos:

> a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades,preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade; d) financiamento do Sistema único de Saúde, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes; f) liberdade na assistência à saúde para a iniciativa privada; g) possibilidade de as instituições privadas participarem de forma complementar do Sistema Único de Saúde, seguindo diretrizes deste, mediante contratop de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos; h) vedação à destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos;i) vedação à participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei.

Por fim, a edução e a saúde possuem eficácia na nossa constituição e a sua efetividade se mostra ser um grande desafio na sociedade de hoje e isso, consequentemente, faz com que o conceito de pobreza seja visto como algo extremamente negativo e associado ao crime ou a acomodação à miséria e a falta de acesso à saúde e a educação; enquanto que se houvesse a efetividade desses direitos o fato de um cidadão ser pobre não iria alterar em sua dignidade. A seguir abordaremos a relação do princípio da dignidade da pessoa humana com a busca pela efetividade dos direitos sociais.

2.7 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é inerente a toda e qualquer pessoa humana; todos são iguais em dignidade no sentido de que são sujeitos de direito[135].

---

[134] MORAES,Alexandre.**Direito constitucional.**São Paulo:Atlas,2000.p.593.

Conforme Garcia[136], a dignidade da pessoa não significa apenas o fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado, mas ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Todos os princípios são graduados conforme as circunstâncias do caso concreto e conforme já exposto não há princípios absolutos, entretanto esse princípio deve nortear a interpretação e aplicação dos direitos sociais.

A dignidade humana deriva do fato de que o ser humano é humano. Deriva de sua simples existência. Não há outros requisitos para ter direito à dignidade, basta ser humano. Herkenhoff[137] mostra que a idéia da dignidade humana já era presente nos mais remotos tempos da civilização, citando expressamente o antigo testamento, a antiga cultura persa e a china confuziana. Cretella explica:

> O *ser humano*, o homem, seja de qual origem for, sem discriminação de raça, sexo, religião, convicção política ou filosófica, tem direito a ser tratado pelos semelhantes como "pessoa humana", fundado-se, o atual Estado de direito, em vários atributos, entre os quais se inclui a "dignidade" do homem, repelido, assim, como aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que atente contra esse apanágio do homem[138].

---

[135] SARLET, Ingo. Dimensões da dignidade da Pessoa Humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 20.

[136] GARCIA, Marcos Leite. A construção histórica da distinção entre ética pública e moral privada e sua incidência no processo de formação do ideal dos direitos fundamentais: a contribuição de Christian Thomasius. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1488, 29 jul. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10192>. Acesso em: 3.12.2008.

[137] HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Academia, 1994. v. 1. p. 137-139.

[138] CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I. p. 139.

Sarlet atribui dimensões a esse princípio. A respeito da dimensão ontológica mas não necessariamente biológica da dignidade, o autor esclarece que:

> O reconhecimento da dignidade como valor próprio de cada pessoa não resulta, pelo menos não necessariamente (ou mesmo exclusivamente), em uma biologização da dignidade, no sentido de que esta seria como uma qualidade biológica e inata da natureza humana, geneticamente pré-programada, tal como, por exemplo, a cor dos olhos ou dos cabelos, tal como, entre tantos outros, bem o sustentou um Jurgen Habermas, consoante ainda restará melhor demonstrado no próximo item[139].

A construção de um conceito diante da lição de Sarlet se torna complexa, pois deveria estar além da biologização da dignidade.

A dignidade também possui um caráter cultural, pois é resultado de muitas gerações da humanidade, é a evolução e o aprimoramento da igualdade.

O Princípio da dignidade humana é previsto no Artigo 1º, inc.III da CRFB/88[140]. Embora a redação deste Artigo não destaque a importância da dignidade humana como por exemplo a constituição alemã[141], porque elenca a dignidade humana junto com outros fundamentos, dando assim a impressão, que a dignidade humana tem apenas a mesma importância como, por exemplo, a soberania, mesmo assim, o Princípio da dignidade humana deve ser um Princípio norteador. Em caso de colisão de Princípios, deve prevalecer o Princípio que melhor protege a dignidade

---

[139] SARLET, Ingo. Dimensões da dignidade da Pessoa Humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.22.

[140] **Artigo 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] **III** - a dignidade da pessoa humana;

[141] A constituição alemã (Grundgesetz) trata em todo 1º Artigo exclusivamente da Dignidade humana, iniciando a constituição alemã no inciso 1 do Artigo 1º destacando, que a Dignidade Humana é inviolável. Respeitar e protegê-la é a obrigação do poder estatal. (Tradução livre do autor). (No original: (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.) Só a partir do Artigo 23, o *Grundgesetz* define sobre a soberania. Assim no Grundgesetz a Dignidade Humana é mais importante de que a soberania.

humana. Existem três formas de colisão de Princípios, que envolvem o Princípio da dignidade humana.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é utilizado na maior parte das decisões judiciais, pois abrange muitos aspectos inerentes ao ser humano, destacaremos nesse item a relação desse Princípio com o direito à saúde e a educação.

É difícil atribuir um conceito objetivo ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois não se trata de aspectos específicos relativos a existência humana como por exemplo, o respeito, a vida e a propriedade, mas de um valor que identifica o ser humano como tal. Essa compreensão infelizmente não é satisfatória por ser extremamente ampla e se tivéssemos um conceito mais objetivo poderíamos torná-lo mais efetivo na nossa sociedade.

Entretanto, Sarlet entende que:

> Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos[142].

O grande problema é definir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, sendo que vivemos em um país multicultural e com valores diferentes.

---

[142] SARLET, Ingo. **Dimensões da dignidade da Pessoa Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p.37.

Em relação ao âmbito jurídico, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é muitas vezes aplicado de forma arbitrária e inconstitucional, nesse sentido Streck esclarece que:

> E é exatamente por isto que a afirmação "a norma é (sempre) produto da interpretação do texto", ou que o intérprete sempre atribui sentido (Sinngebung) ao texto", nem de longe pode significar a possibilidade deste- o intérprete- poder "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa", atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem "existência" autônoma)[143].

O fato de não dispormos de um conceito objetivo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não justifica a sua aplicação arbitrária; a interpretação deve estar condicionada a uma pré-compreensão que se tem acerca da Constituição, do constitucionalismo, da sociedade e da teoria do Estado[144].

Os conceitos do Princípio da Dignidade Humana aqui apresentados não têm a pretensão de serem absolutos e universais, pois vivemos em uma sociedade multicultural e o mundo também é composto de várias culturas com valores diferentes do modelo Europeu que adotamos. Por isso, não podemos ter a pretensão de elaborar um conceito universal de dignidade humana, impondo de forma leviana o nosso modelo ao mundo.

Mesmo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não é aplicado de forma absoluta, sua aplicação será conforme o caso concreto, mas sem arbitrariedade. Alexy ensina que:

> Por lo tanto, hay que partir de dos normas de la dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona. La relación de preferencia del principio de la dignidad de la persona con respecto a

---

[143] STRECK, Lenio Luiz.**Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 310.

[144] STRECK, Lenio Luiz.**Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 322.

> principios opuestos decide sobre el contenido de la regla de la dignidad de la persona. Absoluto no es el principio sino la regla que, debido a su apertura semántica, no necessita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante. El principio de la dignidad de la persona puede ser realizado en diferentes grados...Por eso, puede decirse que la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto[145].

A colisão se resolve pela ponderação no caso concreto, mas a lei da colisão, elaborada por Alexy diz , que se as condições em dois casos diferentes são iguais deve prevalecer em ambos os casos o mesmo princípio, porém se as condições concretas são diferentes pode prevalecer no conflito dos mesmos princípios o outro princípio.

Assim a solução da colisão de princípios se dá no caso concreto mediante ponderação. Como os princípios são "mandatos de otimização" devem ser aplicados, para melhor atender à necessidade da sociedade[146]. Para avaliar, qual princípio é, no caso concreto, o mais justo, utiliza-se o princípio da proiporcionalidade, como critério da ponderação.

Alexy indica três máximas em relação ao princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Adequação significa, que as medidas tomadas estão aptas para atingir o fim desejado. Necessidade significa verificar, se a medida tomada é a menos gravosa para alcançar os fins desejados e a proporcionalidade em sentido estrito é a análise se as vantagens superam as desvantagens[147].

---

[145] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Trad. Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.108-109.

[146] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Trad. Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.86.

[147] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Trad. Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.111-112.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio norteador das decisões judiciais, sejam elas trabalhistas, penais, civis ou outras, entretanto, a análise do caso concreto não significa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa [148] sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, não deve haver espaço para a arbitrariedade do juiz, deve-se interpretar conforme uma pré-compreensão principalmente dos princípios constitucionais.

As prestações positivas do Estado como a saúde e educação perdem a cada dia a sua efetividade por falta de soluções e alternativas para as colisões entre princípios constitucionais e a seguir será abordado essa temática.

2.8 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A CRÍTICA À REGRA HERMENÊUTICA DE ALEXY

A regra hermenêutica do princípio da proporcionalidade, proposta por Alexy, é criticada por Klaus Gunther a partir de um modelo de coerência normativa baseada na consideração de todas as circunstâncias do caso. Tanto Alexy quanto Gunther são procedimentalistas e portanto seguem a teoria discursiva de Habermas.

Klaus Gunther formulou uma distinção entre discursos de justificação e de aplicação de normas. Segundo o autor, o discurso de justificação diz respeito à elaboração de normas válidas, pautadas pelo princípio de universalização (U), que busca considerar os interesses de todos os possíveis afetados pela norma em discussão e é aplicado no momento de justificação de uma norma moral.

---

[148] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise.**Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.310.

Klaus Gunther utiliza uma história de Kant para explicar a norma universalmente válida:

> Um perseguido político em fuga da força policial prussiana adentra uma aula do famosos filósofo que o abriga emabaixo de sua mesa. Logo a seguir, os policiais entram em cena e o questionam sobre o fugitivo. Kant se vê diante de um dilema moral:diz a verdade e entrega o perseguido à cruenta polícia política ou mente e salva a vida de uma pessoa, transgredindo uma norma moral universal[149].

A partir dessa história, propõe a solução dessa situação ao elencar a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação. O discurso de justificação tem sua legitimidade derivada do imperativo de se considerar todos os interesses dos afetados pela norma em discussão. Esse discurso atende o critério da universalização este possui duas versões:fraca e forte.

A versão fraca é expressa por Gunther da seguinte maneira: uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um de forma individual. O autor, procura compensar a versão fraca do princípio da univerzalização, por meio do discurso de aplicação de uma norma válida[150].

Já a versão forte é esclarecida da seguinte forma: uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta

---

[149] MARTINS,Argemiro Cardoso Moreira;OLIVEIRA,Claúdio Ladeira de.**A contribuição de Klaus Gunther ao debate acerca da distinção entre Regras e Princípios**.Revista Direito GV**.**Volume2.Fundação Getúlio Vargas.2006.p.243.

[150] GUNTHER,Klaus.**Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e Aplicação.** Introdução à edição brasileira Luiz Moreira.São Paulo:Landy.2004.p.69.

norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente[151].

Nesse sentido, para Alexy, a prevalência de um princípio em relação a outro, só poderá ser analisada depois do evento, ou seja, a posteriori. Enquanto que para Gunther, o critério de universalização estabelece os critérios pelos quais se pode estabelecer uma prevalência de um princípio sobre outro a priori[152].

Para Gunther, o discurso de aplicação de normas frente a casos singulares é, antes de mais nada, uma forma de discurso e ele também é pautado pelos critérios da ética do discurso (assim como o formulado por Habermas).

Conforme Gunther, a questão de seleção dos fatos no processo de construção de uma decisão normativa deve se sujeitar a um critério racional de avaliação. A idéia de adequabilidade é o modo como o autor busca solucionar o problema da seleção arbitrária das características factuais no caso de aplicação.

Gunther explica a identidade entre a descrição normativa do fato e o conjunto de dados do caso não é suficiente para determinar o cabimento da norma prima facie aplicável, através do seguinte exemplo: um indíviduo faz a promessa de comparecer a festa de seu amigo Smith.

A norma prima facie aplicada ao caso é de que "promessas devem ser cumpridas". Entretanto, essa norma poderá ser afastada, caso a descrição completa da situação evidencie outros traços característicos, tais como:a) não foi feita nenhuma promessa a Smith; b) aquilo

---

[151] GUNTHER,Klaus.**Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e Aplicação.** Introdução à edição brasileira Luiz Moreira.São Paulo:Landy.2004.p.67-68.
[152] GUNTHER,Klaus.**Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e Aplicação.** Introdução à edição brasileira Luiz Moreira.São Paulo:Landy.2004.p.65-67.

que foi dito a Smith não se tratava de uma promessa efetiva, mas apenas de uma possibilidade remota; c) embora a promessa tenha existido, um outro amigo, Jones, se encontrava em dificuldades e precisava de ajuda no exato momento da festa.

Ou seja, a descrição completa do caso concreto poderá indicar outros traços característicos que habilitem a aplicação de outras normas válidas.

Nesse sentido, os traços característicos “a” e “b” geram dúvida sobre o cabimento da norma que assevera que as “promessas devem ser cumpridas”, pois buscam negar a existência de uma “promessa” original.

A hipótese “c” não nega a existência de uma promessa inicial, mas afirma a existência de um fato não previsto normativamente que pode desautorizar a aplicação da norma que prescreve que “promessas devem ser cumpridas” e ainda apresenta outro requisito de uma norma prima facie aplicável”não se deve negar auxílio a um amigo em dificuldades”. Trata-se de uma colisão de normas prima facie aplicáveis.

Nesse ponto, cabe destacar uma discordância entre Gunther e Alexy. Para esse, um conflito normativo deste gênero se soluciona através da ponderação de valores, enquanto que para aquele, não se trata de uma disputa entre valore, mas da determinação de uma norma mais adequada ao caso concreto, cuja determinação não passa pelo processo de ponderação de valores.

Na concepção de Gunther, não há como perceber na ponderação de valores um critério racionalmente verificável para determinar qual a norma adequada ao caso. Assim, utilizando o exemplo citado, da festa de Smith, conforme o critério da ponderação, o seu convidado estaria isento

de culpa, pois auxiliar um amigo em dificuldades é mais importante do que decepcionar Smith por não comparecer a festa.

A problemática desse tipo de solução é que ela substitui a lógica da aplicação pelo seu resultado, reduzindo a discussão ao que é melhor no caso e não ao que é normativamente devido. Isso faz interromper o processo de argumentação, introduzindo critérios materiais carentes de uma justificação adequada. Ajudar um amigo que esteja precisando é mais importante do que comparecer a uma festa porque, axiologicamente, simplesmente é assim. Um discurso de aplicação pautado pela imparcialidade deve rejeitar esse tipo de decisão.

A devida solução do conflito normativo deve ser buscada em um outro nível, que possibilite uma melhor fundamentação da norma aplicável ao caso. Segundo Gunther, um modelo mais apropriado seria a teoria da “integralidade” proposta por Dworkin.

Por derradeiro, Alexy estabelece uma distinção enre regras e princípios quanto à sua estrutura. Enquanto Gunther afirma que a estrutura de princípio e regra não mostra diferença, mas há uma distinção na aplicação dessas normas. Ou seja, para Gunther a diferença entre princípio e regra não se encontra na estrutura da norma como ensina Alexy, mas bem na sua aplicação.

A diferença entre Gunther e Alexy se concentra na discussão se a aplicação da regra hermenêutica do princípio da proporcionalidade é um procedimento racional ou não. Enquanto Alexy afirma sua racionalidade, Gunther baseado em Habermas a nega.

Entendemos correta a posição de Alexy, pois a ponderação segue regras claras- as máximas da proporcionalidade e é

fundamentada no caso concreto, pois a fundamentação da senteça é requisito obrigatório.

CAPÍTULO 3

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

No capítulo anterior foi elencado a eficácia dos direitos sociais e apontado critérios concernentes a sua interpretação e aplicação. Nesse capítulo será abordado a efetividade dessas normas programáticas e apontado soluções para sua aplicação em determinados casos concretos.

A constituição brasileira, como já analisado, proporciona a eficácia às normas programáticas e foi através dela que houve a consagração dos direitos sociais no Brasil. Entretanto, o problema está na efetividade dessas normas.

O estudo da efetividade dos direitos sociais implica o estudo de algumas categorias importantes, além das já abordadas nos capítulos anteriores, ao lado da democracia, as categorias de justiça social e bem comum devem ser analisadas. O estudo dessas categorias feito pelos operadores do direito faz com que se multiplique essa mentalidade voltada para não só para a delimitação do problema dessa temática, mas para o apontamento de soluções.

As decisões dos tribunais são também no sentido dessa mentalidade, ainda a ser desenvolvida com mais intensidade, de que há possibilidade da efetividade das normas programáticas.

Concorda-se com há impossibilidade de atender todas as demandas postuladas na justiça no sentido de prestações positivas do Estado, entretanto com uma mentalidade voltada para a democracia e para justiça

social e bem comum será possível buscar concretas soluções para esse problema.

3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS

O direito à saúde e à educação são elencados em muitas demandas judiciais, vejamos a seguinte jurisprudência do Estado de Minas Gerais em relação ao direito à saúde:

> Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. TRATAMENTO MÉDICO. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO. INTELIGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA, À SAÚDE E DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garante o DIREITO à SAÚDE, sob pena de, não o fazendo, compactuar com a dor e sofrimento de milhares de brasileiros, pobres e carentes que, ao buscarem, por falta de opção, tratamento no Sistema Único de SAÚDE, ficam à mercê de um sistema de SAÚDE precário e ineficiente que muitas vezes conduz à morte. Caso não fosse a intervenção do Poder Judiciário, o autor teria morrido, pois havia necessidade urgente de tratamento cirúrgico, conforme comprovam os documentos de f. 04/06 - TJ, e o Município de Carmo do Cajuru, por questões burocráticas, se recusava a dar-lhe o devido tratamento médico, ao argumento de que as cotas do município para colocação de stent já estavam esgotadas. A aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal não pode servir como subterfúgio para o descumprimento de POLÍTICAS PÚBLICAS que se correlacionam com a dignidade da pessoa humana, pois entre proteger a inviolabilidade do DIREITO à vida, que se qualifica como DIREITO subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República, ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, impõe ao julgador um só é possível opção: o respeito indeclinável à vida. (Precedente do STF: PETMC 1246/SC, relator Ministro Celso de Mello).

A prestação do direito à saúde é prejudicada pelo descumprimento de políticas públicas voltadas para a dignidade da pessoa humana, assim como para a democracia e por consequência para a justiça social e para o bem comum, ou seja, a mentalidade da sociedade é de que o cidadão pobre realmente tem que sofrer e está sujeito a má qualidade do

atendimento do SUS (Sistema Único de Saúde), que é visto como única a alternativa para população pobre.

Mentalidade essa totalmente absurda, pois o Estado deve proporcionar o acesso de qualidade à saúde, ocorre que o acesso já é tarefa árdua, pois o cidadão que se sente prejudicado deve postular na justiça algo que já teria direito, tudo em função da mentalidade acomodada da sociedade, administração da saúde em cada município por menor que seja deveria ser constantentemente fiscalizada com mais dedicação.

Outra questão, objeto de demandas judiciais em relação à saúde é o fornecimento de medicamento, direito esse garantido na nossa constituição, portanto não deveria haver a necessidade de buscá-lo na justiça. Entretanto, o Tribunal gaúcho confeccionou a seguinte jurisprudência:

> EMENTA: APELAÇÃO. ECA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO À SAÚDE. A Constituição Federal garante o direito à saúde aos cidadãos, com absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes. Não pode o Estado se negar a prestar tal atendimento, sob a alegação de que a norma constitucional deve ser efetivada com políticas públicas. Conjugando-se a já sedimentada idéia de dever discricionário e função jurisdicional com a principiologia vertida na Constituição Federal, dando prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente, sustenta-se que não há discricionariedade quando se trata de direito fundamental da criança e do adolescente (vida, saúde, dignidade). NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70016454662, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/11/2006)

A pergunta que se faz é: como o judiciário consegue atuar sem critérios voltados para a dignidade da pessoa humana? Decisões com esse teor confirmam a mentalidade errônea de se pensar que não há solução para a efetividade de normas de caráter “programático”.

Ainda em relação à saúde, o Tribunal do Rio Grande do Sul decidiu o seguinte:

E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO

> ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.

O Tribunal Catarinense decidiu:

> EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPRA DE MEDICAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DA UNIÃO E DO MUNICÍPIO COMO LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA DEMANDA CONTRA SOMENTE UM ENTE PÚBLICO, IN CASU, O ESTADO. DIREITO À SAÚDE CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DE FORNECER A MEDICAÇÃO. PRECEDENTES NESSE SENTIDO. REEXAME OBRIGATÓRIO DESPROVIDO. (Acórdão: Apelação Cível 2005.003613-4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA Relator: Vanderlei Romer Data da Decisão: 31/03/2005)

Os direitos sociais à saúde e educação são constantemente temas de demandas judiciais e sua interpretação e aplicação têm sido ainda tarefa árdua aos operadores do direito.

Entretanto, o direito à educação têm sido analisado com seriedade pelos Tribunais que não se contentam mais em atribuir decisões fundamentadas na reserva do possível e no sentido, que muitos manuais atribuem aos direitos sociais, como meros programas que talvez possam ser cumpridos .

O Tribunal do Rio Grande do Sul decidiu:

> **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DEVER DO ESTADO. INDISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. **Direito à educação**. Os entes federativos, cada qual em sua esfera, têm o dever de propiciar o acesso à educação. No caso, o Município tem o dever de assegurar o acesso à educação infantil. A educação é direito social, valor mínimo de uma sociedade que se pretende justa, livre e solidária, nos termos da Constituição da República. Direito, Política e Indisponibilidade Orçamentária. A falta de previsão orçamentária do estado para fazer frente às despesas com obrigações relativas à educação revela o descaso para com os administrandos e a ordem constitucional, e que não afasta ou fere a independência dos poderes. Princípio da Reserva do Possível. Em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada à criança e ao adolescente, a condenação dos entes estatais ao atendimento do direito fundamental à educação não representa ofensa ao princípio da reserva do possível. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70026104695, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 25/09/2008)

A efetividade do direito social à educação traz como consequência a efetividade do direito social ao trabalho, pois a criança que frequenta a escola será um adulto habilitado a enfrentar o mercado de trabalho e assim como os pais dessa criança podem trabalhar enquanto ela estuda. Entretanto, o grande obstáculo tem sido as vagas nos estabelecimentos de ensino, como se mostra na seguinte ementa:

> **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. ECA. EDUCAÇÃO. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À EDUCAÇÃO. A Constituição Federal, em seu art. 208, inciso IV, garante ao infante de até cinco anos o **direito à educação**, assegurando-lhe o atendimento em creche ou pré-escola. A Lei 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação, em seu art. 11, inciso V, atribuiu aos Municípios a competência para garantir a educação infantil. Presente, em tese, o direito subjetivo à educação, não prepondera o indeferimento liminar da medida protetiva ajuizada, devendo a ação prosseguir. Para tanto, impõe-se a desconstituição da sentença para retorno dos autos à origem visando o processamento regular do feito. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA)

> (Apelação Cível Nº 70025889700, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 22/10/2008)

Também nesse sentido:

> **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA PROTETIVA. **DIREITO Á EDUCAÇÃO**. VAGA EM SÉRIE DO ENSINO FUNDAMENTAL. GARANTIA FUNDAMENTAL. DIREITO SOCIAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM SENTIDO AMPLO. MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO. ARTS. 6º, 205, 208 E 211 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRECEDENTES. APELAÇÃO PROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70026659995, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vasco Della Giustina, Julgado em 19/11/2008)

Os Tribunais estão contribuindo para efetividade, a seguir iremos analisar a importância do papel do poder judiciário na concretização dos direitos prestacionais constitucionais.

3.2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS CONSTITUCIONAIS[153]

A Constituição brasileira propõe uma série de discussões judicais que gravitam em torno do tema: o conflito entre direitos individuais baseados no respeito à vontade humana e uma concepção comum e solidária de justiça. As decisões judiciais muitas vezes são no sentido de concretizar os direitos constitucionais, entretanto contra essas decisões está o interesse do congresso nacional eleito pela maioria e que portanto defende o interesse da maioria.

---

[153] APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

A idéia de democracia está associada ao exercício do poder político através de instâncias formais de representação, isso faz com que a cidadania seja formada apenas em seu aspecto funcional, ou seja, como um mecanismo através do qual se fará seleção dos representantes dos eleitores.

Nesse caso a democracia é vista como um mero regime de exercício do poder, ou seja, como uma mera opção política dos nacionais por um modelo que garanta ótimas decisões políticas com o menor investimento possível de recursos públicos, adota-se um critério formal-utilitarista de democracia.

Enquanto que a democracia substancial consiste no valor nuclear da constituição a partir da conjugação dos valores de cidadania e dignidade da pessoa humana. O critério formal de democracia se mostra insuficiente para a sociedade brasileira contemporânea, considerando que a complexidade das decisões sobre as políticas públicas produziu um ambiente exclusivo em que as relações entre governos eleitos e empresas privadas nunca foram tão próximas.

O cidadão (eleitor) nunca esteve tão afastado das decisões, isso porque a mídia influencia pela filtragem das notícias, pelas propagandas e pela linguagem utilizada que tem propositalmente o objetivo de fazer com que o cidadãos não compreendam.

O grande desafio encontra-se no seguinte questionamento: se na democracia realmente a maioria tem o direito de excluir a minoria e mantê-la afastada de seus direitos inatos e constitucionalmente garantidos à saúde, educação, lazer e trabalho? Pela constituição esse direito da maioria não é concedido, como se vê no fato do conteúdo da constituição ser construído a partir de decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade. Os juízes não-eleitos pelos cidadãos limitam a vontade de

governantes eleitos pela população assim como também podemos dizer que através das constituições vigentes a geração atual limita a liberdade das gerações futuras.

Além disso, a interpretação judicial de claúsulas constitucionais abertas pode provocar em alguns casos em injustiça, nas hipóteses em que a motivação da decisão do juiz se mostre insuficiente, assim como nos casos em que a motivação do ato é apenas aparente e tem a finalidade de esconder os verdadeiros motivos da decisão.

Não há dúvida de que em muitos dos casos os próprios membros dos demais Poderes exigem uma decisão do STF na qualidade de árbitro. Contudo, esta transferência das decisões políticas para o interior do Poder Judiciário esbarra, no caso brasileiro, na questão da legitimidade das decisões políticas, bem como na ausência de uma verdadeira Corte Constitucional que assuma o árduo encargo de ditar decisões políticas para o futuro do país.

3.3 A ATIVIDADE DO JUDICIÁRIO E SUA FUNÇÃO POLÍTICA[154]

O Poder Judiciário acaba assumindo a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e Executivo em face da constituição, seja na seara normativa, seja na seara administrativa, de forma a garantir uma ampliação no debate democrático sobre decisões que afetam todos os cidadãos.

A validade das decisões judiciais encontram o grande desafio do contexto histórico-social inerentes a um determinado momento e a intervenção judicial dependerá da capacidade de sua absorção pelos demais Poderes e pela própria população. Nesse sentido se uma determinada

[154] APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

sentença determina o pagamento de determinado medicamento a um cidadão implica intervir nos recursos de um determinado município, por exemplo.

O problema central dessa temática é o judiciário superar conflitos com os demais poderes e a função de definir os limites de sua própria jurisdição. O judiciário acaba assumindo um importante papel político de impor aos demais Poderes da República limitaçães na execução de projetos de governo, sob o argumento de que apenas estão interpretando os princípios e valores contidos na constituição.

Atualmente a governabilidade do país passa pelo judiciário, seja através das ações coletivas que visam impor ao Estado o cumprimento de seus deveres sociais. A posição dos juízes que consideram a possibilidade de substituição da atividade administrativa e legislativa pelo Poder Judiciário está amparada na constituição, dado seu conteúdo genérico que demanda a intervenção do intérprete.

Na sociedade brasileira existe uma tendência natural em concentrar no Poder Judiciário todas as expectativas no que tange à manutenção do regime democrático e das garantias individuais, através de verdadeira divinização das concepções morais e filosóficas dos juízes constitucionais. A função do judiciário consiste no controle da atividade dos demais Poderes que se encontrem vinculados às políticas públicas já previstas na constituição ou na lei.

Nesse sentido Appio[155] dispõe:

> A aceitarem um debate estritamente no nível político, os juízes passam a sofrer críticas diretas fundadas na ausência de legitimidade de suas decisões, tomadas no interior de um sistema político representativo, especialmente nos casos em que suas opções se revelam incorretas, quando então tem de assumir o ônus político e seus desacertos. As decisões políticas somente

[155] APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2005. p.74.

> seriam admissíveis em um sistema no qual os juízes fossem eleitos para mandatos fixos, ou seja, no qual pudessem ser politicamente responsabilizados por seus erros através de um controle regular pela sociedade.

Entende-se que realmente a função dos juízes do STF é no sentido de concretizar os direitos constitucionais, entretanto, na realidade as decisões formuladas por eles são mais voltadas para os interesses do governo em detrimento dos direitos sociais.

3.4 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E JUSTIÇA CORRETIVA

A efetividade dos direitos sociais através das demandas judiciais busca a concretização da justiça distributiva e corretiva, isso impõe uma discussão acerca desses conceitos.

Conforme a concepção aristotélica, a justiça corretiva buscará repor as partes à condição de igualdade que se encontravam antes da prática de um ato ilícito, enquanto que a justiça distributiva tem a finalidade de garantir um tratamento igual aos cidadãos iguais e desigual aos desiguais[156].

Motta[157], considerando a filosofia clássica da moral de Aristóteles destaca temas que julga essenciais: educação e razão. Considera que nenhuma sociedade humana evolui, do ponto de vista moral, se não se fundar na educação e na justiça. O homem, como ser social, gosta de viver em companhia de outros seres de sua espécie.

A história dos povos mostra que nenhuma sociedade se aperfeiçoa sem a educação. Motta[158] dispõe:

> O conceito de útil, em relação à educação, assume sentido social. Pela educação, o ser humano se constitui em agente

---

[156] APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p.57.

[157] SILVA, Moacyr Motta. **Direito, Justiça, virtude moral e razão Reflexões.** Curitiba: Juruá,2003.p.65.

[158] SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude Moral e Razão Reflexões.** Curitiba: Juruá, 2004. p.65.

> multiplicador de conhecimento. A temática da educação desenvolvida por Aristóteles, volta-se para os jovens. Ao legislador, teoriza Aristóteles, incumbe o dever político de criar leis destinadas à boa educação. O processo educativo, para o contexto estudado, constitui princípio de política pública da cidade. O legislador deve elaborar leis destinadas à educação. O filósofo teoriza que a educação deve ser igual para todos os membros da sociedade. A sociedade política precisa intervir no processo de educação do povo.

A educação é um dos meios de a sociedade conseguir realizar o princípio da igualdade e o princípio da justiça social[159]. Ou seja, um dos fundamentos do princípio da justiça social é a educação e o Estado deve imprimir a política da educação, para que se torne acessível a todos cidadãos, em igualdade de condições, de ensino e de aproveitamento.

Um dos obstáculos à efetividade do direito à educação está na falta de acesso à justiça. Muitas vezes, as minorias não têm acesso à justiça e por consequência o judiciário, nesses casos, não é impulsionado de confeccionar a Justiça corretiva, perpetuando-se dessa forma as mesmas injustiças praticadas pelo executivo,ou seja, má distribuição de recursos e exclusão social.

Nesse sentido Appio[160] dispõe:

> A promoção de ações coletivas em face do Estado para a defesa de direitos de natureza individual permitiria a privatização do Estado, ou seja, a orientação dos programas de governo – políticas públicas – de acordo com os interesses próprios de grupos organicamente bem representados, reprisando-se na esfera judicial as mesmas desigualdades de representação existentes na esfera parlamentar.

Não devem ser aceitas como normas válidas de comportamento políticas públicas que não possam ser sustentadas a partir de

---

[159] SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, Virtude Moral e Razão Reflexões.** Curitiba: Juruá, 2004. p.65.
[160] APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005. p.57.

princípios constitucionais utilizando critérios de Justiça distributiva, não são moralmente justificadas e, portanto não devem ser aceitas como normas válidas de comportamento[161]. Ou seja, o que não constar na constituição não é um direito moral e legalmente exigido, por exemplo o acesso gratuito à educação, entretanto, a constituição não especifica se trata-se ou não de ensino superior e se essa gratuidade refere-se a taxas de matrícula também.

O que não ocorre com o direito à saúde, por exemplo, se um cidadão postula na justiça uma vaga em um hospital público e isso se mostrar impossível diante da realidade desse hospital o Estado deverá providenciar essa vaga mesmo que seja em um hospital particular. Através da justiça distributiva se concretiza a justiça social, onde cada pessoa recebe o que lhe é devido.

Considerando uma concepção clássica, destacamos a filosofia de Platão que entende que a justiça equivale ao bem, no sentido da moral, em sua dimensão mais elevada e o objetivo central da sociedade política é a felicidade do homem e a justiça como bem moral constitui o meio para se alcançar a felicidade[162].

Segundo a filosofia de Platão, a justiça, como expressão da virtude política, define-se pela vontade da lei, por este entendimento representa a vontade do Estado. Ou seja, o Estado é o modelo de justiça e a lei, como expressão da vontade do Estado, fixa limites da justiça[163].

Por conseguinte, o conceito de justiça, conforme a filosofia de Platão envolve a força política que se funda na vontade do Estado. Entretanto, considerando uma concepção contemporânea, sabemos a

---

[161] APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p.57.
[162] SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, virtude moral e razão Reflexões.** Curitiba: Juruá,2003.p.45.
[163] SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, virtude moral e razão Reflexões.** Curitiba: Juruá,2003.p.45.

deficiência do Estado em efetivar os direitos e distribuir recursos e consequentemente proporcionar justiça social.

Em relação à justiça social, Pasold[164] destaca três pontos estratégicos:

a) a noção de justiça social não pode estar atrelada a esquemas fixadpos de antemão e com rigidez indiscutível.

b) O Estado não deve agir de forma protetora para com os privilegiados e não pode ser paternalista para com os necessitados.

c) a responsabilidade de concretização da justiça social na sua condição de destinação da função social deve ser partilhada por todos os componentes da sociedade.

Ou seja, cada sociedade conforme seu contexto social deve indicar e compor a função social de cada Estado. Essa função social somente será viável se o Estado observar os seguintes requisitos: prioridade para a efetividade de valores fundamentais do homem(saúde, educação, trabalho, liberdade, igualdade); ambiente político-jurídico de constante legitimidade, portanto, com prática permanente das medidas clássicas de legitimidade dos detentores de poder governamental e das ações estatais(isto é eleições diretas, secretas, universais e periódicas, plebiscitos, referendos).

Conforme Pasold[165]:

> O Estado deve ser um conjunto de atividades legítimas efetivamente comprometidas com uma Função Social, esta entendida como implicando em ações que- por dever para com a Sociedade- o Estado executa, respeitando, valorizando e envolvendo o seu Sujeito(que é o homem individualmente considerado e inserido na Sociedade), correspondentemente ao

---

[164] PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo.** Florianópolis: Estudantil,1988.p.87.

[165] PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo.** Florianópolis: Estudantil,1988.p.87.

> seu Objeto(conjunto de áreas de atuação que dão causa às ações estatais) e cumprindo o seu Objetivo(o bem comum ou interesse coletivo, fixado dinamicamente pelo todo social).

Somente o Estado assumindo a sua função social e encarado como instrumento de toda sociedade, e não apenas de segmentos privilegiados por motivos de ordem econômica, racial, social, cultural, religiosa ou ideológica.

3.5 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA[166]

3.5.1 A crise do Judiciário como obstáculo a ser superado pela efetividade dos direitos sociais

Ao lado do Estado, o judiciário e o acesso a ele são instrumentos para a concretização dos direitos sociais, diante de muitos obstáculos. A busca pela efetividade deve ter como norte eliminar os obstáculos e julgamos como o principal a crise da justiça a ser superada.

Em primeiro lugar, a atividade judiciária deve adequar-se à evolução da sociedade, ocorre que a problemática encontra-se na grande disparidade entre as mudanças na sociedade e a morosidade da justiça; fato esse que deve ser motivo de preocupação de todos operadores do direito e cidadãos.

Sabemos que a justiça nunca poderá ter a celeridade que os demandantes desejam na sua ansiedade por uma decisão, entretanto, a forma como se faz justiça deve ser modificada, não necessariamente implicando em sua velocidade que se mostra impossível

---

[166] CAPPELLETTI,Mauro. GARTH,Bryant. Tradução:Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à justiça.**Porto Alegre: Fabris,1988.

Vidal[167] aponta algumas medidas que podem contribuir com o aceleramento da justiça e têm sido utilizadas nas legislações européias:

a)Discriminação de condutas de menor censura social, transferindo o sancionatório da área penal para o confronto civilista ou para o munus administrativo.

b) Incrementação dos tribunais arbitrais, dotando-os de uma arquitetura mais operacional.

c) Instalação dos juízos de paz, onde se solucionaria a maior parte das bagatelas penais e as pequenas questões cívesis por acordo das partes.

d) Simplificação processual, tanto no foro penal como no civil.

e) Adoção de tecnologias simplificadoras.

f) Criação de incentivos à produtividade para magistrados e funcionários;

Com isso, o judiciário filtraria as questões irrelevantes e assumiria o papel social de realizar o direito, mas é necessário que esse trabalho seja em conjunto com o Estado e com os demais operadores do direito. Nesse sentido, o advogado, por exemplo, tem o papel de demonstrar e indicar ao juiz indícios de que o direito à saúde, pode ser concretizado conforme as circunstância de determinado caso concreto[168].

Ou seja, o advogado tem a função de construir a possibilidade de efetividade dos direitos sociais e o juiz de ponderar diante as circunstâncias apresentadas a decisão mais adequada. O grande obstáculo

---

[167] VIDAL,José Marques. **Justiça em crise?** Lisboa: Quetzal, 2004.p.19.
[168] VIDAL,José Marques. **Justiça em crise?** Lisboa: Quetzal, 2004.p.19-22

dessa temática, é o fato de ambos confeccionar sua atividade pautada na efetividade, mas o Estado não corresponder essa efetividade, utilizando o acomodado argumentado de falta de recursos[169].

Essa argumentação deve ser superada na medida de que todos os operadores do direito se envolvam na busca pela efetividade dos direitos sociais e na medida do possível apontar alternativas para determinado caso concreto. O advogado não deve se limitar as postular direitos e o juiz se limitar as decidir e o Estado se limitar em recusar os direitos que implicam em prestações positivas[170].

A concretização da efetividade se mostra uma tarefa árdua, mas possível se assumirmos o papel de "agentes' da efetividade dos direitos sociais, com isso o Estado ficará sem a acomodada alternativa de se recusar-se a distribuir seus recursos de forma adequada atingindo todos os cidadãos.

3.5.2 O acesso à justica e os obstáculos a serem superados[171]

O acesso efetivo à justiça é um direito social básico, ao lado da saude e educação. Questiona-se sobre quantos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados e a identificação desses obstáculos, que é a primeira tarefa a ser cumprida.

Os litigantes além de tolerar que o Estado despenda grande numerário aos juízes e auxiliares, além de proporcionar os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos necessitam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e custas judiciais.

---

[169]VIDAL,José Marques. **Justiça em crise?** Lisboa: Quetzal, 2004.p.20.
[170] VIDAL,José Marques. **Justiça em crise?** Lisboa: Quetzal, 2004.p.20.
[171] CAPPELLETTI,Mauro. GARTH,Bryant. Tradução:Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à justiça.** Porto Alegre:Fabris,1998.p.15-31.

É evidente que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devem suportá-los constituem uma importante barreira ao acesso à justiça. Outra questão, já discutida no tópico anterior, é o tempo, a morosidade da justiçae acaba sendo para muitas pessoas uma justiça inacessível.

A possibilidade das partes é o ponto nuclear quando se cogita da denegação ou da garantia de acesso efetivo. Podemos apontar como hipótese os recursos financeiros.

Entretanto, o fato de proporcionar procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração não pode resultar em um produto de má qualidade, esse risco nunca pode ser esquecido. O objetivo não é confeccionar uma justiça mais pobre, mas torná-la acessível a todos inclusive aos pobres.

A realização da igualdade perante a lei de forma efetiva, não apenas formal, é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior qualidade do aquele que dispomos atualmente.

Os cidadãos que possuem recursos financeiros têm mais vantagens ao propor ou defender demandas, pois podem pagar para litigar e suportar as delongas que o litígio implica. Ou seja, o acesso efetivo à justiça implica gastos e isso se torna mais um obstáculo.

Outro obstáculo ao acesso efetivo à justiça é a falta de capacidade de reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa, nosso país não tem a cultura voltada para cidadania, grande parte da população não tem consciência dos seus direitos como cidadão, ou seja, a justiça acaba sendo algo totalmente estranho e muitas vezes assustador. Atribui-se, na

nossa cultura, uma figura do advogado negativa, desmerecedor de confiança, isso faz com os cidadãos se afastem do acesso efetivo à justiça.

Há posições básicas, no mundo Ocidental, em relação à solução prática para esses problemas do acesso à justiça, tendo início em 1965. A primeira delas, é assistência judiciária para os pobres, ou seja, proporcionar serviços jurídicos para os pobres, isso porque na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial e muitas vezes indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentais.

Outra posição seria o advogado remunerado pelos cofres públicos, que tem o objetivo de utilizar o dinheiro dos contribuintes de modo a obter a melhor relação custo-benefício.

Muitas medidas foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de assistência judiciária, consequentemente as barreiras ao acesso à justiça começaram a ceder, os pobres estão obtendo assitência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus.

Por conseguinte, a assistência judiciária baseia-se no fornecimento de serviços jurídicos relativamente caros, através de advogados que normalmente utilizam o sistema judiciário formal. Entretanto,para obter os serviços de um profissional altamente treinado é necessário pagar, sejam os honorários atendidos pelo cliente ou pelo Estado.

Outro grande esforço para melhorar o acesso à justiça é o desafio da superação do problema da representação dos interesses difusos, denominados de interesses coletivos ou grupais. Isso porque a visão individualista do devido processo judicial está se fundindo com uma concepção

social e coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos”.

Além disso, a dificuldade de acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça vem sendo outro obstáculo. O progresso na obtenção de reformas de assistência jurídica e da busca de mecanismos para proporcionar um significativo acesso à justiça já foi um grande empasse gradativamente superado.

Os programas de assistência judiciária estão finalmente tornando disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus serviços e estão cada vez mais tornando as pessoas conscientes de seus direitos. Ou seja, tem ocorrido o progresso no sentido de reivindicação dos direitos.

Em que pese a importância dessas reformas não devem nos impedir de enxergar os seus limites. O novo enfoque de acesso à justiça deve ter um enfoque muito mais amplo, incluindo a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos.

A missão de verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los se mostra ser um grande desafio. O enfoque de acesso à justiça pretende levar em consideração todos esses fatores e há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo de hoje.

A busca pela reforma de tribunais de pequenas causas considera um componente importante, nesse caso, o desejo de instalar tribunais para as pessoas comuns e suas demandas. A tendência recente de instalar tribunais de mediação destinados a causas pequenas, como de

pequenos danos à propriedade, que ocorrem entre indivíduos em qualquer agrupamento.

Ou seja, a finalidade principal seria criar um órgão acolhedor para as pessoas comuns sujeitas a conflitos relativamente insignificantes e que eles nem podem solucionar sozinhos, nem teriam condições de trazer ao exame dos tribunais regulares. Seria tribunais de vizinhança ou sociais para solucionar divergências na comunidade. Com isso, os demais tribunais poderiam ficar menos soberbados de demandas pequenas e se dedicarem a demandas com mais relevância social.

Há também a necessidade de mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos. Um enfoque, cada vez mais evidente, nos procedimentos especializados consiste em desenvolver substitutos mais especializados e menos dispendiosos que os advogados individuais.

Simplificar o Direito seria outra forma de favorecer a acessibilidade à justica. Isso porque nosso Direito, as vezes, é tão complicado e na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns.

No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico.

3.5.3 A justiça e a exigência de igualdade no sistema jurídico brasileiro

Não há dúvida no que tange a exigência geral indiscriminada de que todos sejam tratados de maneira igual, entretanto o que se questiona é se tal exigência é uma questão de interpretação, uma formulação meramente ideológica e juridicamente vazia ou se é possível atribuir um significado específico utilizando como base um fundamento não histórico.

A situação é distinta se essa exigência é submetida a um conteúdo especial, por exemplo, igualdade não obstante as diferenças de sexo e de raça. Tal exigência tem um significado. Proíbe que as leis que regem o status jurídico de uma pessoa imponha critérios determinados pelo sexo ou pela raça. Nesse caso, segundo as circunstâncias , podem surgir problemas de interpretação referentes ao exato alcance da proibição.

Alguns exemplos podem ilustrar essa temática. Algumas constituições expressam na forma específica que todos os cidadãos são iguais diante da lei. Tais claúsulas parecem estar desprovidas de significado específico.

Parece que só podem significar que a lei, segundo seu conteúdo, deve aplicar-se sem consideração as pessoas, ou seja, a lei vale por si só ou que a lei não deve basear-se em distinções ou características que sejam consideradas irrelevantes ou injustas, mas tal proibição de leis injustas não tem significado preciso, visto que injustiça, nesse contexto, é a expressão de um prejuízo emocional que não pode ser definida mediante critérios objetivos.

É presumível que as cláusulas desse tipo podem ser explicadas histórica e ideologicamente como uma reação contra um direito anterior, na qual certos grupos, como a nobreza, tem privilégios frente a possibilidade de ser demandados. É possível compreender segundo as

circunstâncias, com fundamento histórico, como que proíbem a reimplantação de tais privilégios.

Se a exigência de igualdade é qualificada mediante uma referência a critérios definidos que não podem ser usados para introduzir discriminações, então, pelo contrário, a cláusula tem um significado tangível. Exclui a presença de tais critérios em legislação ordinária.

As vezes se estabelece um princípio abstrato de igualdade como um guia para a admistração no exercício de sua discrição. A princípio não contém nenhuma norma material para o exercício da discrição, se não que expressa unicamente uma exigência formal, a saber, que a decisão seja feita sobre a base de valorações e considerações gerais e não em forma arbitrária.

Se se diz que a exigência de igualdade não deve ser tomada em sentido formal, se não que o fator decisivo é se a limitação tem lugar de acordo com características distintivas que estão bem fundadas, que são razoáveis ou justas, isto quer dizer que a idéia de igualdade se atenua por uma referência ao que se considera justo segundo uma opinião subjetiva e emocional. Tal princípio não é um princípio autêntico, se não o abandono de todo intento de análise racional.

3.5.4 A realização das normas programática através da sentença ferenda[172]

Até agora a política jurídica tem sido principalmente considerada como política legislativa. Mas o direito não é criado unicamente pelo legislador.

---

[172] ROSS,Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia.** Buenos Aires:Eudeba, 2005.

Toda a administração da justiça contém um ponto de decisão que vai mais além da atividade intelectual. A decisão judicial, entretanto, é menos livre que a decisão legislativa. A autoridade que administra o direito, em particular o juiz, se sente obrigada pelas palavras da lei e as outras fontes do direito. Entretanto, estas sempre estimulam a interpretação, e a norma jurídica concreta na que se traduz a decisão, é sempre criação, no sentido de que não é uma mera derivação lógica de regras dadas.

Sobre a base desses fundamentos, a política jurídica não só cumpre o papel de guia para o legislador, se não também o de guia para as autoridades que administram o direito, em particular os juízes. Esta forma de política jurídica é a que aparece na contribuição que a doutrina faz a interpretação.

Demonstrou-se antes de que maneira especial as considerações jurídicas teoréticas se confundem com as considerações jurídicas políticas. De acordo com as premissas de atitudes adotadas, a interpretação doutrinária pode ser uma afirmação teorético-jurídica sobre a maneira como tem que reagir os tribunais com toda probabilidade, ou um conselho jurídico-político que indica o juiz como deve reagir.

Em relação à fundamentação teorética da política jurídica; toda a política cientificamente fundamentada(tecnologia) é teoria aplicada, e por isso surge um questionamento: que conhecimento teorético é aquele que encontra aplicação na política jurídica?

O que faz a política jurídica no sentido estrito, o conhecimento que encontra a aplicação aqui é o conhecimento sociológico-jurídico da conexão causal entre a aprovação das normas e a conduta humana; o conhecimento de como é possível estimular na conduta humana mediante o mecanismo jurídico, que está determinado pelas normas.

O conhecimento relevante pra a política jurídica em sentido estrito se ocupa de problemas tais como, por exemplo, os seguintes: que influência tem a formulação de normas relativas a danos e prejuízos sobre a prudência que a gente observa em situações diversas? Que papel desempenham, em relação a isto, as facilidades para obter um seguro que cubra o risco de responsabilidade? Que importância tem as normas que regulam as hipotecas e outras instituições de garantia, respeito do crédito e o comércio? Qual é a influência do sistema de compra-aluguel sobre as disponibilidades financeiras da gente, e em que medida constitui uma tentação para atos delitivos?

Em princípio, a resposta a perguntas desse tipo esta teoreticamente baseada na sociologia jurídica. Mas, hoje em dia não existe uma sociologia jurídica que seja uma ciência sistemática, apoiada em investigações metódicas; em todo caso, tal disciplina só está em suas origens. O jurista se conduz sua atividade com conhecimentos obtidos da experiência comum da vida, complementados como dados estatísticos mais ou menos casuais.

Isso explica porque na argumentação político-jurídica a hipótese e o cálculo vago substituem o conhecimento exato. O enunciado seguinte sobre a responsabilidade pelos danos, é um exemplo típico de inexatidão que com frequência temos que aceitar, incluindo problemas de fundamental importância, no âmbito da sociologia jurídica.

É muito provável que a adoção de uma regra jurídica no sentido de que a indenização de danos seja paga pela pessoa que lhes tenha causado com sua conduta irresponsável, contribuirá em manter a atitude geral de que é obrigatório proceder com cuidado e respeito aos demais.

Ademais, é concebível que a medida(um seguro geral de responsabilidade) se traduzirá em um perigoso relaxamento do cuidado

ordinário. Porém no presente estado do direito, no que o seguro de responsabilidade é normalmente voluntário e portanto não todo o mundo o contrata, muita gente opina que o mesmo tem conduzido a um relaxamento da prudência. Outros, entretanto, estimam que o seguro só influencia sobre a prudência em escassa medida, e não é fácil descobrir quem tem razão.

Com frequência o político jurídico não exibe tanta honestidade e atenção, se não que atribui a suposições vagas uma certeza que esta não tem direito a reclamar.

Construir uma sociologia jurídica científica é uma tarefa urgente e difícil. Teria que estar formada, primeiro, por uma parte básica geral que, apartir de um sistema jurídico particular e de um meio social específico, estudaria a mecâncica geral de motivos cujo o meio o direito influencia a conduta dos homens, e, logo, por uma parte técnica ou aplicada que, tendo em vista problemas práticos, estudaria correlações concretas.

Se essa tarefa não for cumprida, o político-jurídico terá que seguir com um conhecimento nebuloso e parcial derivado da experiência ordinária e da familiaridade profissional com os fenômenos do direito em ação.

Enquanto a política jurídica em sentido amplo, é desnecessário assinalar que, para obter o conhecimento indispensável, o jurista tem que recorrer aos ramos da ciência, particularmente a economia, que são relevantes aos fins de cálculo dos efeitos de amplo alcance de certas medidas legislativas. Em geral, será conveniente que consulte a expertos do campo particular, posto que é perigoso informar-se unicamente em livros em um campo profissional em que não se está especializado.

Por conseguinte, a atividade de pesar considerações e formular a decisão não se baseia em conhecimentos teoréticos, se não em uma habitação que tem que ser desenvolvida pelo treino, ou seja, pelo

exercício, e para qual a familiaridade com a tradição jurídica e a substância do direito são importantes.

O princípio da pureza da ciência exige que toda diretiva política expresse os objetivos e atitudes que são aceitas como as premissas hipotéticas que guiam as investigações teoréticas e as conclusões práticas. Ademais, se a linha de ação política há de ser aceita por aqueles a quem aponta, estas premissas emocionais devem ser eleitas com objetividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa permitiu a confirmação das seguintes hipóteses:

Há a possibilidade de efetivar os direitos sociais, denominados de normas programáticas, detentores de eficácia. As normas programáticas não são meros programas, pois essas normas devem ser realizadas, ou seja, efetivadas. O sentido constitucional dessas normas deve ser objetivando uma interpretação de maior grau possível de efetividade.

Se houver colisão de direitos sociais, esses devem ser ponderados conforme o caso concreto.

Além disso, a presente pesquisa permitiu inferir, que:

a) A solução da colisão de Princípios se dá no caso concreto mediante à ponderação. Como os Princípios são "mandados de otimização" devem ser aplicados, para melhor atender à necessidade da

Sociedade[173]. Para avaliar qual Princípio é, no caso concreto, o mais justo, utiliza-se o Princípio da proporcionalidade, como critério da ponderação[174].

A ponderação é feita pelo Princípio da proporcionalidade[175], e este contém três máximas, que sempre devem ser observadas. Estas máximas são, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[176]. Adequação significa que as medidas tomadas são aptas para atingir o fim desejado. Necessidade significa verificar, se a medida tomada é a menos gravosa para alcançar os fins desejados, e a proporcionalidade em sentido estrito é a análise se as vantagens superam as desvantagens[177].

b) Embora não se possa estabelecer critérios materiais para a ponderação da colisão de Princípios, é possível apresentar argumentações a favor ou contra um Princípio em caso de colisão. Assim, pode-se discutir academicamente, por exemplo, qual Princípio deve prevalecer no caso de colisão do Princípio de direito à saúde e do direito à educação, nos casos de se postular medicamentos do SUS. Não se pode definir de antemão que sempre deve prevalecer um Princípio, porque pode haver exceções não

---

[173] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte.** 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p.84.
[174] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte.** 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 100.
[175] Alexy destaca que o "Princípio" da proporcionalidade não é um Princípio, porque não é ponderado contra outro Princípio. Suas máximas não serão ponderadas, para ver qual Princípio é mais adequado ou necessário. Ou a ação ou omissão pretendida em base de um Princípio é adequado e necessário, ou não o é. Se não for, não há colisão de Princípios. Assim as máximas da proporcionalidade só admitem cumprimento por completo, portanto, são consideradas regras. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 100. No original: "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird häufig `Verhältnismässigkeitsprinzip genannt. Es handelt sich bei Ihm jedoch nicht um ein Prinzip im hier erläuterten Sinne. Die Geeignetheit, Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne werden nicht gegen etwas anderes abgewogen. Sie haben nicht das eine Mal den Vorrang und das andere Mal nicht. Vielmehr wird gefragt, ob die Teilgrundsätze erfüllt sind oder nicht, und ihre Nichterfüllung hat die Rechtswiedrigkeit zur Folge. Die drei Teilgrundsätze sind also als Regeln einzustufen". Tradução: A máxima da proporcionalidade costuma ser chamada de `Princípio da proporcionalidade´. Porém não se trata de um Princípio no sentido aqui exposto. A adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito não são ponderados contra algo diferente. Não tem uma vez precêdencia e outra vez não. O que se pergunta é, se as máximas parciais são cumpridas ou não e seu não cumprimento tem como conseqüência a ilegalidade. Portanto, as três máximas parciais devem ser consideradas regras. (Tradução livre do autor).
[176] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte.** 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 100.
[177] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte.** 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001. p. 100-104.

previsíveis, porque pelas previsíveis, poder-se-ia formular uma regra de exceção. Também não se pode estabelecer critérios materiais pelas quais se possa resolver o caso. Mas o que se pode fazer é dar argumentações, por que um dos Princípios deveria prevalecer, nos casos hipotéticos analisados.

c) O direito à saúde e o direito à educação devem ser interpretado como garantia da proteção da dignidade da pessoa humana. Esta garantia da proteção da dignidade da pessoa humana é um direito fundamental.

d) O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve ser o princípio norteador das decisões judiciais e das formulações propostas no judiciário.

e) Não há Democracia substancial sem a concretização dos direitos sociais, pois o papel da Constituição não se limita apenas a prometer programas modernos, mas deve constituir; deve efetivar seus textos constitucionais.

f) Uma elemento da realização da Democracia substancial é a justiça distributiva que tem a finalidade de garantir um tratamento igual aos cidadãos iguais e desigual aos desiguais.No que concerne ainda, à realização da Democracia substancial, uma consequência é a justiça social.

Finalmente, com base na presente pesquisa conclui-se, que a Efetividade dos Direitos Sociais é possível diante de uma interpretação e aplicação adequada pelos intérpretes. Esta efetividade está atrelada a uma interpretação, não muito confortável, pois é voltada para a ponderação conforme o caso concreto e isso implica a análise de muitas circunstâncias de cada caso, entretanto, isso é possível conforme a regra hermenêutica proposta por Alexy. Em que pese, não haja princípio absoluto, o Princípio da Dignidade

da Pessoa Humana deve nortear a interpretação e aplicação dos Direitos Sociais. Assim, o intérprete desfrutará da regra hermenêutica de Alexy, que propõe a ponderação conforme o caso concreto, mas essa ponderação sempre deverá visar a concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** Tradução da 1. edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título Original: Dizionario di filosofia.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Trad. Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte.** 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001.

ANDERSON,Perry. **As Afinidades de Noberto Bobbio.** Tradução:Heloísa Jahn. In: **Novos Estudos CEBRAP,** São Paulo, n.24, p.21-22,jul.de 1989.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas.** 3ª edição.Rio de Janeiro: Renovar,1996.

BOBBIO, Noberto. Democracia. *In:* Bobbio, Noberto et al (org). **Dicionário de Política**. Tradução:Carmen C. Varriale et al. 5ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília(Edub), 2000.1v. Dizionario Di Politica.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade.** Para uma teoria geral da política. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BOBBIO, Noberto. **O Futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra,2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13 edição. São Paulo:Malheiros,2003

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20ªedição. São Paulo: Malheiros, 2007.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk.**O Diálogo Democrático. Alain Touraine, Noberto Bobbio e Robert Dahl.** Curitiba:Juruá.2006. p.221-222.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito.** 1ªedição.Curitiba:Juruá,2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª edição. Coimbra:Livraria Almedina, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI,Mauro. GARTH,Bryant. Tradução:Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à justiça.** Porto Alegre:Fabris,1998.

CARDIM,Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil um retrato intelectual.** Brasília:Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional.** Curitiba:Juruá, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional.**2ª edição. Curitiba:Juruá, 2006.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia.** Tradução: Beatriz Sidou.Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e Aplicação.** Introdução à edição brasileira Luiz Moreira.São Paulo:Landy.2004.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia.** Vol. 2. Rio de Janeiro:Tempo Brasil, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Academia, 1994. v. 1.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução: Luís Afonso Heck.Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Editor.1998.

KÖHN, Edgar. Princípios e regras e sua identificação na visão de Robert Alexy. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, nº 188. Disponível em:<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1440> Acesso em: 11 ago. 2008.

GARCIA, Marcos Leite. A construção histórica da distinção entre ética pública e moral privada e sua incidência no processo de formação do ideal dos direitos fundamentais: a contribuição de Christian

Thomasius. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1488, 29 jul. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10192>. Acesso em: 3.12.2008.

MARTINS NETO, J.P. **Direitos fundamentais:** conceito,função e tipos. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira;OLIVEIRA,Claúdio Ladeira de. **A contribuição de Klaus Gunther ao debate acerca da distinção entre Regras e Princípios**.Revista Direito GV**.**Volume2.Fundação Getúlio Vargas.2006.

MELO, José Eduardo Soares de. **Interpretação e integração da legislação tributária**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. ref. amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas Procedimento.** Tradução: Erica Hartmann.1ª edição,Curitiba:Juruá,2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2000.

NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal.** Renovar: Rio de Janeiro, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional.**Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora - co-edição OAB Editora, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo.** Florianópolis: Estudantil,1988.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las Generaciones de Derechos Humanos, In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales n 10 (1991).

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967.** Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais,1967.

PRIETO SANCHIS. Luis. **Ley, princípios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. Título original: On law and justice.

ROSS,Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia.** Buenos Aires:Eudeba, 2005.

ROUSSEAU,Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou princípios do direito político.**Tradução: Lourdes Machado. São Paulo: Abril Cultural,1983.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil.** Rio de Janeiro:Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade da pessoa humana.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Madrid: Alianza Editorial,1982.

SINGER, Paul. **A cidadania para todos.** In Pinky, Jaime: Pinsky, Carla Bassenazi (org). História da cidadania. SP: Contexto, 2003.

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

SILVA, José Afonso Da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 6ª ed. São Paulo:Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional.**28ª ed.São Paulo:Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19ª ed.São Paulo:Malheiros, 2000.

SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, Justiça, virtude moral e razão Reflexões.** Curitiba: Juruá,2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre:Livraria do advogado, 2004.

TOCQUEVILLE Aléxis de. **A Democracia na América.** Tradução de J.A.G Alburquerque. São Paulo: Abril, 1985.

TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Tradução:Guilherme Teixeira. Petrópolis:Vozes,1996.

VIDAL,José Marques. **Justiça em crise?** Lisboa: Quetzal, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil.** São Paulo: Acadêmica, 1989.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil:** ley, derechos justiça. Tradução de Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. Título original: Il Diritto mitre.

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