THIAGO DOS SANTOS ACCA

**UMA ANÁLISE DA DOUTRINA BRASILEIRA
DOS DIREITOS SOCIAIS:
SAÚDE, EDUCAÇÃO E MORADIA ENTRE OS ANOS DE 1964 E 2006**

(DISSERTAÇÃO DE MESTRADO)

Orientador

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
São Paulo – 2009

Agradecimentos

O resultado de um trabalho como este se deve não só a um preparo intelectual, mas também a um equilíbrio emocional e a um nível de bem-estar mental e espiritual que não pode ser creditado apenas a mim. Muito pelo contrário, o conhecimento é coletivo, assim como a nossa estruturação como ser humano. Esse é o momento de agradecer de modo sincero alguns daqueles que tornaram este trabalho e este acadêmico possíveis.

O sonho do mestrado teve início com minha professora Clara Koshiba. Sem ela estou certo de que não teria o mesmo incentivo para conseguir suportar todas as intempéries pelas quais passei ainda quando adolescente. Clara, então minha professora de história no ensino fundamental e, depois, no ensino médio, foi a primeira alma gentil que me orientou a jamais parar de estudar. Sem titubear disse-me que deveria continuar com meus estudos até a pós-graduação. A beleza de vê-la dedicando-se à docência mesmo diante de todas as dificuldades de uma escola estadual, tocou-me e transformou-me em alguém mais obstinado. Agradeço por sua amizade, seu carinho e seu amor. Sua presença e sua influência estarão sempre em mim.

Agradeço ao meu irmão, Rogério Acca, pelas horas de companheirismo, pelas andanças, pelos passeios, pelos debates acadêmicos, pelas conversas madrugada adentro ao som dos mais diversos estilos musicais. Valeu, cara!

Pela primeira monitoria em direito constitucional, agradeço ao professor Virgílio Afonso da Silva.

Por escutar-me em momentos sensíveis e pelo empréstimo de sua biblioteca, agradeço ao professor Oscar Vilhena.

Pela amizade, pelas longas horas de almoço e jantar, pelas conversas sem fim, pela compreensão, pela ajuda e auxílio, pelas discussões, pelas caronas, pelos momentos atenciosos quando mais precisei, agradeço aos meus amigos Thiago Marrara, Thiago Lobo Bianconi, Roberta Pachota, Elizabeth Fernandes, Mariana Macário, André Payar, Flávia Iglézias, Natasha Caccia, José Garcez Ghirardi.

Agradeço ao meu amigo Rafael Mafei por ter me auxiliado no início da carreira docente. Não sei como, mas ele conseguiu ser extramente paciente quando dias antes de entregar este trabalho lhe desferi uma série de questões inoportunas.

Pela paciência com um colega tão impertinente, agradeço às pesquisadoras da DIREITO-GV Luciana Ramos, Juliana Bertin, Ligia Pinto, Ieda Lima, Ana Mara Machado e Vivian Schorscher.

Agradeço aos meus pais e a minha irmã pela dedicação a mim.

Agradeço ao pequeno ser celestial Flávia Scabin. Decididamente uma alma feita com o sumo doce da vida. Uma mulher extremamente sensível, arguta, perspicaz, inteligente que domina e transita com facilidade por áreas como o direito constitucional, os direitos fundamentais e a ciência política. Em vários momentos ouviu-me com paciência e impaciência criticando-me com seu rigor peculiar. Esse trabalho tem seus dedos, suas mãos e seus pés. Eu só tenho a agradecer a sua resignação em me perder em momentos preciosos para tela de um computador ou para a leitura de vários livros e artigos. Sem sua presença constante em minha vida meu mundo não teria o mesmo sabor, odor e musicalidade.

Agradeço a José Reinaldo de Lima Lopes. Mais que um orientador, meu mentor, meu colega, meu amigo. Tenho orgulho em dizer que sou discípulo não apenas de um homem que dedicou a sua vida a academia e a toda uma geração (que por acaso é a minha), mas, para muito além disso, um ser humano de alma colorida. Seus vastíssimos conhecimentos em história do direito, teoria do direito, doutrina jurídica, bem como seus artigos memoráveis sobre direitos sociais e formas de adjudicação de conflitos distributivos publicados em meados da década de 90 (agora reunidos em um livro), os quais trazem, para o cenário nacional, questões inéditas que até hoje ainda são pouco exploradas por outros autores, fizeram de mim muito do que sou hoje. Agradeço também a José Reinaldo a confiança depositada em mim ainda quando estagiário da DIREITO-GV. Foi a primeira pessoa a realmente apoiar e incentivar meu lado acadêmico. Devo muito a ele por ter alterado os rumos da minha vida. Em momento de profunda confusão e tristeza trouxe-me luzes e mostrou-me com clareza para onde deveria seguir.

Por fim, gostaria de agradecer à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) pela bolsa de mestrado concedida.

SUMÁRIO

Introdução	5
1. Tema, problema e hipótese	5
2. Justificativas.....	8
2.1 Direito à saúde, educação e moradia.....	8
2.2 Qual é a melhor terminologia: doutrina, dogmática ou ciência do direito?.....	9
2.2.1 Autores e autoridade na doutrina.....	12
2.3 O enfoque doutrinário	13
2.4 A importância da doutrina na cultura jurídica nacional e sua influência na construção do direito	14
2.5 O recorte histórico.....	16
3. Problemas terminológicos.....	18
4. Objetivos	20
5. Estrutura do trabalho	21
Capítulo I - Metodologia de pesquisa	22
1. Critérios para a pesquisa bibliográfica de livros e capítulos de livro	22
2. Critérios para a pesquisa de artigos de periódico.....	24
3. Os temas focados na pesquisa bibliográfica	28
4. Refinamento do levantamento bibliográfico.....	29
Capítulo II - Arcabouço teórico: a perspectiva adotada para sistematização e análise da doutrina brasileira dos direitos fundamentais sociais	32
1. O papel da teoria neste trabalho	32
2. A doutrina jurídica	34
2.1 Função.....	34
2.2 A doutrina jurídica dentro de uma concepção convencionalista de linguagem	35
2.2.1 O dever de justificação.....	38
2.2.1.1 A linguagem natural	40
2.2.1.2 Inegabilidade dos pontos de partida	41
2.2.1.3 Utilidade	42
3. Limites de avaliação sobre a doutrina.....	43
Capítulo III - Um retrato da doutrina brasileira dos direitos sociais.....	45
1. A doutrina brasileira dos direitos sociais em números	45
1.1 Os números de publicações da doutrina brasileira dos direitos sociais	45
1.1.1 Autores com maior número de publicações.....	52
1.1.2 Direitos específicos mais estudados.....	55
1.2 Limites desta análise quantitativa	57
2. A doutrina brasileira dos direitos sociais em temas.....	58

2.1	Princípio do não retrocesso social.....	62
2.2	Direitos sociais e cláusulas pétreas	66
2.3	Definições e as obrigações jurídicas impostas pelos direitos sociais	68
2.3.1	O que são direitos sociais?.....	68
2.3.2	A linguagem dos direitos sociais.....	73
2.3.3	Saúde, educação e moradia: quais as prestações devidas pelo Estado..	73
2.4	Titularidade dos direitos sociais.....	79
2.5	Direitos sociais e competência.....	83
2.6	Reserva do possível e escassez de recursos	83
2.6.1	Os custos nos tribunais.....	88
2.7	Eficácia dos direitos sociais	89
2.8	Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial	96
2.9	Obrigações positivas e negativas	99
2.10	As ações processuais e os direitos sociais.....	103
2.10.1	Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão.....	104
2.11	Direitos sociais: conflitos distributivos e coletivos	110
Capítulo IV - Um balanço sobre a doutrina brasileira dos direitos sociais.....		115
1.	O início.....	115
2.	O que descrever significa?	116
2.1	Legislação	117
2.2	O uso da história	119
2.3	Uma conclusão.....	127
3.	Há debate na doutrina brasileira dos direitos sociais?	129
4.	Fórmulas vazias	134
5.	A via do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana para a aplicação de direitos sociais.....	139
6.	As prestações devidas pelo Estado com base nos direitos sociais	140
6.1.	Qual a relevância do debate em torno do significado de um direito?.....	140
6.1.1	Não consolidação interpretativa e dificuldade de aplicação do direito social à moradia: um caso do Tribunal Constitucional português.....	142
6.2	A doutrina brasileira e o conteúdo dos direitos sociais.....	145
7.	Reserva do possível e recursos escassos	146
Conclusão.....		148
Bibliografia		154
Anexo - (doutrina brasileira dos direitos sociais)		167

INTRODUÇÃO

1. Tema, problema e hipótese

Duas são as inquietações principais que me levaram ao estudo do tema dos direitos sociais à saúde, educação e moradia no Brasil: por um lado, (i) o abismo existente entre o texto constitucional e a realidade socioeconômica brasileira; por outro, (ii) certa curiosidade em saber o que dizia a doutrina nacional sobre a questão dos direitos sociais principalmente pelo fato de existir uma forte disparidade entre as disposições constitucionais e a realidade.

O Brasil enfrenta sérios problemas na área de educação, habitação e saúde: (1) 50% das pessoas com dez anos ou mais têm no máximo 7 anos de instrução¹; (2) há um déficit habitacional de 7,2 milhões de moradia em todo o Brasil; (3) em 2000, 88,2% deste déficit atingia as famílias com renda de até 5 salários mínimos, portanto, a parcela com menor renda da sociedade brasileira é a mais afetada; (4) as deficiências habitacionais não se resumem a questões quantitativas, pois muitos dos que podem morar não gozam de um ambiente habitacional condizente com o mínimo de qualidade. Para ilustrar esse ponto, entre tantos outros problemas qualitativos aferidos pelo Relatório do Ministério das Cidades, dois se destacam: (a) quase metade da população brasileira não é atendida por sistemas de esgoto; (b) há um excessivo adensamento humano nas moradias, isto é, três ou mais pessoas co-habitam em um mesmo cômodo².

Some-se a esse quadro social uma sensível desigualdade econômica no Brasil. Os dados de 2005 e 2006 veiculados pelo IPEA³ (itens *a* e *b*) e pelo IBGE⁴ (item *c*) mostram uma situação preocupante a este respeito: (a) 10% da população mais rica detém 45,31% da renda nacional, enquanto os 50% mais pobres gozam de apenas 14,07%; (b) há 20 milhões de indigentes sobrevivendo hoje no país (mais de 10% da população total do Brasil); (c) 70% da população tem rendimento de até 3 salários mínimos. Assim, como se vê, há uma grande parcela da população brasileira, dadas as

¹ Dados obtidos no site http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/default

² Esse panorama da habitação no Brasil foi elaborado com base nos dados e informações disponíveis na *Política Nacional de Habitação* criada pelo Ministério das Cidades em 2004. Esse programa pode ser acessado pelo site: <http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/secretaria-de-habitacao/politica-nacional-de-habitacao/4PoliticaNacionalHabitacao.pdf>

³ Dados obtidos no site <http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?30696062>

⁴ Dados obtidos no site http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/default

atuais condições, que tem poucas chances de ter acesso, por si mesmas, aos bens mais básicos para o desenvolvimento de seus projetos de vida. Sem condições financeiras muitos não têm acesso à saúde, educação e moradia, pois esses bens, embora estejam disponíveis no mercado, não podem ser adquiridos sem dinheiro. Por sua vez, a parcela mais rica da sociedade desfruta da possibilidade, devido a sua renda, de contratar serviços de saúde, de adquirir imóveis e de matricular seus filhos em escolas particulares.

A alteração desse quadro de desigualdade passa pela necessidade de intervenção por parte do Estado para facilitar o acesso a tais bens ou concedê-los, em princípio, às pessoas economicamente menos favorecidas. Essa obrigação não é meramente moral ou política, mas também, e é o que interessa nesta pesquisa, jurídica.

Essa intervenção estatal pode ser concretizada das mais diversas formas. Pode se dar por meio da aplicação de recursos em áreas (infra-estrutura, alta tecnologia, etc) que levam ao desenvolvimento econômico, pela criação de tributos que privilegiam a distribuição de renda ou por meio de políticas de redistribuição. Apesar dessa diversidade temática e de abordagem o foco desta pesquisa será os direitos sociais. A Constituição de 1988 garante uma série de direitos sociais em seu art. 6º⁵ (e em diversas outras passagens da Constituição como os artigos contidos no “Título VIII Da ordem social”) e entre eles estão o direito à saúde, moradia e educação. O que mostra um descompasso entre a Constituição e a realidade brasileira em termos socioeconômicos. A Constituição assegura diversos direitos sociais, porém a população efetivamente está longe de gozá-los, como visto nos parágrafos anteriores.

Além desse descompasso entre a componente legal e a realidade social, há um terceiro aspecto desse conjunto de fatores que é a doutrina⁶. Os estudos doutrinários que tomam esses direitos como seu objeto temático cresceram acentuadamente nos últimos 10 anos⁷. Destarte, por um lado, temos uma sociedade desigual. Por outro, uma

⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁶ No âmbito deste trabalho doutrina será entendida como todo estudo jurídico com pretensões de interpretar e analisar o ordenamento jurídico, ou ainda de construir conceitos, tendo em vista, direta ou indiretamente, sua aplicação ao auxiliar na qualificação das condutas como proibidas, permitidas e obrigatórias. Explicarei melhor o que entendo por doutrina (função, limites, etc) com maior profundidade no item 2.2 da introdução e capítulo II.

⁷ Para maiores detalhes sobre a produção da doutrina brasileira dos direitos sociais ver cap. III.

Constituição garantidora maciçamente de direitos sociais. No entanto o que será que está dizendo essa doutrina brasileira sobre os direitos sociais? Como ela vem construindo seus discursos a respeito dos direitos sociais? Pressupondo que a doutrina tem uma função interpretativa, de construção conceitual e de análise do ordenamento jurídico a fim de auxiliar na decidibilidade de conflitos, bem como prescrever (ainda que não como um juiz) quais são as condutas devidas diante dos direitos pretendo verificar como a doutrina brasileira dos direitos sociais, entre os anos de 1964-2006, vem propondo soluções para os problemas gerados por esses direitos, quais os temas debatidos, quais as suas características mais marcantes.

Os direitos sociais apresentam diversas questões que devem ser enfrentadas para que se possa aplicá-los. A teoria vai refletir na implementação desses direitos na medida em que dependendo da linha teórica seguida pode-se facilitar ou dificultar sua aplicação⁸. Por exemplo, o entendimento de que os direitos civis e políticos não possuem custos financeiros, enquanto os direitos sociais, ao contrário, demandam altas somas de dinheiro para sua aplicação, leva a um difícil obstáculo a ser transposto pelos direitos sociais. Dentre essas dificuldades, a Constituição não é clara acerca de quais são as prestações devidas ao assegurar os direitos à saúde, educação ou moradia, nem identifica de quem se poderá existir tais prestações ou se todos teremos direito a parcelas iguais de saúde, educação ou moradia.

Diante desse quadro, este trabalho se propõe a enfrentar o seguinte problema: tendo em vista o aumento da quantidade de produção de textos sobre direitos sociais nos últimos anos ao mesmo tempo em que a sociedade precisa, devido a um compromisso constitucional expressamente assumido, de uma resposta jurídica⁹ as suas necessidades materiais, como será que a doutrina vem lidando, por exemplo, com questões relativas à escassez de recursos, à eficácia, quais são as respostas encontradas, quais são os temas que reputa como relevantes, quais são os limites jurídicos e fáticos à aplicação desses direitos.

⁸ Ferrajoli em prólogo escrito para o livro de Abramovich e Courtis afirma que a dificuldade em lidar com os direitos sociais é também fruto de uma debilidade teórica (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, 9).

⁹ A idéia de “resposta jurídica” significa, basicamente, atribuir a cada um o que lhe é devido após considerações legais (regras jurídicas: texto constitucional, leis, decretos, portarias, etc) e fáticas (escassez de recursos, etc).

O estudo dos direitos sociais pode ter diferentes enfoques. O viés adotado neste trabalho, no que tange ao estudo da doutrina brasileira dos direitos sociais, é exclusivamente constitucional, ou seja, não será pesquisada a doutrina nacional que discuta direito humanos (normas internacionais), tampouco que tenha como foco a legislação infraconstitucional. Nesse sentido, não serão objeto deste estudo, por exemplo, políticas públicas de distribuição de remédio ou da legislação reguladora dos planos privados de assistência a saúde.

O levantamento bibliográfico com base nesse recorte constitucional justifica-se pela maior complexidade apresentada quando se discute prestações originárias da Constituição. Pretendo verificar como a doutrina se posiciona em questões relativas a prestações geradas originariamente do texto constitucional e não as derivadas. Não há grande controvérsia sobre a exigibilidade judicial ou sobre o que é devido quando uma política pública claramente determina que pessoas com a doença X devem receber do governo federal os medicamentos A, B e C. O problema maior surge quando essa política pública não existe e alguém, com base no direito constitucional à saúde, pleiteia um determinado medicamento.

2. Justificativas

2.1 Direito à saúde, educação e moradia

Sob o rótulo “direito sociais” uma variedade muito distinta de direitos poderia ser considerada. Esse rótulo poderia remeter ao direito à alimentação, à subsistência, ao lazer, aos direitos previdenciários, trabalhistas, etc. No entanto, este estudo pretende focar somente o direito à moradia, à educação e à saúde. Em primeiro lugar, porque não seria factível abranger toda espécie de direito social na medida em que seria perdida a capacidade de aprofundamento, bem como fôlego na pesquisa bibliográfica. Em segundo lugar, porque os direitos escolhidos são vistos como direitos que exigem alta carga de obrigação positiva para o Estado, em comparação, por exemplo, com alguns direitos como o décimo terceiro salário, e, por isso, trazem problemas jurídicos e materiais quanto a sua aplicação o que torna o estudo mais interessante e necessário.

2.2 Qual é a melhor terminologia: doutrina, dogmática ou ciência do direito?

O direito como objeto de estudo admite perspectivas de análise distintas que não são, em princípio, excludentes. Há vários saberes jurídicos tais como a história do direito, sociologia jurídica, etc. Dentre essas possibilidades costuma-se dizer que o estudo do direito com pretensões de interpretá-lo e analisá-lo tomando necessariamente como ponto de partida determinado ordenamento jurídico em vigor pode ser denominado por três termos que são tratados, em geral, como sinônimos: (a) dogmática jurídica; (b) doutrina jurídica e (c) ciência do direito. Essa equivalência pode trazer confusões de compreensão se se quiser apontar de forma rigorosa qual a atividade desenvolvida pelo jurista quando pretende analisar e interpretar o direito. No entanto, o debate em torno de qual a melhor expressão a ser utilizada fica dificultado, pois se, por um lado, dogmática, doutrina e ciência são usadas profusamente pelos juristas tanto em pesquisas acadêmicas quanto na prática judicial, por outro, praticamente não há estudos problematizando a atividade dogmática, doutrinária ou científica e muito menos discutindo qual destes três termos deveria ser adotado¹⁰.

Segundo Atienza (2005, 225), o que se tem utilizado com mais frequência, em detrimento de ciência e doutrina, é dogmática jurídica. Um dos pontos negativos desse dissenso é que as escolhas dos autores em empregar um ou outro termo geralmente não são justificadas. Os motivos que os levaram, por exemplo, a adotar doutrina em detrimento dos outros termos, que também poderiam ser usados, não são explicitados. Face a esse ambiente confuso é salutar que se escolha entre esses termos qual seria o melhor a ser adotado. Optei por doutrina. Essa escolha deve-se ao fato de que o termo doutrina (a) coloca de lado a discussão a respeito da cientificidade do direito¹¹; (b) não confunde dogma com legalismo; (c) traz uma idéia mais clara de que a atividade de analisar e interpretar o direito não tem um traço somente descritivo, mas também prescritivo. Esses pontos serão mais bem explicados abaixo.

Não será usado o termo ciência do direito nesta pesquisa por dois motivos. Em primeiro lugar, não se quer entrar em qualquer discussão sobre o caráter científico

¹⁰ Para uma idéia similar ver Guastini, 2005, 163, nota 163.

¹¹ Munné (2005, 102, nota 1), por exemplo, prefere a expressão dogmática em detrimento de ciência do direito, pois para afirmar a cientificidade do direito é necessário, segundo ele, ampliar demais o conceito de ciência.

do direito¹². O desenvolvimento do rigor metodológico e das conclusões vistas como objetivas conseguidas pelas ciências exatas e biológicas trouxe um desafio suplementar aos juristas: colocá-lo no rol dos saberes qualificados como científicos. Afinal, se a pretensão era de obter um saber livre de subjetivismos era necessário criar um método capaz de tal tarefa. Esse debate parece-me infrutífero, pois qualificar o direito como científico ou não dependerá de como se define ciência. Tal definição, embora não seja completamente manejável, tem um grau de indeterminabilidade suficiente para incluir ou excluir o direito de tal âmbito. Ademais, esse debate parece estar baseado mais em uma disputa simbólica do que efetiva na medida em que o termo ciência porta carga emotiva altamente positiva (NINO, 1998, 320). Assim, os juristas querem usufruir do prestígio designado por essas palavras (NINO, 1998 320). Todavia, o cumprimento de qualquer cânone científico não quer dizer que a atividade desenvolvida dentro desses parâmetros será relevante socialmente ou será melhor do que uma “acientífica”. Uma atividade pode ser altamente relevante para a sociedade ainda que não seja tida por científica (NINO, 1998, 320). Em segundo lugar, a ciência e o direito estão em registros diferentes. Enquanto a ciência privilegia a busca da verdade, o direito preocupa-se em prescrever o que é proibido, permitido e obrigatório no intuito de orientar as ações humanas. Isso faz que, por conseguinte, a tarefa do cientista e do doutrinador seja distinta. O cientista explica o mundo por meio de uma linguagem informativa (FERRAZ JR., 1996, 39). Se o físico verifica empiricamente que sua teoria para explicar a queda dos corpos está equivocada ele constrói uma nova. Essa não é a pretensão do doutrinador. Ele não pretende explicar o mundo, mas sim, preponderantemente, atuar sobre este mundo. O doutrinador mescla linguagem informativa com diretiva, ou seja, quem conceitua não quer apenas informar, mas também dirigir as condutas humanas (FERRAZ JR., 1996, 39). Por isso, não cabe aqui qualificar um conceito jurídico de verdadeiro ou falso. O critério de julgamento é outro: a utilidade com vistas a sua finalidade. A partir dessa idéia (utilidade-finalidade) torna-se relevante questionar se tomada tal finalidade o conceito elaborado está sendo útil. Por exemplo, tendo em vista que o direito deve tratar igualmente a todos será que o conceito de direito subjetivo está sendo útil para cumprir tal finalidade quando se aplica os direitos sociais na medida em que, talvez, ao atribuir para um indivíduo em

¹² Para considerações a respeito da cientificidade do direito ver Nino, 1998, 315-320 e, principalmente, Ariza, 2001, *passim*.

determinada ação judicial, por exemplo, o direito de obter remédios totalmente subsidiados pelo Estado outros estarão, ao mesmo tempo, sendo privados do mesmo direito? Essa é a espécie de preocupação que deve ter a doutrina.

Por sua vez, a rejeição do uso do termo “dogmática” refere-se ao fato de que seu sentido, pelo menos a primeira vista, denota um apego ao formalismo¹³. No uso ordinário da linguagem quando nos referimos a alguém como dogmático queremos dizer que a pessoa assim qualificada aceita indiscutivelmente, sem avaliação alguns pontos de partida. Nesse sentido, quando a palavra é usada no direito a primeira idéia que vem à mente é de um legalista. Para Guastini (2005, 166-169) a dogmática do direito possui justamente essa configuração, ou seja, de um estudo que se circunscreve a descrever o direito ao entender que os sentidos das normas já estão previamente dados. É exatamente por isso que Coutinho (2005, 37) precisa explicar no início de seu artigo que dogmática não se refere a dogmatismo, ou seja, ser dogmático não é ser legalista. Ferraz Jr. (1998, 96; 1996, 49-50) também tem de agir da mesma forma ao explicar que embora fale em dogmática jurídica isso não quer dizer que a função dela limite-se a “afirmar, repetir dogmas pura e simplesmente. A dogmática apenas *depende* deste princípio, mas não se *reduz* a ele” (1996, 49) (grifos do autor). Em outras palavras, ser dogmático não significa uma obediência cega à lei.

O termo “dogmático”¹⁴, como se vê, pode causar certa confusão, por isso há preferência, neste trabalho, pelo uso de “doutrina”. O termo doutrina parece mais

¹³ Como diz Guastini (2005, 152-154) “formalismo jurídico” pode significar muitas coisas distintas. Por isso, cabe aqui uma explicação quanto ao sentido que pretendo dar ao termo. Neste ponto, ele possui os três sentidos apontados por Guastini (154-162): (a) apego excessivo à letra da lei (formalismo interpretativo); (b) desconsideração no momento da argumentação de questões de fato, valorativas, teleológicas, etc. (formalismo argumentativo); (c) entende a interpretação como uma atividade de conhecimento e não de decisão, portanto, há uma única interpretação correta para cada disposição jurídica (formalismo teórico).

¹⁴ As palavras são dotadas de experiência histórica. Se, por um lado, é possível estipular novas significações para a mesma palavra, por outro, a história acaba sedimentando um significado que não pode ser totalmente desprezado. Na linguagem natural o adjetivo “dogmático” expressa uma idéia de certeza absoluta, de seguimento de certas idéias (dogmas) sem qualquer consideração de suas consequências ou de qualquer outro tipo. Assim, à primeira vista quando se diz que há uma perspectiva dogmática sobre o direito a impressão imediata é a de que esse é um saber com a pretensão de corroborar os dogmas (as disposições contidas no ordenamento), um saber meramente legalista. Por sua vez, o direito não se apropriou de modo unívoco do termo dogmática. Perceba-se que juristas como Ferraz Jr. (1998, 96; 1996, 49-50) e Guastini (2005, 166-169) utilizam o termo com sentidos opostos. Ademais é curioso ver que mesmo quando Guastini tenta esmiuçar, como uma espécie de dicionário jurídico, completamente todos os sentidos que podemos atribuir à dogmática jurídica, não aparece em nenhum momento (2005, 163-171) o sentido de dogmática jurídica exposto por Ferraz Jr. Por tudo isso se deve evitar o uso de “dogmática jurídica”, pois este termo, neste caso, mais confunde do que explica.

adequado, pois ele é marcado de início por uma característica que entendo fundamental. “Doutrina” salienta, quando comparada ao termo “dogmática”, um aspecto mais prescritivo, propositivo do que descritivo. Ressalta a idéia de que o jurista, embora tenha de levar em conta o ordenamento jurídico, cria conceitos, constrói o direito e não se subordina inquestionavelmente à letra da lei.

O fato é que nem todos os juristas aceitam a posição de que “doutrina” é o melhor termo a ser adotado. Por isso, alguns autores citados usarão “dogmática” ou “ciência do direito”, mas com o mesmo sentido de doutrina para este trabalho.

2.2.1 Autores e autoridade na doutrina

A leitura dos livros jurídicos nacionais mostra o uso de frases como “a doutrina pensa” ou “a posição majoritária da doutrina é” sem quaisquer pormenores. O problema com este tipo de afirmação é que poderá surgir dúvidas, e ela realmente surgirá e persistirá caso não houver explicações por parte de quem está construindo o texto, a respeito de quem faz parte da doutrina, bem como sobre quem pode fazer parte dela.

Na verdade, quando se usa doutrina da maneira exposta acima, a intenção é fazer referência a um conjunto de juristas que pensam de determinada maneira. O seu emprego descuidado pode levar a vários equívocos. Um deles é a falta de rigor, pois quando se fala, por exemplo, “a doutrina constitucional entende que os direitos sociais são normas programáticas” não é possível saber quem são os autores que fazem parte dessa doutrina. Ademais o uso de doutrina dessa maneira homogeneiza os posicionamentos dos autores ao transmitir, implicitamente, a idéia de que não há dissenso dos juristas acerca dessa questão. O fato é que não se pode ter certeza que não há dissenso entre os juristas acerca dos direitos sociais e normas programáticas. Outro equívoco é a não explicitação de quem pode integrar a doutrina. Talvez, dentro de certo ponto de vista, ser um doutrinador não é apenas escrever sobre o direito, mas, além disso, possuir uma posição intelectual respeitada pela comunidade jurídica. Nesse sentido, portanto, quando se usa, por exemplo, “a doutrina do direito constitucional brasileiro” não haveria referência a todos os autores que escreveram sobre direito constitucional no país, mas apenas aos mais renomados. A questão que fica em aberto

neste caso é que não é simples definir (tampouco, em minha opinião, útil) um conjunto de critérios para se determinar quais são os autores brasileiros mais renomados.

No âmbito deste trabalho será considerada como doutrina todos os textos publicados sobre direitos sociais sem nos importar com o reconhecimento dado ao autor do texto¹⁵. É claro que empiricamente é perceptível que os autores qualificados como renomados exercem maior influência na cultura jurídica nacional. O argumento de autoridade é levado muito em consideração no mundo do direito. Sem desconsiderar essa realidade parece-me que doutrinador é todo o jurista (acadêmico ou não) que escreve um estudo sobre questões jurídicas. A doutrina pode ser “boa” ou “ruim”, mas essa avaliação não deve ser feita exclusivamente com base na posição alcançada por alguém na comunidade jurídica, mas sim pela argumentação desenvolvida pelo autor, pela fundamentação de suas teses.

2.3 O enfoque doutrinário

De início gostaria de deixar claro que embora esta pesquisa tome como objeto de estudo a doutrina isso não significa: (a) que o direito não admita outras perspectivas além da doutrinária; (b) que supervalorizo o papel da doutrina na implementação dos direitos sociais; (c) que outros objetos de estudo (legislação, instituições, jurisprudência, etc.) não sejam tão relevantes quanto o adotado neste trabalho; (d) que a simples existência de uma doutrina consistente trará automaticamente a aplicação adequada dos direitos sociais.

O fenômeno jurídico comporta diferentes análises a partir de métodos e objetivos diferentes. O direito pode ter uma abordagem sociológica, econômica, histórica, etc. Todos esses saberes são relevantes para uma compreensão global do direito. Esta realidade não é negada, porém este trabalho pretende focar somente a doutrina.

O estudo da implementação dos direitos sociais passa, sem dúvida, por diversas questões como, por exemplo, a interpretação jurisprudencial da eficácia do direito à saúde, à moradia e à educação, se o judiciário é o cenário institucional

¹⁵ Para uma posição distinta ver Chevallier, 2001, 104-105. Ele entende que a participação no campo doutrinário requer acumulação de reconhecimento dentro da comunidade jurídica.

adequado para a aplicação desses direitos, se a legislação que especifica os direitos sociais está de acordo com a Constituição. Esse cabedal de questões é relevante, mas não será foco de estudo.

Essa complexidade a respeito dos direitos sociais mostra que não se pode esperar da doutrina uma alteração da realidade social sem contar com o auxílio de outros elementos, de outras abordagens. Além disso, há uma série de fatores sociais, econômicos, políticos e morais que influenciam a efetividade dos direitos. Se, por um lado, não se pode negar esse quadro, por outro, deve-se compreender qual é o papel, ainda que limitado, que pode ser exercido pela doutrina para a construção de um ambiente teórico adequado na aplicação dos direitos sociais. Afinal, o direito não opera por si mesmo. A doutrina tem um papel importante no momento em que “dá vida ao direito” ao propor soluções aos conflitos, interpretar disposições jurídicas, analisar o direito, etc¹⁶.

2.4 A importância da doutrina na cultura jurídica nacional e sua influência na construção do direito¹⁷

O estudo do direito nas faculdades brasileiras é feito basicamente a partir da leitura de doutrinadores. Às vezes é mais fácil os alunos conhecerem o pensamento de determinado autor do que o conteúdo do próprio ordenamento. A generalização do uso da doutrina como uma espécie de fonte do direito não ocorre somente neste momento de formação do jurista, mas também na jurisprudência. Ela reproduz essa realidade ao citar vários doutrinadores em suas decisões. Também aqui muitas vezes é mais fácil ver um juiz ou ministro citando um doutrinador para fundamentar seu posicionamento do que um artigo de lei ou da Constituição. Celso de Melo, por exemplo, no agravo regimental no recurso extraordinário n. 410.715-5 para defender a tese de que uma

¹⁶ Nesse mesmo sentido entende Lopes (2004 B, 98) que “nenhum sistema jurídico vige sem que haja uma cultura que lhe dê significado e sem operadores que o transformem em realidade, da mesma maneira que nenhuma língua existe sem que seja utilizada para produzir discursos (...) é no campo da cultura jurídica que os problemas me parecem maiores. Assim, a linguagem fornecida pela lei pode facilmente não vir a produzir resultados” (grifei).

¹⁷ Na história do direito a doutrina sempre exerceu um papel fundamental. Segundo Hespanha (2007, 454-455) ela foi um dos pilares de construção do direito mesmo durante o final do século XVIII e século XIX quando a idéia de direito como direito positivado se consolidou.

criança de até seis anos tem direito à creche cita nada menos do que 17 autores diferentes¹⁸ em 17 páginas de texto.

A doutrina impacta de forma tão sensível o mundo jurídico que às vezes ela consegue plasmar uma leitura completamente distinta da estabelecida pelo ordenamento jurídico. O texto de James Gordley sobre os mitos que se criaram em torno do Código Civil Francês é bastante ilustrativo do que se quer mostrar. A tese defendida pelo autor é a de que o Código Civil Francês, ao contrário do que muitos pensam, não veicula princípios liberais como liberdade de contratar, o gozo irrestrito da propriedade e a responsabilidade individual (1994, 459-460). Na verdade, diz Gordley, esses princípios foram criados pela doutrina civilista francesa do séc. XIX. Doutrina esta que também foi recepcionada por civilista do séc. XX. O Código, em si, tinha matrizes jusnaturalistas modernas e antigas, antes que liberais e utilitaristas.

Os legisladores que fizeram o Código não pareciam querer romper com a tradição jurídica passada tanto é assim que por volta de dois terços do Código foi baseado nas obras de Domat e Pothier. Esses autores nada tinham de liberais (GORDLEY, 1994, 460). Mesmo assim a doutrina acabou por ver uma ideologia individualista no Código Civil Francês, contudo, essa ideologia era claramente contrária a determinadas disposições do Código. O art. 544 define o direito de propriedade dizendo que propriedade é o direito de gozar e dispor da coisa de modo mais absoluto possível conquanto que seu uso não seja proibido pelas leis ou regulamentos. O Código é claro em dizer que o direito de propriedade esbarra nos limites impostos pelo próprio ordenamento. Contudo, Carbonnier (*apud* GORDLEY, 1994, 463) afirma que o Código queria mesmo dizer que o direito de propriedade é completamente absoluto não podendo, portanto, ser limitado nem por outros proprietários individuais, nem mesmo pelo Estado. Gordley (1994, 463) ironicamente diz que se o Código realmente quis dizer que o direito de propriedade é completamente absoluto, então, adotou uma forma muito estranha de fazê-lo.

Não se defende com essa constatação um manejo completamente arbitrário do ordenamento jurídico tampouco se afirma que a doutrina objetive uma interpretação

¹⁸ Na ordem em que aparecem em seu voto: 1. Pinto Ferreira; 2. Celso Lafer; 3. Wilson Donizeti Liberati; 4. José Carlos Vieira de Andrade; 5. Maria Paula Dallari; 6. Stephen Holmes; 7. Cass Sunstein; 8. Ana Paula de Barcellos; 9. Flávio Galdino; 10. Otávio Henrique Martins Port; 11. Regina Maria Fonseca Muniz; 12. Eduardo Appio; 13. Maria Cristina de Brito Lima; 14. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen; 15. Fernando Farcury Scaff; 16. Emerson Garcia; 17. Ana Maria Moreira Marchesan.

completamente infundada de uma disposição jurídica intencionalmente (ou seja, com a clara intenção de manipulá-la).

Em determinadas circunstâncias é mesmo necessário que a doutrina preste o relevante papel de reinterpretar o ordenamento diante de novas realidades e valores. Por exemplo, o art. 217 até 2005, quando foi revogado pela lei 11.106, prescrevia como crime apenado com reclusão de dois a quatro anos “seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”. Dada a maturidade precoce das crianças e adolescentes na sociedade atual criminalizar tal conduta faz pouco sentido.

Apenas gostaria de ressaltar que a intenção com o caso descrito acima é simplesmente mostrar o poder simbólico, de construção de uma realidade detido pela doutrina. E, assim, a importância de estudá-la para mostrar, por um lado, como certas construções doutrinárias não são aceitáveis e, por outro, como são necessárias diante de mudanças ocorridas no seio da sociedade.

2.5 O recorte histórico

Este trabalho abarca os anos de 1964 a 2006. Essa escolha é baseada nos seguintes motivos: (a) embora a Constituição de 1934 incorpore uma preocupação formal com problemas sociais, os direitos sociais não são incorporados de pronto a uma linguagem dos direitos fundamentais; (b) no direito internacional público a questão do direito à saúde, educação e moradia fica mais em evidência com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; (c) pesquisa exploratória realizada na *Revista dos Tribunais* e *Revista Forense* deixou claro que os juristas entre 1920 e 1950 não publicavam textos a respeito dos direitos humanos, direitos fundamentais ou direitos sociais. Dentro deste contexto não seria razoável fazer uma pesquisa bibliográfica que se mostra, pelo menos *a priori*, infrutífera; (d) alargar demasiadamente a amplitude do arco temporal dificultaria a tarefa de sistematização e análise da doutrina ao mesmo tempo em que implicaria em um trabalho mais superficial.

Poder-se-ia dizer que um trabalho tentando recuperar, sistematizar e analisar a doutrina dos direitos sociais fundamentais deveria retomar esse debate a

partir da Constituição de 1934 na medida em que ela é considerada a pioneira na garantia formal de um Estado Social. Certamente, esse texto é um marco em relação à inclusão de direitos sociais em âmbito constitucional ao incluir matérias como direito à educação e direitos trabalhistas que não faziam parte das Constituições anteriores. Todavia, aqui é preciso fazer três observações. Em primeiro lugar, os direitos sociais incluídos expressamente na Constituição 1934 foram o direito à educação e uma série de direitos trabalhistas, mas não o direito à saúde e à moradia (aliás, esse direito não foi consagrado nem no texto original da Constituição de 1988, mas somente com a Emenda Constituição n. 26 de 14 de fevereiro de 2000)¹⁹. Em segundo lugar, esses direitos não eram vistos formalmente como direitos fundamentais, ou seja, não figuravam no Título da Constituição referente à declaração de direitos. Em terceiro lugar, a cultura jurídica nacional tardou muito para incluir esses temas no debate jurídico. Por exemplo, na Era Vargas o grande debate jurídico não é acerca da moradia, saúde ou educação, mas sim sobre a criação da Justiça do Trabalho²⁰.

Tudo o que foi dito acima ainda não explica exatamente a delimitação temporal feita. Por que iniciar em 1964? E por que terminar em 2006? É preciso destacar que o ano de 1964 não pode ser visto como um marco absoluto. Na verdade, se se recuasse um ano ou se avançasse dois não faria muita diferença para os propósitos desta pesquisa. Seja como for há três motivos marcantes para iniciarmos em 1964. O primeiro é a mudança de regime político a qual trouxe consigo preocupações relativas ao quadro social do Brasil discutindo-se, por exemplo, o estatuto da terra, o FGTS, etc. O segundo é a promulgação em 1966 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que poderia ter impactado o mundo jurídico de forma mais intensa ao trazer o direito à moradia, à saúde e à educação para o centro do debate. Se a promulgação do Pacto é de 1966 o impacto causado por ele poderia ter se dado não

¹⁹ A agenda de debates em torno dos direitos sociais foi quase que exclusivamente sobre direito do trabalho até, pelo menos, início dos anos 90. O rótulo “direitos sociais” resumia-se a indicar basicamente direitos trabalhistas. Qualquer pesquisa em revistas jurídicas nos anos 70 e 80 mostra com clareza que os artigos sobre direitos sociais estão em revistas de direito do trabalho.

²⁰ Não se ignora reformas importantes na educação e cultura na Era Vargas sob a égide do ministério Capanema. Bomeny (1999, 138) chega a dizer que “o ministério Capanema foi absolutamente bem-sucedido se considerarmos o empenho e a efetiva implementação de um sistema educacional para todo o país”. No entanto, não houve, em princípio, um debate sobre o significado de um direito à saúde ou moradia ou educação, bem como esses não eram problemas enfrentados pelo direito, por juristas, mas sim por políticos. O direito só entraria em cena quando houvesse a necessidade de traduzir em diplomas jurídicos os programas políticos. Não havendo, portanto, um debate sobre a garantia desses direitos frente ao Estado.

apenas a partir de 1966, mas mesmo antes devido ao seu processo de elaboração. Assim tomando-se como um critério para a delimitação temporal o mencionado Pacto há mais um motivo para se iniciar o levantamento bibliográfico pouco antes de 1966. O terceiro deve-se ao fato de que se o marco temporal fosse alargado demasiadamente, como já foi dito acima, a pesquisa bibliográfica teria se tornado excessivamente trabalhosa. Já no que se refere ao ano de 2006 como o ponto final da pesquisa deve-se ao fato de que com o avanço até 2007 ou 2008 correr-se-ia o risco de se ficar com o prazo muito curto para a obtenção dos textos e posterior análise.

Por fim, gostaria de ressaltar que a pesquisa poderia ter se iniciado com a Constituição de 1988, contudo, a história do direito mostra que mesmo quando um regime jurídico altera-se uma tradição continua. A Constituição de 1988 abriu novos horizontes no cenário jurídico nacional (o que não significa afirmar que se deu início a todo o direito constitucional neste momento), contudo, o texto constitucional foi interpretado, manejado com base nas idéias vindas de uma tradição anterior à própria Constituição de 1988 (como exemplo poderia mencionar os debates em torno do PIS, Sistema Financeiro de Habitação, saúde e escola pública). Dessa forma, é fundamental que se pesquise não só a doutrina a partir de 1988, mas também anterior, pois esse texto foi engendrado no seio dessas idéias jurídicas já consolidadas.

3. Problemas terminológicos

A expressão “direitos sociais” pode abarcar uma quantidade considerável de tipos bastante diferentes de direitos como direitos trabalhistas, direitos previdenciários, direito à saúde, à educação, à moradia e à assistência social. Há ainda quem entenda, como o fazem Abramovich e Courtis (2002, 19, nota 3), que essa mesma expressão pode se referir a todos os direitos contidos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que além dos já mencionados inclui direito à autodeterminação dos povos (art. 1º), mínimo vital (art. 11) e cultura (art. 15). Analiticamente, para estes autores, as expressões “direitos sociais” ou “direitos econômicos, sociais e culturais” são intercambiáveis, apesar de a primeira ser mais utilizada no direito constitucional e a segunda no direito internacional (2002, 19, nota 3, 120-121).

Entretanto, esse conjunto de direitos não pode, de modo oposto ao que afirmam Courtis e Abramovich, conviver sob o mesmo conceito sem que seja explicitado que a expressão abarca direitos com características muito diferentes entre si. Dentro do que foi chamado acima de “direitos sociais” há uma variedade muito grande de direitos com problemas muito diferentes para sua justiciabilidade e eficácia.

Em primeiro lugar, os direitos como à saúde, à educação e à moradia demandam deveres do Estado e não de particulares (não se exige direito à saúde do meu vizinho ou do meu empregador, por exemplo). Assim, o Estado tem de cumprir com uma série de obrigações para que os indivíduos ou grupos possam gozar de remédios, hospitais, escolas, creches, crédito facilitado para a aquisição de moradia, etc. Desses direitos surgem questões como (a) quem são os beneficiários desses direitos: todos ou os grupos mais necessitados econômica e socialmente? (b) quais são exatamente as prestações devidas pelo Estado? (c) se o Estado deve assegurar os direitos universalmente é possível arcar com os custos impostos por estes direitos? (d) esses direitos não são meramente programáticos na medida em que apenas o Executivo e o Legislativo podem decidir sobre recursos escassos e não o judiciário?

Em segundo lugar, os direitos do trabalho regulam as relações, fundamentalmente, entre particulares e em menor medida com o Estado²¹. É o empregador que deve pagar ao seu empregado férias remuneradas, décimo terceiro salário, salário família, etc. Os trabalhadores são claramente os beneficiários desses direitos. Portanto, aqui não há nenhum problema em se saber quais são os destinatários dos direitos do trabalho. Nem se questiona se esses direitos são diretamente aplicáveis ou não.

Em terceiro lugar, os direitos culturais podem ser compreendidos como direitos inerentes a toda uma coletividade. Assim, o Estado deve proporcionar meios para que essa coletividade (tribos indígenas, por exemplo) possa manter sua cultura, ou seja, suas tradições, língua, costumes, artes, dança, etc. Se o direito à cultura for visto por esse viés não há muita dificuldade em se identificar quais são os grupos que podem usufruí-lo.

²¹ É claro que o Estado também pode ser um empregador, mas de qualquer forma ele deve cumprir suas obrigações perante os servidores públicos pela sua qualidade de empregador.

Como direitos com elementos tão diferentes podem conviver sob a mesma expressão “direitos sociais”? Por isso, seria imprescindível que se estipulasse uma expressão a ser utilizada uniformemente neste trabalho. Acontece que essa empreitada põe-se diante de um problema se não insolúvel de difícil resolução. Se se adotar uma linguagem rigorosa o texto ficará incompreensível, pois vários autores citados no decorrer do texto não farão o mesmo. Aparecem nos textos não só os termos mais variados tais como direitos sociais, direitos sociais fundamentais, direitos de *welfare*, direitos sociais, econômicos e culturais, direitos positivos, etc. Assim, todas essas expressões aparecerão como sinônimas.

4. Objetivos

Em texto de Afonso da Silva sobre interpretação constitucional e sincretismo metodológico uma de suas conclusões é de que, sem desmerecer o debate internacional, é necessário desenvolver uma teoria constitucional brasileira (2005, 143). O autor tem total razão. É preciso enfrentar os nossos problemas a partir da nossa realidade e de nosso sistema jurídico. Não serão autores como Cass Sunstein ou Robert Alexy que nos oferecerão soluções para algumas questões que são exclusivamente nossas. É necessário levar em consideração que esses autores vivem em ambientes jurídicos (com instituições e regras próprias), políticos, culturais, morais, sociais e econômicos diferentes do nosso, assim, em princípio, não objetivam discutir os problemas brasileiros.

Não pretendo, certamente, com este trabalho elaborar uma teoria brasileira dos direitos sociais. Entretanto se se quer fazer isso não se pode deixar de lado o que a doutrina brasileira dos direitos sociais debateu até este momento a respeito do tema. Muito pelo contrário, é preciso verificar quais são os seus limites e suas contribuições. E com base nessas constatações, formular uma teoria adequada para a nossa realidade sob pena de dizer as mesmas coisas que todos já disseram. Se simplesmente está a se repetir, a se reproduzir uns aos outros pouco se ganha. É preciso partir do que já está dado e seguir adiante²².

²² O presente trabalho tem similaridades com a proposta de Virgílio Afonso da Silva exposta em seu artigo *interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. Neste texto o autor tenta mostrar como o debate em torno da interpretação constitucional no Brasil desenvolve-se inadequadamente. Ele identifica

O objetivo deste trabalho, portanto, é sistematizar e analisar a doutrina brasileira dos direitos sociais fundamentais tendo em vista a identificação de temas, problemas e soluções propostas por esta doutrina.

5. Estrutura do trabalho

A dissertação está estruturada em quatro capítulos. No capítulo I, apresento quais foram os critérios utilizados para a coleta dos textos jurídicos (artigos de revistas, capítulos de livro e livros). Um dos pontos importantes para esta pesquisa é justamente o levantamento bibliográfico. Assim detalhei todos os procedimentos seguidos para obter os textos que compõem o que denomino “doutrina brasileira dos direitos sociais”.

O capítulo II traz o arcabouço teórico necessário para uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais.

O capítulo III dedico à construção de um retrato da doutrina brasileira dos direitos sociais. Esse retrato é elaborado em dois momentos distintos. No primeiro momento expus a doutrina dos direitos sociais em números mostrando basicamente a produção de textos referente aos anos de 1964-2006. No segundo momento expus a doutrina em temas mostrando quais os problemas relativos aos direitos sociais por ela enfrentados. Minha intenção nesse capítulo foi proceder como alguém que olha a doutrina de fora (uma espécie de metalinguagem). Assim, retrato a doutrina a partir dela própria sem pressupor quais seriam os temas mais importantes. Pretendi dar voz completa aos textos sem aparecer como doutrinador neste momento. Já no capítulo IV, de modo oposto ao capítulo III, analiso a doutrina a partir da minha lente teórica criticando-a, propondo uma agenda de debate e destacando suas características.

os motivos pelos quais essa agenda de debate está equivocada para então propor, se não soluções, “um breve programa” (2005, 141-143) contendo pontos de partida para esse debate.

CAPÍTULO I - METODOLOGIA DE PESQUISA

Este capítulo objetiva desnudar, de forma tão minuciosa quanto possível, os critérios eleitos para a pesquisa bibliográfica cujo objeto é a doutrina dos direitos sociais à educação, moradia e saúde entre os anos de 1964 e 2006.

1. Critérios para a pesquisa bibliográfica de livros e capítulos de livro

As três ferramentas de pesquisas utilizadas, para levantamento bibliográfico de livros e capítulos de livros, foram (a) o sistema dedalus da Universidade de São Paulo (USP); (b) o catálogo on-line da biblioteca da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP); (c) o catálogo coletivo on-line do Senado Federal.

O sistema dedalus da Universidade de São Paulo (USP) congrega todas as unidades da USP e contém todos os livros nelas disponíveis. Assim, a pesquisa não ficou restrita à Faculdade de Direito o que aumentou a possibilidade de encontrar publicações sobre direitos sociais. A Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas (FFLCH) e a Faculdade de Educação (FE) se mostraram importantes para um levantamento bibliográfico mais completo acerca do tema proposto para este trabalho. Outra ferramenta importante foi o catálogo on-line da biblioteca da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Nesse sistema estão integradas as três Escolas da instituição quais sejam a Escola de Administração (EAESP), a Escola de Economia (EESP) e a Escola de Direito (DIREITO-GV). Outro sistema de busca que se mostrou essencial foi o catálogo coletivo on-line disponibilizado pelo site do Senado Federal. Esse sistema contém não apenas o acervo do Senado Federal, mas também de outros órgãos como a Câmara dos Deputados, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça entre outros.

Não escolhi fazer as pesquisas nos sistema da USP e da FGV-SP por acaso. A USP é uma das Universidades mais antigas do país, por isso supus que seu acervo seja bastante extenso. A USP por possuir várias unidades diferentes pôde facilitar a pesquisa, porque alguns livros de direito às vezes não são encontrados na própria Faculdade de Direito, mas em outras unidades²³. Por sua vez, a FGV-SP, por ter uma

²³ Um exemplo é o livro de Paulo Lopo Saraiva chamado *a Garantia constitucional dos direitos sociais* que encontrei na FFLCH (Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas), mas não na FD (Faculdade de Direito).

Faculdade de Direito recém criada, está aumentando em ritmo acelerado seu acervo, principalmente, com revistas e livros publicados recentemente²⁴. Assim, é possível encontrar nesta biblioteca vários livros sobre direitos sociais que não foram ainda adquiridos em outros lugares.

No que tange ao sistema de busca do Senado ele se mostrou bastante útil, pois possui não só um acervo muito extenso, como também há publicações de todas as partes do Brasil. Foi uma ferramenta adicional importante às anteriores na medida em que, diferentemente do que ocorre nos sistemas de busca on-line da USP e da FGV-SP, ele cadastra capítulos de livro o que facilitou a aquisição deste tipo de material.

Para efetuar as pesquisas *on-line* vali-me dos seguintes termos (a) direitos *and* sociais; (b) direito *and* moradia; (c) direito *and* saúde; (d) direito *and* educação. Não me limitei a uma busca somente na categoria *título*, mas em todas as que estavam disponíveis em cada sistema de busca (assunto, título, palavra chave, etc). Portanto, a pesquisa bibliográfica não ficou restrita apenas a buscar obras que contivessem os termos assinalados acima no título da obra. Se houvesse no sistema um livro catalogado que não tivesse nenhum desses termos em seu título, mas que, por exemplo, no campo *assunto* tivesse catalogado por “direitos sociais” esse livro apareceria na pesquisa. Outro ponto importante a se salientar é que os termos não eram procurados de forma “fechada”, ou seja, os resultados da pesquisa efetuada deveriam aparecer esses termos ainda que não estivessem um ao lado do outro. Por exemplo, se o livro se chamasse *direitos fundamentais sociais* a busca realizada o acusaria, pois não pesquisei os termos “direito sociais” e sim direitos *and* sociais.

A busca realizada no catálogo coletivo on-line do Senado Federal foi arquitetada de um modo um pouco distinto. Tomei tal decisão, pois ao pesquisar, por exemplo, pelos termos direitos *and* sociais em todos os campos disponibilizados pelo sistema (título, autor, assunto, etc) apareceram 2770 entradas, mas apenas 1000 eram exibidas²⁵. Para contornar o mencionado problema pesquisei direitos *and* sociais em assunto e, depois, título, assim como direito *and* moradia, direito *and* saúde e direito *and* educação em título.

²⁴ A *Revista de direito administrativo e constitucional*, por exemplo, está disponível para consulta na DIREITO-GV, mas não na FD-USP.

²⁵ Ver http://biblioteca.senado.gov.br:8991/F/JFA1USYPJ5JIDKJE969QYA6PCP4RR9QFY6IA9MU6U1LIAIUM5-01856?func=short-jump-text&action_short_jump_text.x=75&action_short_jump_text.y=12&jump_text=2770

A maior dificuldade enfrentada se deu em relação à elaboração de critérios para a pesquisa de capítulos de livro. Como fazer uma busca exaustiva por capítulos de livro se as bases de dados bibliográficas catalogam os títulos das obras e dos respectivos autores (no caso, coordenadores ou organizadores), mas não discriminam todos os capítulos dos livros²⁶ (a única exceção, como apontado, é o sistema de busca on-line do Senado)? Como fazer se há em uma mesma obra coletiva conteúdos temáticos dos mais variados sob um título bastante genérico como *Estudos de direito público*? Nesses casos, realmente, não foi estabelecido um critério bem delineado para a realização da pesquisa bibliográfica. De qualquer forma a pesquisa foi realizada em obras que poderiam ter mais relação com o tema deste trabalho. Assim, foi verificado se havia algum texto sobre direitos sociais em obras cujo título poderia indicar algum estudo dessa natureza tais como *Estudos em homenagem a (algum constitucionalista)*²⁷, *Estudos de direito público (ou algo parecido)*, *A Constituição após 15 anos de vigência* e assim por diante.

2. Critérios para a pesquisa de artigos de periódico

Um dos critérios para a escolha de periódicos foi a classificação elaborada pelo sistema qualis da Capes²⁸. Essa classificação vale trienalmente, o que poderia desqualificar esse critério na medida em que esta pesquisa abarca mais de quarenta anos. Dessa forma, de nada adiantaria olhar para o sistema qualis de 2004-2006 se foram pesquisadas revistas na década de 1980. Essa objeção poderia ser feita, porque, por exemplo, um dos títulos que resolvi pesquisar foi a *revista brasileira de estudos político* cuja publicação se iniciou em 1964. O que tenho a dizer é que esse foi apenas um dos critérios utilizados e não o único.

A escolha das revistas teve, portanto, os seguintes critérios (a) circulação nacional (para revistas não catalogadas no sistema qualis); (b) tradição na área jurídica;

²⁶ É verdade que há algumas exceções. A biblioteca da Faculdade de Direito da USP, por exemplo, cataloga toda a produção científica de seus docentes inclusive artigos de periódico e capítulos de livro.

²⁷ E que mesmo assim não necessariamente diminui a dificuldade da pesquisa bibliográfica. Por exemplo, o livro organizado por Eros Grau e Willis Santiago chamado *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides* apresenta desde texto sobre autonomia universitária até texto sobre interpretação do direito.

²⁸ Essa classificação é feita segundo a qualidade do periódico cujos conceitos são A, B ou C e pela abrangência de sua circulação local, nacional ou internacional. Todavia, a própria Capes admite que essa sua classificação não pretende definir a qualidade dos periódicos de maneira absoluta. <http://servicos.capes.gov.br/webqualis/>

(c) a inclusão no sistema qualis da Capes; (d) a consideração de que pelo menos algumas revistas deveriam ter grande abrangência temporal já que o marco temporal inicial da pesquisa é 1964; (e) uma suposta importância²⁹ para o tema.

Abaixo são apontadas as revistas pesquisadas e os seus respectivos números e anos. Entre parênteses estão os números que, por vários motivos, não tive acesso.

- 1 – *Revista de direito público*: 1/1967 até 100/1991
- 2 – *Revista trimestral de direito público*: 1/1993 até 47/2004
- 3 – *Revista dos tribunais*: 339/1964 até 854/2006
- 4 – *Revista brasileira de direito constitucional*: 1/2003 até 6/2005
- 5 – *Revista forense*: 205/1964 até 385/2006
- 6 – *Revista de informação legislativa*: 1/1964 até 172/2006
- 7 – *Revistas de direito civil (imobiliário, agrário e empresarial)*: 43/1988 até 78/1996
- 8 – *Revista trimestral de direito civil*: 1/2000 até 27/2006
- 9 – *Revista de direito privado*: 1/2000 até 26/2006
- 10 – *Revista de direito imobiliário*: 1/1978 até 61/2006 (não encontrei os números 13-14; 16; 21-28; 31-36 para poder fazer a consulta)
- 11 – *Revista da faculdade de direito da USP*: 69/1964 até 101/2006
- 12 – *Revista brasileira de estudos políticos*: 18/1965 até 94/2006 (não encontrei os números 17/1964; 55/1982; 72/1991 para poder fazer a consulta)
- 13 – *Seqüência, revista do curso de pós-graduação em direito da UFSC*: 1/1980 até 53/2006 (não encontrei os números 2-5; 7/1983; 22/1990; 30/1995; 42/2001; 43/2001; 44-45/2002; 46-47/2003 para poder fazer a consulta)
- 14 – *Revista de direito administrativo*: 75/1964 até 243/2006
- 15 – *Revista de direito administrativo e constitucional*: 11/2003 até 25/2006 (não encontrei os números anteriores ao 11 para poder fazer a consulta)

²⁹ O termo “suposta importância” foi usado aqui no sentido de que revistas que se dedicam, por exemplo, ao direito constitucional, em princípio, poderiam ter mais chances de publicar textos sobre o tema em foco do que uma revista que tem como objeto o direito processual.

16 – *Revista brasileira de direito público*: 01/2003 até 14/2006

17 – *Revista latino-americana de estudos constitucionais*: 01/2003 até 06/2005

Apesar da identificação, de modo genérico, dos critérios para a escolha das revistas é necessário ainda fazer algumas observações pontuais a respeito das razões levadas em conta para a escolha dessas 17 revistas. A partir dos mesmos critérios, certamente, outros títulos também poderiam fazer parte desse rol, contudo, infelizmente, não seria possível com um esforço individual e em tão pouco tempo fazer uma pesquisa mais extensa.

A primeira vista pode parecer estranho pesquisar em revistas de direito privado tais como a *Revista de direito imobiliário*, *Revista de direito privado* e assim por diante. Acontece que me foi feita uma objeção bastante pertinente pelo Professor Ronaldo Porto Macedo Jr.. Segundo sua observação não há revistas cujo tema principal fosse os direitos sociais. A partir dessa perspectiva artigos interessantes poderiam aparecer em diversos periódicos. Como seria impossível, para uma pesquisa individual em tão curto período, abarcar todos os períodos jurídicos escritos em língua portuguesa no Brasil comecei a pensar quais deveriam ser objeto de pesquisa exploratória. Dentro dessa perspectiva, entendi que seria importante pesquisar em revistas de direito privado por causa do direito à moradia. Esse direito só entrou no sistema constitucional com a Emenda n.º26/2000. Por essa razão existia a possibilidade de que textos sobre direito à moradia pudessem ser publicados em revista de direito privado devido a sua proximidade com o tema, entre outros, da função social da propriedade rural e urbana.

A *Revista da Faculdade de Direito da USP* foi escolhida por vários motivos. Em primeiro lugar ela tem classificação *A Nacional* pelo qualis da Capes. Outros dois fatores foram relevantes para sua escolha (a) nessa revista publica-se artigos tanto de alunos de graduação quanto de pós-graduação, assim, focaria textos não só de professores já consagrados, mas também de uma nova geração de pesquisadores; (b) a revista passa quase que necessariamente por todas as grandes áreas do direito (processo, direito constitucional, teoria do Estado, direito penal, direito civil, etc). Pelo caráter fortemente interdisciplinar dos direitos sociais e por não haver em periódicos

que se dediquem a eles especificamente, seria importante pesquisar em revistas que abarcassem tantas áreas do direito quanto fossem possíveis.

A revista *brasileira de estudos políticos* (publicada em Belo Horizonte) e a revista *seqüência* (publicada em Florianópolis) entram em nosso rol, pois além de serem classificadas com *A Internacional* pela Capes poderiam ser um meio de acesso a textos escritos por pesquisadores de outras regiões do Brasil. Assim, sairia do foco Rio de Janeiro e São Paulo.

A revista *forense* não aparece na classificação da Capes, porém é uma revista de tradição (tem quase cem anos de existência) no cenário jurídico nacional o que não pode ser desconsiderada. A revista *dos tribunais* além de ter essa mesma característica é classificada com *A Nacional* pela Capes.

A revista *de direito administrativo*, embora a primeira vista não tenha relação direta com o tema deste trabalho, foi um periódico de referência na área do direito público. Essa publicação foi dirigida por nomes importantes como Victor Nunes Leal e Caio Tácito.

Por fim, saliente-se que houve uma tentativa, na medida do possível, de abarcar algumas revistas que mais poderiam publicar artigos sobre direitos sociais. Assim, a pesquisa foi realizada em revistas que tratavam de modo amplo sobre direito público e de direito constitucional.

É importante ressaltar que nessas revistas fiz uma pesquisa exaustiva. Isso significa que foram vistos todos os números (com as ressalvas feitas anteriormente dos não encontrados) das revistas assinaladas acima e foi verificado índice por índice a fim de averiguar se havia artigos sobre tema proposto. Essa “técnica” tende a ser bastante precisa, pois há textos cujo título não é escrito com termos pelos quais estaríamos mais acostumados como “direitos sociais”, “direito à moradia” e, ao mesmo tempo, não é possível adivinhar quais termos dever-se-ia usar para encontrar todos os artigos que fossem do interesse deste trabalho. Um exemplo é o texto de Fernando Dias Menezes publicado na revista *da Faculdade de Direito da USP* cujo título “igualdade e inclusão social: estudo de casos concretos no sistema educacional” não contém, como se vê, os termos “direitos”, “sociais”, “moradia”, “educação” ou “saúde”. É claro que no *assunto* esse artigo poderia ser classificado como de “direito sociais”, mas isso dependeria dos

critérios de classificação, que nem sempre são muito claros, de quem estruturou a base de dados.

No entanto, não me circunscrevi somente a esse tipo de pesquisa. A Faculdade de Direito da USP disponibiliza aos usuários um sistema chamado *IusData*. Por meio desse sistema pode-se buscar, em mais de 400 revistas jurídicas nacionais³⁰, artigos de periódicos a partir, mais ou menos, dos anos 1980. Também foi fundamental para a pesquisa de artigos de periódico o catálogo coletivo on-line do Senado, pois cataloga artigos antes mesmo do período inicial deste trabalho (1964).

Essa busca foi efetuada nos mesmos moldes da pesquisa realizada para os livros no sistema dedalus da USP, no catálogo on-line da FGV-SP e no catálogo coletivo on-line do Senado.

3. Os temas focados na pesquisa bibliográfica

Essa pesquisa bibliográfica, realizada da forma como relatada acima, teve como meta principal encontrar publicações que tivessem por objeto principal os direitos sociais. Ressalte-se que foram escolhidos tanto textos que tratassem de direitos sociais sem se ater à saúde, educação ou moradia quanto texto que tratassem exclusivamente de um desses direitos.

Há uma série de textos que abordam o tema de passagem ou de forma muito genérica e esses não foram coletados. Um bom exemplo é o livro de *Direitos Fundamentais* de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Esse livro nada mais é do que um manual em seu sentido mais tradicional. O autor trata desses assuntos (ou seja, não só os direitos sociais, mas os direitos civis e políticos também) muito genericamente sem querer, portanto, fazer uma discussão pormenorizada. Por isso, ele pode ser classificado como um manual. Nesse sentido, foram deixados de parte manuais de direito constitucional e comentários à Constituição.

A decisão de tomar como material base desta pesquisa publicações especializadas em direitos sociais deve-se, de modo preponderante, ao fato de que não me parece fazer sentido quantificar e analisar textos que, a princípio, assumem propostas diferentes. Comentários à Constituição e manuais pretendem alcançar um

³⁰ Essa informação foi prestada pela biblioteca da Faculdade de Direito da USP.

público que se inicia nos estudos de direito, por sua vez, textos especializados objetivam debater determinados temas com grau maior de profundidade.

Não foram pesquisados textos que discutiam os direitos sociais com um viés que não fosse fundamentalmente constitucional, isto é, debates em torno da legislação infraconstitucional (leis de diretrizes e bases, por exemplo).

4. Refinamento do levantamento bibliográfico

Aplicando-se os critérios de pesquisa explicitados acima se obteve centenas de textos. Um contato superficial com todo o material coletado traria a falsa impressão de que a doutrina brasileira dos direitos sociais seria composta por 300 ou 400 publicações. Essa impressão seria confirmada se o único critério a ser utilizado fosse o título das publicações. No entanto, o exame mais detido dos textos mostrou que por diversos motivos essa impressão inicial não correspondia aos critérios adotados por este trabalho. Explicarei nos parágrafos seguintes as razões pelas quais diversos textos, que aparentemente deveriam fazer parte do rol a ser examinado, não foram computados.

O motivo mais recorrente de exclusão foi temático. Apesar de muitos textos indicarem em seu título alguma referência aos direitos sociais sua preocupação não era com direito à saúde, educação ou moradia, mas direitos trabalhistas ou previdenciários. Indicarei alguns exemplos aleatórios:

1. CARELLI, Rodrigo de Lacerda (2003). Direitos constitucionais sociais e os direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais? *Revista de direito constitucional e internacional*, n. 42, jan/mar, pp. 252-257.
2. FERRAZ, Fernando Basto (2003). Direitos sociais nas constituições brasileiras. *Revista opinião jurídica*, n. 2, pp. 117-136.
3. FONSECA, Vicente José Malheiros da (2000). Para onde caminham os direitos sociais brasileiros. *Revista Ltr*, v. 64, n. 08, ag., pp. 977-989.
4. MARINHO, Josaphat (1991). Institucionalização dos direitos sociais. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, n. 57, jul/set, pp. 90-97.
5. NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim (1987). A eficácia dos direitos sociais. *Revista do TRT da 8ª Região*, n. 38, jan./jun., pp. 45-70.

6. OLIVEIRA, Almir de (1985). Os direitos econômicos, sociais e culturais e o direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, n. 88, out./dez., pp. 45-66.
7. PRADO, Ney (1997). Os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. *Carta mensal*, v. 43, n. 510, set., pp. 19-37.
8. ROMITA, Arion Sayão (1988). Os direitos sociais na Constituição brasileira. *Revista de direito do trabalho*, n. 73, maio/jun., pp. 70-82.

Mostrou-se recorrente também a publicação do mesmo artigo em diversos periódicos ou livros distintos, ou seja, determinado texto foi publicado com o mesmo conteúdo em diferentes locais. Nesses casos não poderia computar o texto duas vezes, pois se os conteúdos dos artigos são idênticos (ou muito semelhantes), e computasse-os mais de uma vez, isso falsearia o número de publicações da doutrina dos direitos sociais. Esse falseamento tornaria a análise dos dados realizada no capítulo III menos fiel à realidade. Diante desse fenômeno considere o texto mais recente para fins bibliográficos por pressupor que, embora o conteúdo não apresentasse qualquer alteração significativa, pelo menos do ponto de vista da forma (linguagem) seria mais bem acabado. Ilustrarei essa duplicação de publicações com dois exemplos aleatórios.

O primeiro diz respeito a artigo de José Luiz Bolzan de Moraes, intitulado O direito da saúde!, o qual foi publicado em três veículos distintos (a) na *Revista do direito*, n.º 3, jul., pp. 7-21; (b) na revista *Saúde em debate*, n.º 51, 1996, pp. 22-29; (c) em livro organizado por Germano Schwartz denominado *A saúde sob os cuidados do direito*, 2003, pp. 11-25. O próprio autor adverte-nos sobre uma das republicações de seu texto: “este trabalho foi publicado por primeira vez na revista *Saúde em Debate*, n. 51, do Centro Brasileiro de Estudos sobre Saúde (Cebes). De lá para cá, pode-se dizer que pouco mudou no tocante ao sentido aqui tentado atribuir à concepção do *direito à saúde* presente na Constituição Federal brasileira de 1988. E o que mudou, em particular na regulação e implementação de políticas legislativas para a área, parece-nos caminhar, em muitos aspectos, no sentido inverso àquele desde sempre produzido pelo enunciado constitucional. Assim, justifica-se, ao que nos parece, a republicação deste texto, inclusive para permitir uma recuperação do sentido constitucional do direito à saúde desde sempre não concretizado em nossa vida política” (grifos do autor) (MORAES, 2003, 11).

O segundo diz respeito a artigo de Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi, intitulado Direito fundamental à saúde. Tutela de urgência, o qual foi publicado em dois veículos distintos (a) *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 55, abr./jun., 2003, pp. 43-63 (b) *Revista Forense*, v. 373, maio/jun., 2004, pp. 421-434. A autora não faz qualquer advertência sobre republicações.

O presente trabalho, como é sabido, pretende sistematizar e analisar a doutrina (ver cap. II no qual debato tal conceito). Em muitos casos, o título do artigo ou livro não era capaz de oferecer elementos suficientes para determinar se era ou não doutrina. Assim, só após seu exame pude constatar se se tratava ou não de texto doutrinário. Por exemplo, o artigo (a) *Direito à saúde: governo não é obrigado a pagar transplante no exterior* (2005). *Ciência jurídica*, v. XIX, n. 126, pp. 347-350, na verdade, era um voto do Ministro do STJ Edson Vidigal. Um caso semelhante aconteceu com um livro de Pedro Simon (1998). *Educação: antes de tudo um direito*. Brasília: Senado Federal, no qual não há qualquer doutrina. O livro contém diversos projetos de lei de autoria de Simon.

Em alguns casos as publicações não continham doutrina, mas descrições de debates. Por exemplo, os livros (a) TAUIL, Pedro Luiz (1987). *Dos direitos sociais: saúde e saneamento*. Brasília: Senado Federal; (b) VIOTTI, Dario Abranches (1987). *Dos direitos sociais: habitação*. Brasília: Senado Federal. Ademais, o conteúdo desses debates muitas vezes estava fora do escopo deste trabalho por se circunscrever a áreas como sociologia, medicina ou ciência política.

CAPÍTULO II - ARCABOUÇO TEÓRICO: A PERSPECTIVA ADOTADA PARA SISTEMATIZAÇÃO E ANÁLISE DA DOUTRINA BRASILEIRA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A proposta deste capítulo é menos de discussão teórica e mais de enunciação de premissas teóricas estreitamente relacionadas com o arcabouço conceitual que propiciará critérios para a realização da sistematização (capítulo III) quanto à análise sobre a doutrina dos direitos sociais (capítulo IV).

Dentro dessa linha de raciocínio, a teoria aqui exposta será mínima no sentido de que: (a) nenhum autor em especial será adotado; (b) muitas das idéias aqui expostas estarão em conformidade com a teoria de diversos autores distintos.

1. O papel da teoria neste trabalho

Não é possível analisar o direito a partir de lugar nenhum. Um trabalho avaliativo, e mesmo descritivo, depende de uma concepção teórica. Não é possível a mera contemplação do objeto de pesquisa. A sistematização e análise acerca da doutrina jurídica não podem ser realizadas, com um mínimo de objetividade e coerência, sem premissas teóricas que as embasem³¹.

Mesmo a história, a qual poderia ser considerada por muitos o simples relato de uma série de fatos pretéritos, necessita de escolhas teóricas. Essas escolhas servirão, entre outras coisas, para (a) selecionar quais são os fatos relevantes; (b) verificar a insuficiência ao se descrever dado período, bem como uma possível parcialidade dos relatos que nos chegam do passado. Por que os historiadores elegem a invasão de Roma como um fato relevante e não o almoço de domingo de um indivíduo comum? A Idade Média é sempre vista como um período altamente religioso, porém será que efetivamente os seus habitantes tinham essa característica? Não podemos nos esquecer que os principais relatos que nos chegaram da Idade Média vêm de monges copistas. Portanto a visão que nos foi legada pode não ser a “verdadeira”³².

³¹ Nesse mesmo sentido ARIZA, 2001, 591-592; SARLO, 2006, 179-180.

³² Para essa e outras questões a respeito da relação entre fatos e história ver o capítulo 1 de CARR, 2006, 43-65. Quanto aos fatos que nos chegaram da Idade Média diz o autor: “(...) quando leio num livro recente de história da Idade Média que as pessoas da Idade Média se interessavam profundamente por religião, fico imaginando como nós podemos saber isto e se isto é verdade. O que nós conhecemos como

O desprezo pela adoção de premissas teóricas leva ao engano, como dito nos parágrafos anteriores, de que é possível olhar o mundo a partir do nada. Ou pior, o desprezo pela teoria poderia levar alguém a adotar uma, mas sem perceber. Quanto ao primeiro engano há um interessante exemplo de Sarlo (2006, 180). Ele perguntou a uma aluna, que dizia não ser necessária nenhuma teoria para interpretar um texto jurídico, qual o sentido de “menor” no Código Civil Uruguaio. Ela prontamente respondeu que bastava consultar o artigo do Código Civil definidor de “menor”. Diante de tal resposta, segundo Sarlo, “pregunté de donde había extraído la directiva o pauta de recurrir a outra artículo del código en lugar de utilizar otros critérios, como preguntar a un lingüista, o a los ancianos de la zona, etc, etc. Evidentemente, ella estaba utilizando una determinada teoria que afirma que los códigos son sistematizaciones normativas de un determinado campo de comportamiento sociale, y que el intérprete debe preservar esa intención sistemática, procurando las conexiones de sentido internas al texto, etcétreas” (2006, 180, nota 10). Quanto ao engano de adotar uma teoria sem percebê-la vamos tomar um exemplo de Luciano Oliveira (2004, 9-10). Em vários textos jurídicos das mais diversas áreas (civil, penal, constitucional, processo, etc) há o costume de se iniciar o respectivo tema pela “parte histórica”. Em geral esse capítulo histórico nada acrescenta para a tese do autor. E pior, o autor traça a história de um instituto jurídico como se houvesse em algum lugar do passado já um embrião a ser desenvolvido. O instituto jurídico moderno de hoje é nada mais do que uma evolução de alguma idéia que já existia em um passado, às vezes, muito distante. O problema aqui é que o autor sem se dar conta adota uma teoria evolucionista de história a qual entende que o presente é sempre melhor do que o passado. Talvez se o autor percebesse o que está fazendo descartaria essa análise pretensamente histórica³³.

fatos da história medieval foram quase todos selecionados para nós por gerações de cronistas que se ocupavam profissionalmente com a teoria e a prática da religião, que, portanto, consideravam-na de extrema importância, registravam tudo em relação a ela e pouca coisa a mais” (CARR, 2006, 49).

³³ José Reinaldo de Lima Lopes afirma que ao se fazer história deve-se levantar algumas suspeitas (2000, 19-21). Duas dessas suspeitas estão diretamente ligadas ao ponto da continuidade. O autor suspeita de que certas situações sempre foram iguais e assim continuarão. Por exemplo, a família. “Nada mais natural, dizem alguns, do que a união homem e mulher. Sim, mas em termos. Que os homens sejam atraídos pelas mulheres e vice-versa e que desta atração mútua surjam amores e filhos, pode-se dizer que é uma regularidade da natureza. Mas que o ‘casamento’ ou o ‘matrimônio’ sejam por isto mesmo sempre a mesma coisa em toda parte e em todo tempo é uma afirmação que um historiador não pode fazer. O casamento em Roma, por exemplo, não criava *família*. A família romana é uma unidade produtiva, os pais de família comandam os outros membros e tornam-se *gerentes* de um fundo patrimonial” (2000, 20). Outra suspeita de Lopes é a da idéia de progresso e evolução. Diz o autor “(...) imaginamos que o futuro será uma simples continuação de nosso mesmo tempo. E da mesma forma imaginamos que nosso

A análise a ser feita sobre a doutrina dependerá da adoção de pontos de partida teóricos. Dessa forma, por exemplo, é apenas após adotar uma perspectiva teórica acerca da função da doutrina jurídica que se estará apto a avaliá-la. A teoria kelseniana, por exemplo, entende que a interpretação deve ser feita pela ciência do direito como “pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas (...) a interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo (...) a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica” (KELSEN, 1999, 395). Kelsen deixa claro que o *status* da doutrina jurídica é cognoscitivo, isto é, de pura descrição das normas jurídicas. Se seguisse as orientações da teoria pura do direito a avaliação sobre a doutrina jurídica ocorreria de uma determinada maneira. Certamente, de um modo distinto daqueles que entendem que a doutrina tem uma tarefa extremamente relevante ao propor, criar soluções para a resolução de conflitos sociais. Com a lente da teoria pura não se detectaria qualquer problema quando um autor simplesmente “conhece” o texto jurídico, descreve-o. Ainda que essa descrição fosse quase inútil para a aplicação do direito no caso concreto.

2. A doutrina jurídica

2.1 Função

No direito fala-se constantemente em doutrina. É um termo (assim como dogmática e ciência do direito) consagrado nos discursos dos juristas. A todo o momento, seja em sala de aula, seja em textos acadêmicos, seja em peças jurídicas, ou mesmo, na jurisprudência cita-se “doutrina”. Conquanto esse termo seja disseminado, há poucos estudos sobre qual o seu papel, a sua função e a sua utilidade.

A nota característica mais relevante da doutrina jurídica é a de que toda a construção conceitual, interpretativa e avaliativa por ela feita deve, necessariamente,

presente é um puro desenvolvimento evolutivo e natural do passado que nos precedeu” (2000, 21). Cito Lopes não só para mostrar o perigo que se corre ao não suspeitar de certas continuidades, mas também para chamar a atenção para a questão da teoria. Essa visão de Lopes sobre a história parte de determinadas teorias. Não é por acaso que ele cita Marc Bloch e Paul Ricœur ao falar dessas duas suspeitas.

voltar-se, diretamente ou indiretamente, para a prática. As diferentes atividades que exerce não são um fim em si mesmo, mas são, na verdade, base para uma interferência na realidade, na aplicação dos direitos. A doutrina não deve conhecer, apenas por conhecer na medida em que ela é constitutivamente instrumental. Os estudos doutrinários são, assim, voltados para a prática no sentido de que (a) pretendem criar os parâmetros (conceituais, interpretativos, etc) mais adequados possíveis para a resolução dos conflitos sociais; (b) ainda quando os conflitos não eclodam, a doutrina deve auxiliar na compreensão do direito para dirigir as condutas, para orientar a ação. Neste caso, pode não haver um problema de decidibilidade de conflitos, mas sim uma questão de saber como agir conforme o direito. Por exemplo, uma das partes de um contrato quer cumpri-lo, contudo tem dúvidas a respeito de como adimplir sua obrigação³⁴. Provavelmente essa parte procurará um advogado que, por sua vez, se não souber de pronto a resposta poderá estudar o caso com base, além da jurisprudência e legislação pertinente, na doutrina. Em última instância a doutrina auxiliará, no caso em tela, na prescrição de uma conduta a um indivíduo.

2.2 A doutrina jurídica dentro de uma concepção convencionalista de linguagem

Um ponto essencial na discussão sobre a doutrina jurídica diz respeito a como ela elabora seus conceitos, suas interpretações e suas avaliações. O conceito de reserva do possível detém alguma essencialidade que deve ser espelhada pela doutrina?

³⁴ Não pretendo discutir aqui quais são as reais motivações humanas para o cumprimento do direito. Isso significa que para os objetivos deste trabalho é indiferente saber se o indivíduo agiu seguindo as regras jurídicas por questões morais, por medo de uma possível sanção jurídica, por tradição, etc. Agora, ainda que todas essas possibilidades sejam empiricamente verificáveis, os indivíduos também costumam agir conforme as regras simplesmente porque essas são os parâmetros de conduta em um determinado lugar. Por exemplo, se perguntássemos a alguém “por que você parou no farol vermelho?” muito provavelmente ouviríamos uma resposta tão banal quanto “justamente porque o farol está vermelho!”. E o que esta frase quer dizer para quem está olhando o conjunto de regras do ponto de vista interno ao direito? Que as regras, por si só, podem servir como critérios de justificativa para a ação humana. Em outras palavras, o motorista pode muito bem ter parado no sinal vermelho não por causa de uma autoridade pública que estaria ali perto e poderia multá-lo (receio da sanção), não porque todo mundo sempre parou no sinal vermelho (tradição), não porque é moralmente adequado fazê-lo, mas ele poderia justificar sua ação, de um modo realmente sincero, afirmando que parou no sinal vermelho, pois essa é uma regra existente na sociedade brasileira. Aliás, muitas vezes quando viajamos para lugares onde a cultura é bastante diferente da nossa nos preocupamos em saber como se fazem certas coisas nesse lugar. Como se portar em um restaurante? Como abordar as pessoas na rua para pedir informações? Ao cumprimentar alguém que não nos seja próximo como devemos nos portar: dando a mão, beijando o rosto ou sem qualquer tipo de contato físico? As pessoas estão fazendo isso não necessariamente porque não queiram passar vergonha ou algo parecido, mas simplesmente porque elas pretendem conhecer as regras sociais, de etiqueta, etc, do lugar.

Nesse sentido, há somente um significado válido para cada palavra? Se a resposta a esses questionamentos for positiva deve-se analisar o discurso doutrinário a partir da sua maior ou menor contemplação da verdadeira realidade das coisas. Entretanto, essa é uma concepção equivocada. Os conceitos servem para a vida e não a vida para os conceitos. Eles não são reflexos de um mundo perfeito onde se encontram os conceitos em sua pureza essencial. Na verdade, toda a atividade doutrinária, como visto acima, visa resolver, de uma forma ou de outra, problemas práticos. Dentro dessa perspectiva os conceitos serão tanto mais “corretos” se servirem para resolução dos casos. Ademais, qualquer concepção realista (essencialista) de linguagem esbarraria na vagueza³⁵ e ambigüidade³⁶ das palavras. Qual seria a essência da palavra “azul” se ela ganha significados tão distintos conforme o contexto em que é usada? Qual é a essência de “azul” se podemos usar essa mesma palavra tanto para designar a cor dos olhos de alguém, bem como seu humor.

Assim, adota-se neste trabalho uma concepção convencionalista na relação entre linguagem e realidade que admite uma reelaboração conceitual tendo em vista sua utilidade para resolução de casos concretos. Os conceitos não podem ser sempre os mesmos, pois as necessidades de uma época não correspondem a de outra. O que importa é a sua funcionalidade. Não seria razoável imaginar que o conceito de propriedade na sociedade medieval seja o mesmo dos dias atuais, já que não só toda a disciplina desse estatuto jurídico alterou-se como também sua função nos dias atuais é diversa da Idade Média.

A existência da doutrina é fundamental dentro dessa perspectiva convencionalista de linguagem. Não havendo qualquer essencialidade para transmitir

³⁵ Algumas palavras referem-se a características que são matizadas. Não é possível, por exemplo, dizer exatamente quando uma pessoa é calva ou quando deixa de sê-lo. Qual o número mínimo de fios de cabelo para um indivíduo não ser considerado calvo? Em alguns casos não teremos dúvidas a respeito da calvície ou não de alguém. Um indivíduo com pouquíssimos cabelos, certamente, será calvo. Um indivíduo com cabelos fartos não será calvo. Entretanto, no meio dessas duas pontas há um *continuum* em que é difícil estabelecer precisamente quando se pode qualificar alguém como calvo ou não.

³⁶ Não há um termo para designar cada coisa existente no mundo e no pensamento. Uma palavra é ambígua quando seu sentido for determinado a partir do contexto em que ela for empregada. Por exemplo, a palavra mesa comporta diferentes sentidos dependendo do contexto em que ela é utilizada (FERRAZ JR., 1996, 34-35). Mesa pode ganhar diferentes sentidos a partir das frases: (a) “por favor, traga a mesa da sala aqui para o quarto”; (b) “um mandado de segurança foi impetrado contra a mesa da Câmara dos Deputados”; (c) “a mesa de fulano é farta”.

pode-se, portanto, afirmar que os termos não ganham significados por si mesmos³⁷. Contudo, a doutrina exerce um papel importante na construção desses significados na medida em que (a) por não ter que resolver o caso concreto não é constrangido pelo fator tempo (o juiz não pode ficar maturando qual é sua interpretação do direito à saúde anos a fio para decidir se alguém terá direito a um remédio ou não); (b) não está limitado por regras processuais que determinam as formas pelas quais o juiz pode conhecer dos fatos; (c) pode debruçar-se sobre a mesma questão durante o tempo que desejar enquanto um mesmo juiz terá de solucionar vários casos abordando assuntos jurídicos diferentes³⁸.

No entanto, é preciso ter em vista que a doutrina não propiciará sempre um arcabouço interpretativo, conceitual para a resolução de todos os casos. A doutrina, por mais bem elaborada que seja, nunca conseguirá dar conta de todos os problemas jurídicos de antemão. Em outras palavras, sempre aparecerão situações em que haverá dúvida sobre a aplicação do conceito, da interpretação para determinado caso concreto específico. Essa é uma característica inerente a própria linguagem natural denominada por Waismann textura aberta (*open texture*). Em sua visão, um conceito, por mais específico que consiga ser, jamais dará conta de todos os casos, pois sempre poderá aparecer um caso futuro em que haja dúvida sobre a aplicação ou não do conceito (WAISMANN, 1945, 122-123). Um conceito por melhor definido que seja sempre deixará espaço aberto para dúvidas (WAISMANN, 1945, 123). Ao construirmos um conceito atribui-se a ele algumas características, ele é limitado em algumas direções, mas não é possível traçar uma definição que lhe atribua todas as características imagináveis. Em suma, não há um conceito completamente exaustivo sempre. E, em um momento ou outro, teremos dúvidas a respeito de sua aplicação (verificação). Por exemplo, se encontrássemos um gato gigante em nossa porta será que ainda poderemos chamá-lo de “gato”? Ou ainda se fosse encontrado um novo metal com todas as características químicas do ouro, mas que refletisse uma cor verde ainda poderíamos chamá-lo de “ouro”? Se Waismann, junto com Hart (1994A, 118-119; 1994B, 140-

³⁷ Certamente ela não é o único campo a possibilitar que isso ocorra. Há também a jurisprudência e a própria legislação que pode determinar o sentido dos termos.

³⁸ Os onze ministros do STF, por exemplo, ficam responsáveis por resolver todas as questões constitucionais. Como a Constituição alberga os temas mais diversos o STF vê-se obrigado a lidar com assuntos que vão desde os direitos fundamentais passando por tributário, penal, civil, administrativo, ambiental, consumidor, processo entre tantos outros.

142), estão certos quanto à textura aberta a tarefa da doutrina jurídica não seria inútil? Não seria melhor decidir caso a caso?

Embora a textura aberta seja uma característica da linguagem disso não se pode concluir a inutilidade da doutrina. Em primeiro lugar, porque se é certo que um conceito nunca se aplicará com a mesma definição a todos os casos, isso não quer dizer que o conceito não possa dar conta de nenhum caso. Em segundo lugar, não aparecerá todos os dias um gato gigante em nossa porta, ou seja, os casos completamente novos não surgem a toda hora, a todo o momento. Dessa forma, um conceito, uma interpretação poderá servir para uma série de casos típicos. Em terceiro lugar, um caso que pode ser caracterizado como difícil hoje, poderá vir a ser fácil depois de um debate que deverá passar pelo campo doutrinal. Talvez não se saiba dizer, a princípio, se um metal que tem todas as qualidades do ouro, mas reflita a cor verde seja ou não ouro. A partir do momento em que for definido se tal objeto é ou não ouro saber-se-á como denominar os próximos metais encontrados com tais características. Portanto, o que inicialmente causava dúvidas com o passar do tempo, por meio, claro, de discussões teóricas, deixará de sê-lo ou, no mínimo, terá a potencialidade³⁹ de deixar de sê-lo.

2.2.1 O dever de justificação

Um ponto polêmico a respeito da concepção convencionalista da linguagem é a arbitrariedade na atribuição de sentidos as palavras⁴⁰. Se os significados são

³⁹ No caso em tela a dúvida de se saber se “ouro verde” é realmente ouro ou não pode perdurar para sempre se não houver um consenso mínimo na comunidade científica.

⁴⁰ Sunstein (1993, 95) entende que as convenções dependem de poder, assim, quem tem poder consegue atribuir qualquer sentido ao texto constitucional e nada se pode fazer contra isso. Por sua vez, Sartori (1989, 319-329) afirma que o critério da utilidade para limitar a “irracionalidade” das convenções em sua atribuição de significado (impedindo, por exemplo, que preto seja chamado de branco e vice-versa) não consegue cumprir seus objetivos, pois não é possível sabermos o que é útil ou não em determinado caso. Para Sartori a idéia de utilidade é excessivamente indeterminada para funcionar como um limite (útil para quem e para que). Cada um poderá ter uma visão diferente de utilidade tornando esta idéia demasiadamente flexível, ou seja, a utilidade ou não de uma definição dependerá única e exclusivamente do ponto de vista do definidor. Assim, por exemplo, se para a prática política a linguagem é útil para ocultar problemas concluir-se-ia que o vocabulário pode ser redefinido para esse fim (SARTORI, 1989, 321). Essa posição parece ser corroborada por Ferraz Jr. com a diferença de que este não impõe objeções ao uso arbitrário da linguagem. Ferraz Jr. afirma que o “que se entenda por ‘justiça’ será funcional [útil, portanto] ou não, conforme o objetivo do definidor seja atendido. Ela poderá ser clara e precisa, mas não funcional, se o objetivo, por exemplo, é persuadir o eleitorado heterogêneo a votar certas medidas (quando, então, o uso deveria ser difuso e obscuro, para cooptar o máximo apoio) (1996, 37). Este item pretende justamente mostrar que este trabalho distancia-se de compreensões de convencionalismo tão arbitrariamente quanto, por exemplo, expõe Ferraz Jr. Adotar uma concepção convencional de linguagem não significa admitir que seja possível fazer o que se queira com as palavras.

convencionados nada impediria que começássemos a chamar “azul” de “verde”. Empiricamente isso seria possível posto que não há uma característica essencial de verde ou azul. Na verdade, seu sentido é obtido por meio de convenções sociais. No entanto, essa atitude não seria minimamente funcional, pois dificultaria sobremaneira a comunicação. Ora, se há uma pretensão de comunicação não se pode ficar criando línguas quase privadas. Se a linguagem tem como finalidade a comunicação entre indivíduos não seria razoável, portanto, chamar “azul” de “verde”.

Transportando esse ponto para a doutrina jurídica, seria imaginável que ela tem o “poder” de dispor como desejar dos sentidos. Porém, ela não tem tal “poder”. Isso porque existe o dever de justificar suas escolhas. Um paralelo com o pensamento de Guastini aqui é interessante. Segundo esse autor uma interpretação jurídica sem fundamentação não pode ser considerada uma verdadeira interpretação (GUASTINI, 2005, 133, 142). Qualquer construção doutrinária deve basear-se em argumentos que justifiquem uma tomada de posição. Os significados atribuídos aos termos são convencionais, mas a correção deste significado não está baseada em convenções. A doutrina auxilia na formação e consolidação de certas convenções, por exemplo, interpretando o direito fundamental à educação disposto na Constituição. Disso não se extrai que a doutrina pode, a partir do texto constitucional, construir qualquer sentido. Há uma diferença entre ler o texto constitucional (ou qualquer outra disposição do ordenamento jurídico) e construir um novo. Mesmo que se consolide a interpretação do direito à educação, isso não quer dizer que se está diante do significado correto. O doutrinador precisa justificar sua opção a partir de alguns parâmetros. Justificar resume-se a idéia de que é necessário fundamentar uma posição mostrando sua correção. Não é possível “provar”, nos moldes da matemática, uma interpretação, mas isso não nos leva a conclusão de que toda interpretação é aceitável (TRIBE, DORF, 2007, 18).

Tampouco é aceitável a idéia de que a defesa de uma posição doutrinária resume-se ao fato de ela não ter sido falsificada até o momento. Segundo Neumann, "as teorias do saber jurídico não podem ser verificadas, mas podem e têm de ser 'fundamentadas'. Uma afirmação de dogmática jurídica não pode ser defendida 'só' com o argumento de que ela não foi falsificada até agora; tem de se apresentar razões

positivas 'a favor' de sua aceitação" (2002, 470). A avaliação sobre determinada posição doutrinária será realizada a partir das razões pelas quais ela foi construída.

A doutrina não nega seus pontos de partida, isto é, não nega as regras jurídicas. Ela cria seus conceitos, interpreta os textos jurídicos de forma criativa, propositiva, mas sempre levando a sério o ordenamento jurídico. É claro que sempre haverá um caráter subjetivo nas escolhas da doutrina, contudo, essa escolha é limitada.

Não nego o caráter criativo da doutrina. Muito pelo contrário, acho que ela deve ser criativa para lidar com novos casos e para criticar padrões anteriormente adotados. Contudo, a doutrina deve ter parâmetros jurídicos para sua criação. Se não fosse assim, ou seria rompida a premissa de que há regras a serem respeitadas no sistema ou se teria em mente que as palavras podem significar qualquer coisa a partir da definição individual de cada um. Dessa forma, tudo dependeria do capital intelectual, do renome alcançado com o tempo por cada doutrinador. Aquele que fosse mais reconhecido teria mais condições de legitimação e de aceitação em seu campo de atuação. Isso seria um mero poder simbólico, poder de quem consegue impor, ainda que não pela força, seu discurso. Na doutrina isso não é possível. Liberdade não significa arbitrariedade, ou pelo menos, não significa arbitrariedade em sentido forte (escolher o sentido que quiser). A arbitrariedade é, no máximo, em sentido fraco (as escolhas de sentido são limitadas dentro alguns parâmetros que devem ser respeitados). Há pelo menos um mínimo de objetividade e de racionalidade no sistema jurídico que servirá como pontos indiscutíveis de avaliação.

Esses pontos limitadores da construção do discurso doutrinário serão expostos abaixo.

2.2.1.1 A linguagem natural

A linguagem jurídica⁴¹, embora use termos técnicos (menor, prescrição, etc), vale-se também da linguagem natural. Por exemplo, não seria minimamente razoável entender o conteúdo da prestação positiva gerada pelo direito à moradia como o de receber balas de hortelã do meu vizinho. O exemplo é, sem dúvida, caricatural.

⁴¹ O uso de linguagem jurídica aqui possui dois sentidos (a) a linguagem usada nos textos jurídicos (regulamentos, leis, constituição, etc); (b) linguagem usada pelos doutrinadores, juízes acerca dos textos jurídicos.

Entretanto, deixa claro que as palavras são dotadas de uma experiência histórica que lhes fornece possibilidades de compreensão que são limitadas. Se não fosse assim a comunicação seria impossível. O doutrinador, embora lhe seja facultada a possibilidade de estipulação de sentidos, não pode desprezar completamente o fato de que dado termo denota certo sentido. Não seria minimamente razoável, ainda que possível, compreender, nos dias atuais, mesa como cadeira e cadeira como mesa. Mesmo porque, como será visto adiante, se isso ocorresse as definições estariam sendo inutilizadas e elas devem se prestar a exercer um papel de esclarecimento e, no caso do direito, de melhor uso para prescrever condutas.

Há, também, regras sintáticas que devem ser respeitadas. As disposições jurídicas são formuladas com base, no caso do Brasil, nas regras sintáticas da língua portuguesa. Não é possível confundir sujeito e predicado, orações aditivas com adversativas, etc.

2.2.1.2 Inegabilidade dos pontos de partida

A doutrina não pode negar o próprio ordenamento jurídico. As disposições jurídicas, como um dos parâmetros para a argumentação doutrinária, não podem ser tomadas como se fossem dogmas religiosos indiscutíveis, mas essas disposições devem ser levadas a sério. Um exemplo⁴² esclarecerá o que se deve entender por “levar o ordenamento a sério”.

A idéia de função social da propriedade, se não é criação da Constituição de 1988, foi com ela popularizada no meio jurídico. Em vários artigos constitucionais é disposto que a propriedade deve cumprir sua função social (art. 5º, XXIII; art. 170, III; art. 184; art. 186). A atual Constituição estabeleceu requisitos que devem ser cumpridos pelo proprietário se este quiser respeitar a função social de sua propriedade. Por meio da leitura combinada do art. 184⁴³ com o art. 186⁴⁴, chegar-se-ia à indubitável

⁴² Na verdade, embora esteja usando o exemplo aqui com outros propósitos, ele foi sugerido pelo Prof. Virgílio Afonso da Silva em debate com monitores que o auxiliavam na disciplina de direitos fundamentais na Faculdade de Direito da USP durante o 2º semestre de 2004.

⁴³ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

⁴⁴ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

conclusão de que uma dada propriedade mesmo produtiva, mas que, ao mesmo tempo, não preservasse o meio ambiente não cumpriria sua função social. Assim, essa propriedade seria suscetível de desapropriação por força do art. 184 ao dispor que a propriedade que não cumpre sua função social está sujeito à desapropriação.

Um doutrinador que desenvolvesse sua argumentação dessa forma estaria, objetivamente, equivocado. Se se deve levar a sério as regras do ordenamento jurídico, então, não se pode simplesmente construir uma doutrina jurídica da maneira como feita acima. Isso porque ainda estaria em pauta o art. 185 da Constituição. Ele não pode ser ignorado. Tal artigo dispõe que

São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

(...)

II - a propriedade produtiva.

Ora, pode-se até concluir, com base no texto constitucional, que uma propriedade rural produtiva, mas não cumpridora de sua função social, deva ser desapropriada, contudo, essa posição deve necessariamente levar em conta o art. 185. O doutrinador terá um grande ônus argumentativo para chegar à conclusão, tendo em vista o conteúdo do art. 185, de que a propriedade produtiva deve ser desapropriada se não cumpre sua função social. Seja como for o que se quer ressaltar aqui é que se isso é possível ou não é outro ponto, mas o fato é que não se pode, de forma alguma, subtrair da cadeia argumentativa o art. 185.

2.2.1.3 Utilidade

A doutrina jurídica deve agir com um fim prático como salientado acima. Ela tem uma função de criar condições de possibilidade tanto para a decidibilidade de conflitos quanto para o direcionamento de condutas. Dessa forma, "(...) os enunciados da Dogmática Jurídica têm sua validade dependente de sua relevância prática; embora não seja possível deles deduzir uma decisão concreta, é sempre possível encará-los

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

como instrumentos mais ou menos utilizáveis para obtenção de uma decisão" (FERRAZ JR., 1998, 90).

A doutrina cria um instrumental que tem uma finalidade específica. Se essa finalidade não está sendo cumprida ela perde sua importância tornando-se um saber quase inútil. Afonso da Silva nos oferece um exemplo de como isso deve se dar em relação aos métodos e princípios de interpretação constitucional: "(...) quem se decidir por um desses métodos [de interpretação constitucional] arcará com o ônus da demonstração de sua aplicabilidade e de sua primazia. *Não há mais como se satisfazer com a mera exposição teórica de sua idéia básica.* Se se trata de um método, é de se presumir que ele exista para ser aplicado, e não para ser meramente exposto. Não faz sentido que a apresentação de meras *listas* de métodos – tanto quanto a de *listas* de princípios – seja considerada como um objetivo no campo da interpretação constitucional" (grifos do autor) (SILVA, 2005, 142). O que Afonso da Silva expõe especificamente para a interpretação constitucional vale, a meu ver, para todo o campo doutrinário. Não há nenhuma valia em criar um conceito que não passa de mera exposição teórica. A elaboração de um conceito, por exemplo, como o de reserva do possível deve mostrar a sua utilidade, deve se mostrar sua operacionalidade prática: (a) por que devemos ter criar um conceito como o de reserva do possível? (b) em que situações de fato deve ser aplicado? (c) deve ser aplicado para todos os direitos fundamentais ou só para alguns? (d) como se prova a falta de verbas por parte do Estado em um caso concreto?

3. Limites de avaliação sobre a doutrina

O discurso doutrinário que baseie rigorosamente sua construção teórica na consideração, mesmo que não absoluta, do sentido consagrado de um termo pela linguagem natural, na aceitação do ordenamento jurídico, seja por sua coesão (inegabilidade dos pontos de partida), como um dos pontos basilares para a construção de um guia para a ação e, por fim, demonstre a utilidade prática do resultado de sua atividade discursiva não terá necessariamente obtido o resultado mais correto imaginável ou a única resposta correta.

Talvez pareça que com a utilização de todo esse arsenal teórico se consiga rastrear a doutrina ideal ou ainda avaliar a doutrina em termos ideais. Contudo, esse

discurso, mesmo seguindo as “regras” expostas no item 2.2, não produzirá uma única solução possível. Ainda que o discurso doutrinário paute-se por esses critérios não é possível obter uma conclusão necessária. A argumentação racional não possui o condão de fornecer todos os parâmetros possíveis para determinarmos qual é a única solução adequada.

No entanto, com base nessa estrutura argumentativa, será possível: (a) descartar o que é impossível; (b) confirmar o que é necessário. A argumentação diante de uma determinada questão conseguirá, no máximo, dizer quais são as repostas impossíveis e qual é o conjunto de argumentos que são igualmente bons.

CAPÍTULO III - UM RETRATO DA DOUTRINA BRASILEIRA DOS DIREITOS SOCIAIS

1. A doutrina brasileira dos direitos sociais em números

É razoável esperar que a falta de debate sobre determinado tema implique em uma menor qualidade dos textos. Faz algum sentido supor que se há poucos textos sobre direitos sociais no Brasil isso pode redundar (a) na dificuldade em identificar quais são os reais problemas a respeito de sua aplicação; (b) na dificuldade em se enfrentar esses problemas devido à falta de reflexão, de amadurecimento de uma proposta consistente; (c) a falta de uma agenda de debate sobre os direitos sociais pode trazer como consequência (c1) a não construção de conceitos para auxiliar na aplicação desses direitos, (c2) no contínuo quase sem sentido dos direitos sociais devido à falta de interpretação.

Tendo em vista essas idéias retrato, neste item, a doutrina em números.

1.1 Os números de publicações da doutrina brasileira dos direitos sociais

A Constituição de 1988 é considerada um marco jurídico no que tange aos direitos fundamentais. A tabela 1 desfaz uma possível afirmação intuitiva de que a promulgação da atual Constituição alterou significativamente a produção bibliográfica dos direitos sociais no Brasil. Seria razoável supor que o extenso rol de direitos sociais assegurados na Constituição fosse impulsionar textos sobre tal tema, porém, não foi isso o que ocorreu.

A leitura da tabela 1 traz um dado que me parece ainda mais significativo do que o anterior. A comparação década por década mostra claramente que houve um aumento de 600% na quantidade de textos produzidos entre os anos 1970-1979/1980-1989. De alguma forma foi a década de 1980 que despertou o interesse dos juristas para o tema dos direitos sociais. Tema que até então foi marginal na literatura jurídica nacional, pois entre 1964-1979 as publicações não passavam de duas.

Tabela 1. Número de publicações da doutrina dos direitos sociais por década

Períodos	Número de textos
1964-1969	0
1970-1979	2
1980-1989	14
1990-1999	32
2000-2006	116
Total	164

Fonte: elaboração do autor com base na bibliografia (ver anexo) obtida pelos critérios expostos no capítulo I

Gráfico 1

Fonte: elaboração do autor com base na bibliografia (ver anexo) obtida pelos critérios expostos no capítulo I

Gráfico 2

Fonte: elaboração do autor com base na bibliografia(ver anexo) obtida pelos critérios expostos no capítulo I

Os gráficos 1 e 2 mostram uma evolução bibliográfica vertiginosa. Se na década de 1960 nada foi escrito sobre direitos sociais, no intervalo 2000-2006 foram publicados 106 textos. Comparando a década de 1970 com o período 2000-2006 há um aumento de 5.700%.

Um dado instigante encontra-se no gráfico 3. A produção bibliográfica dos anos 2000-2006 supera a soma do período 1964-1999. Em outras palavras, a quantidade de textos produzidos em quarenta e cinco anos é menor do que a quantidade de textos produzidos apenas em sete.

Fonte: elaboração do autor com base na bibliografia (ver anexo) obtida pelos critérios expostos no capítulo I

Pela tabela 1 vê-se que as publicações de direitos sociais fundamentais referentes ao período 1964-2006 correspondem ao número de 164. É difícil dizer com exatidão qual é a expressividade desse número, pois seria necessário comparar com a quantidade de textos produzidos em outras áreas jurídicas. Infelizmente, não consegui encontrar dados de produção quantitativa a respeito de outros temas (como contratos, responsabilidade civil, direitos civis e políticos). Esses dados serviriam de base para avaliar se o número de 164 publicações nos últimos 40 anos é muito ou pouco. Contudo, levando-se em conta que o Brasil é extremamente desigual, com sérios problemas sociais e, sobretudo, com um extenso rol de direitos sociais na Constituição, esse número pode ser considerado muito modesto. Ademais, os direitos sociais

envolvem, tanto quanto outros temas, uma série de problemas a serem enfrentados. A sua complexidade demandaria uma quantidade maior de publicações.

A idéia de que a produção doutrinária sobre os direitos sociais no Brasil é parcimoniosa poderia ser refutada em duas frentes: (a) não havia muitas disposições jurídicas (constituições, pactos internacionais, legislação, etc) assegurando tais direitos; (b) na doutrina internacional esse tema não era foco de muitos debates. Por tudo isso, a produção doutrinária nacional nada mais seria do que reflexo do contexto jurídico de sua época. Não seria prudente exigir uma produção quantitativamente expressiva dos autores se eles não viveram em uma época propícia a tanto. Como fazer uma crítica a partir dos parâmetros liberais a pessoas que viveram na Idade Média? O exemplo é caricatural, mas o cerne da questão encontra-se na idéia de que não se deveria olhar o passado sem levar em consideração seu contexto. Esses argumentos devem ser considerados com vagar, pois fazem todo sentido. Contudo, essa possível construção argumentativa parece-me equivocada.

O direito constitucional brasileiro desde a Constituição de 1934 introduz em seu texto preocupações com os problemas sociais brasileiros tanto é assim que ela proclama a inviolabilidade do direito à subsistência (art. 113, *caput*), além de garantir a educação como direito de todos (art. 149)⁴⁵. As Constituições subseqüentes não destoam desse padrão culminando com a Constituição de 1988 a qual, sem dúvida, é a que assegura direitos sociais mais amplamente.

Essa introdução dos direitos sociais também ocorreu no direito constitucional estrangeiro com as Constituições portuguesa de 1976⁴⁶, a soviética de 1977⁴⁷ e a espanhola de 1978⁴⁸. Na verdade, o constitucionalismo social desenvolveu-se de forma substancial nos anos 1920 e desde então diversas constituições trazem em seus textos essa espécie de preocupação. No âmbito do direito internacional público a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 garante uma série de direitos sociais em

⁴⁵ Bonavides (1991, 319-327) afirma que a Constituição de 1934 inaugura, formalmente, o Estado Social no Brasil.

⁴⁶ Eles aparecem expressamente nos artigos 64º (saúde), 65º (habitação e urbanismo), 73º (educação, cultura e ciência), 74º (ensino), 75º (ensino público, particular e cooperativo), 76º (universidade e acesso ao ensino superior) e 77º (participação democrática no ensino).

⁴⁷ Essa Constituição garante expressamente os direitos à saúde (art. 42), à moradia (art. 44) e à educação (art. 45), mas a Constituição de 1936 já garantia este último em seu art. 121.

⁴⁸ Art. 27 (direito à educação), art. 43 (direito à saúde) e art. 47 (direito à moradia).

seus artigos XXII-XXVII, além, claro, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

A respeito da produção intelectual estrangeira, há autores como Marc Bossuyt e Maurice Cranston, que desde a década de 1970, debruçaram-se sobre o tema dos direitos sociais.

Destarte, havia, sim, um contexto jurídico e socioeconômico capaz de criar as condições para um debate doutrinário no Brasil devido (a) ao direito constitucional nacional; (b) ao direito internacional público, (c) aos autores estrangeiros citados; (d) aos problemas socioeconômicos brasileiros.

Os gráficos 1, 2 e 3 levam a outro tipo de questionamento. Os gráficos 1 e 2 mostram nitidamente um crescimento acentuado na publicação de textos sobre direitos sociais a partir dos anos 2000. Há, inegavelmente, uma preocupação maior com o tema nos últimos anos, como mostra o gráfico 3, em comparação a outras épocas. Ao se deparar com esses dados algumas dúvidas são inevitáveis: (a) por que há uma produção tão inexpressiva no período que vai de 1964-1979? (b) por que esse crescimento ocorre apenas após 2000 e não no período logo após a promulgação da Constituição de 1988? (c) embora a maior quantidade de publicações esteja compreendida entre 2000-2006, é na comparação entre os anos 1970-1979 e 1980-1989 que a diferença é mais patente, pois nos anos 1980 a produção é 7 vezes maior do que nos anos 1970. Por que isso ocorreu? Essas perguntas não estão dentro do objeto deste estudo, porém gostaria de abordar *en passant* esses pontos e fazer algumas conjecturas com base em suposições que precisariam ser comprovadas posteriormente com uma pesquisa mais aprofundada.

A história do Brasil pode indicar possíveis respostas. O golpe de 1964, principalmente com o AI-5, anula quase que completamente qualquer participação no espaço público, qualquer reivindicação⁴⁹ (censura, restrições eleitorais, as leis de segurança nacional, etc). Isso gera um enorme receio de que os cidadãos participem

⁴⁹ O Recurso Ordinário Criminal n.º 1.152 julgado no Supremo Tribunal Federal em 1973 mostra, ilustrativamente, uma tentativa de intimidar todos aqueles que criticavam o governo. O STF, nesse acórdão, mantém a condenação de um padre com base na Lei de Segurança Nacional que estava pregando em um púlpito na igreja de Altinópolis. Considerou-se sua conduta como de “guerra subversiva psicológica adversa ao atual regime político social”, pois ele teria declarado: “todos vocês sabem que o Brasil nunca foi independente; que o grito do Ipiranga foi uma farsa (...) [disse ainda que] o governo era responsável pela miséria reinante, bem como pela falta de instrução do povo”. Para maiores pormenores cf. o capítulo 10 de José Reinaldo de Lima Lopes; Rafael Mafei Rabelo Queiroz; Thiago dos Santos Acca, 2009.

ativamente na condução da política nacional. Todos temem criticar o governo. Como afirma José Álvaro Moisés: “1964 desferiu um golpe de morte na instituição da ‘democracia de massas’, representando o fim dessa era [refere-se ao período de 1946-1964] de pressões difusas, mas extremamente disruptivas, sobre o sistema político. Bem cedo, como se sabe, a mudança da política econômica, as intervenções nos sindicatos, a dissolução dos partidos, a anulação quase completa dos poderes do parlamento e a retirada das eleições majoritárias da agenda pública definiram o caráter antidemocrático e antipopular do novo regime. Por uma parte, cancelaram-se quaisquer condições para a participação popular; e, por outra, impôs-se a anulação da própria existência de uma ‘comunidade cívica’; doravante já ninguém poderia participar do espaço público, pela simples razão de que ele não existia mais” (MOISÉS, 1990, 22). Nesse ambiente político e social a defesa dos direitos sociais tornava-se bastante dificultada (cf. LOPES, 2006, 33).

Com o enfraquecimento do regime militar e o renascimento de uma sociedade civil mais ativa inicia-se um processo de reivindicação que tem por objetivo não só os direitos civis e políticos, mas também os sociais. Os pobres começam a ganhar, politicamente, mais visibilidade no cenário nacional. Nesse sentido afirma Lopes que “de 1979 em diante a identificação dos direitos humanos com as classes marginais é crescente. Tratava-se de conquistar os direitos econômicos e sociais para todos e, pois, da ampliação efetiva e eficaz da democracia: ao trabalho (na recessão de 1981-1984 os índices ultrapassavam 14% da população economicamente ativa), à saúde e à educação, à moradia, à vida e à integridade física” (LOPES, 2006, 36).

Provavelmente o fator relevante para o aumento da preocupação da doutrina brasileira dos direitos sociais, refletida no aumento acentuado de publicações entre os períodos 1964-1979/1980-1989, deve-se ao novo contexto social e político.

Outra dúvida fica por conta do crescimento de publicações após a Constituição de 1988. Com a Constituição de 1988 a tendência continua a ser de crescimento, mas, talvez, menos do que seria esperado. Por quê? Sem dúvida, ela consagrou-se como um documento blindado por uma legitimidade jamais vista em nossa história constitucional. Assim, se se queria direitos sociais eles já estavam ali assegurados. Do que mais se necessitava? Com o tempo passou-se a se perceber que não adianta apenas garantir formalmente direitos é necessário um longo caminho para

implementá-los. Isso pode explicar, também, o motivo pelo qual a partir dos anos 2000 há um crescimento muito grande sobre o tema⁵⁰.

Ainda sobre o impacto da Constituição de 1988, poderia se dizer que ela ocasionou uma revolução na linguagem dos direitos fundamentais. Em um primeiro momento, 1990-1999, isso não foi tão significativo para os direitos sociais. O que não leva a conclusão de que não impactou de forma mais aguda direitos relacionados às liberdades em geral (voto, expressão, ir e vir, etc). O momento histórico tinha como premente questões ligadas à repressão política do regime militar. E as reivindicações por uma melhoria na qualidade de vida na década de 1980 estavam mais próximas das ações políticas, das manifestações populares do que do propriamente do direito.

Isso não significa que a Constituição de 1988 não teve impacto sobre a produção doutrinária acerca dos direitos sociais. O gráfico 4 mostra que praticamente 90% dos textos sobre direitos sociais foram publicados entre 1990 e 2006 enquanto entre 1964 e 1989 apenas 10%. A cada texto publicado entre 1964 e 1989 nove foram escritos entre 1990 e 2006. Não há como identificar todas as causas desse aumento de publicações, tampouco é a intenção deste trabalho, mas não há como ver como mera coincidência o fato de que após 1988 há um número muito maior de textos sobre direitos sociais. Isso não foi por acaso.

Fonte: elaboração do autor com base na bibliografia (ver anexo) obtida pelos critérios expostos no capítulo I

⁵⁰ Agradeço as observações feitas pela pesquisadora da DIREITOGV-SP Flávia Scabin as quais me incitaram a pensar sobre esse ponto.

Além de circunstâncias históricas, sociais, políticas, jurídicas e econômicas, outro fator que pode ser relevante para o constante aumento no número de publicações sobre direitos sociais é o crescimento dos programas de pós-graduação na área de direitos nos últimos 15 anos. O quadro abaixo deixa claro que em apenas dez anos o número de programas de pós-graduação cresceu aproximadamente 222%. Em 1996 eram 18 programas enquanto em 2006 somaram-se 58 programas de pós-graduação por todo o Brasil.

Tabela 2. Aumento do número de programas de pós-graduação em direito no Brasil

Ano	Número de programas de pós-graduação na área jurídica
1996	18
1998	23
2000	37
2002	43
2004	49
2005	52
2006	58

Fonte: tabela elaborada pelo autor com base nos dados obtidos em <http://ged.capes.gov.br/AgDw/silverstream/pages/frPesquisaColeta.html>

1.1.1 Autores com maior número de publicações

Quais são os autores mais representativos na produção quantitativa dos direitos sociais no Brasil dos últimos 40 anos? Os autores se preocupam permanentemente com o tema ou as publicações são apenas ocasionais? Essa pergunta levou à elaboração da tabela 3.

Tabela 3. Número de publicações de direitos sociais por autor

Autores	Artigos de periódico	Capítulo de livro	Livros	Total
1. Edivaldo M. Boaventura	2 (92; 95)	1 (05)		3
2. Suelli Dallari	2 (88;88)		1 (95)	3
3. Ingo Wolfgang Sarlet	4 (05;03;03;02)			4
4. Germano Schwartz	3 (01;01;00)	1 (03)	02 (01;03)	6

Fonte: elaboração do autor com base na bibliografia (ver anexo) obtida pelos critérios expostos no capítulo I

Essa tabela mostra que somente dois autores publicaram 4 ou mais textos. Na tentativa de procurar marcos comparativos com outras áreas do direito a fim de se saber a quantidade de produção de outros autores, realizei uma pesquisa exploratória no *IusData* (portanto, o resultado da pesquisa circunscreve-se somente a artigos de periódico. Ver cap. I). Com base nessa pesquisa é possível concluir que em outros temas como direito do consumidor e meio ambiente há um número muito maior de textos por autor. Para tanto, foquei-me em dois autores Cláudia Lima Marques, cuja área de concentração é o direito do consumidor, e Édis Milaré, cuja área de concentração é o direito ambiental. A pesquisa foi realizada com os seguintes argumentos “Claudia”, “Lima”, “Marques” e “consumidor” (palavra que deveria aparecer necessariamente no título) o resultado foi de 25 artigos de periódico (na verdade, apareceram 28 artigos, mas descontamos os repetidos) entre 1991-2003. Fiz o mesmo com Édis Milaré digitando apenas “Milaré” e “ambiente” (termo que deveria aparecer necessariamente no título). O resultado obtido foi de 12 artigos de periódico, descontados os repetidos, publicados entre os anos de 1987-2004. É claro que essa comparação mereceria um maior rigor, porém, seja como for, é evidente que o tema dos direitos sociais está defasado quantitativamente no Brasil em relação a outros.

Outra conclusão importante dessa comparação é que autores como Claudia Lima Marques e Édis Milaré estão se preocupando, cada qual na sua área, de uma forma contínua com seus temas. Em princípio, para que haja uma produção qualitativamente consistente sobre direitos sociais é preciso que os autores amadureçam suas idéias com o passar do tempo. Esse amadurecimento é alcançado justamente com o estudo e a publicação de textos na comunidade acadêmica a fim de que por meio do diálogo, de um estudo dirigido e do amadurecimento de idéias lapidem-se os textos apresentados para uma melhor resolução de problemas jurídicos. Ora, se os autores dedicam-se ao tema em curtos períodos de tempo e não mais voltam a ele a tendência é que não haja um aprofundamento do tema em questão. A falta de publicações contínuas sobre o tema por um mesmo autor pode prejudicar a qualidade dos debates jurídicos realizados.

Mas há dois destaques importantes como Germano Schwartz e Ingo Wolfgang Sarlet. O primeiro vem se destacando na área do direito à saúde com 5 publicações entre os anos de 2000 e 2003. O segundo vem se dedicando de perto ao tema, principalmente, entre 2002 e 2005.

E como por meio da simples constatação do número de publicações de um autor é possível verificar uma maior preocupação com determinado objeto de estudo e, portanto, apontando, em princípio, para uma maior qualidade de seus trabalhos? A título de exemplo tome-se um autor como John Rawls. Sua obra seminal, sem dúvida, é *Uma teoria da justiça* publicada em 1971. Levando em consideração a repercussão generalizada obtida nos meios acadêmicos, provavelmente, é sua grande obra. Rawls conseguiu retomar o tema da justiça de tal forma que após a publicação de *Uma teoria da justiça* começaram a aparecer vários estudos sobre justiça e comentários ao livro mencionado. Contudo, essa sua preocupação com o tema da justiça surgiu de repente? Será que um autor dessa envergadura resolveu pouco antes de 1971 escrever sobre a justiça e conseguiu obter um resultado surpreendente ao fazer que muitos autores retomassem o debate sobre o assunto em diversas disciplinas como ciência política, filosofia e direito? Não é isso que mostra a sua bibliografia⁵¹. Em 1958 Rawls publica o primeiro texto sobre justiça e só depois de treze anos é que aparece *Uma teoria da justiça*. É importante ainda ressaltar que o autor já tinha experiência acadêmica, pois seu primeiro texto é de 1950. Assim, são mais de vinte anos de reflexão, direta ou indiretamente, relacionada à justiça para que surja em 1971 uma obra que exerça tamanha influência e cause repercussão generalizada na academia. Sem contar o fato de que Rawls continuou dentro desta mesma empreitada intelectual até o ano de sua morte em 2002.

⁵¹ (1958). Justice as Fairness. *Philosophical Review*, apr., n.º 67, pp. 164-194.

(1961) Justice as Fairness. In: OLAFSON, Frederick A. (org.). *Justice and social policy: a collection of essays*, pp. 80-107. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, A Spectrum Book.

(1962) Justice as Fairness. In: LASLETT, Peter; RUNCIMAN, W.G. Runciman (org.). *Philosophy, politics and society, 2nd series*, pp. 132-157. Oxford: Blackwell.

(1963) Constitutional liberty and the concept of justice. In: FRIEDRICH, Carl J.; CHAPMAN, John W. (orgs.). *Nomos, VI: justice*, pp. 98-125. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy. New York: Atherton Press.

(1963) The Sense of Justice. *Philosophical Review*, jul., n.º72, pp. 281-305.

(1965) Social Justice. *Philosophical Review*, jul., n.º74, pp. 406-409.

(1967) Distributive Justice. In: LASLETT, Peter; RUNCIMAN, W. G. Runciman (orgs.). *Philosophy, politics, and society. Third series*, pp. 58-82. London: Blackwell.

(1968) Distributive Justice: Some Addenda. *Natural Law Forum*, n.º 13, pp. 51-71.

(1969) Justice as Fairness. In: LIPMAN, Matthew (org.). *Discovering Philosophy*, pp. 76-84. New York: Appleton.

(1969) The Sense of Justice. In Joel Feinberg, ed., *Moral Concepts*, pp. 120-140. Oxford Readings in Philosophy. London: Oxford University Press, 1969.

(1970) Justice as Fairness. In: SELLAR, Wilfrid; HOSPERS, John (orgs.). *Readings in Ethical Theory*. 2nd ed., pp. 578-595. New Jersey: Prentice-Hall.

Essa bibliografia foi retirada do site <http://sun3.lib.uci.edu/~scctr/philosophy/rawls.html>

Neil MacCormick⁵² é outro exemplo. Seu livro *Rhetoric and the rule of law* foi publicado no ano de 2005, mas este não é um livro completamente novo. Na verdade, MacCormick afirma em seu prefácio que ficou vinte e cinco anos burilando seu *Legal reasoning and legal theory*, publicado em 1978, para escrever finalmente um novo livro. De acordo ainda com o prefácio é fácil perceber que o autor não ficou simplesmente pensando vinte e cinco anos sobre como seria sua nova obra, como também escreveu textos em revistas, recebeu várias críticas, considerou-as, enfim, esteve exposto constantemente a um debate sobre seu tema por meio do qual amadureceu suas idéias.

1.1.2 *Direitos específicos mais estudados*

Separei os textos em dois grupos. No primeiro computei todos os textos que tratam genericamente de direitos sociais. No segundo considerei apenas as publicações que abordem algum direito social específico (direito à saúde, educação e moradia).

O gráfico 5 deixa claro que a doutrina brasileira preocupa-se mais com questões específicas de cada direito do que com questões genéricas acerca dos direitos sociais. Essa informação leva a, pelo menos, uma reflexão: a classificação de uma série de direitos como lazer, segurança, moradia, saúde, educação, assistência aos desamparados, trabalho dentro do conceito de direitos sociais. O que esses direitos têm em comum? A tendência dos autores de escreverem sobre direitos específicos pode apontar para dificuldade de se tratar direitos tão diversos sob o rótulo de direitos sociais. Talvez não seja possível tutelar judicialmente da mesma forma saúde, educação e moradia. Talvez questões como a reserva do possível, eficácia jurídica, formas judiciais de tutela dentre outras, embora possam ser tratadas tomando como base qualquer das três espécies de direitos, levem a problemas diferentes quando se foca um ou outro direito. Dessa forma haveria uma dificuldade em se falar amplamente em direitos sociais e, por isso, a doutrina preferiria tratar de cada direito especificamente.

⁵² Tenho consciência de que tanto Rawls quanto MacCormick não são autores que se encaixam dentro do conceito de doutrina adotado por este trabalho. Isso não significa que os exemplos trazidos à baila sejam inúteis. Isso porque, a maturação de idéias não é essencialmente diferente entre doutrinadores e não doutrinadores (sociólogos do direito, historiadores do direito, filósofos do direito, etc). A qualidade de um trabalho em qualquer área passa pelo desenvolvimento paulatino de idéias, por erros e acertos. Mais uma vez agradeço à pesquisadora da DIREITO-GV, Flávia Scabin, pelas observações.

Gráfico 5

Fonte: elaboração do autor com base na bibliografia (ver anexo) obtida pelos critérios expostos no capítulo I

Comparei, tomando como 100% a soma de todos os textos publicados que abordam especificamente direito à saúde, educação e moradia (portanto, excluindo os textos que tratam genericamente de direitos sociais), quais dentre esses direitos são os quantitativamente mais estudados.

Levando-se em consideração apenas textos publicados especificamente sobre saúde, educação e moradia, os gráficos 6 e 7 revelam que nos últimos quarenta anos saúde é o tema mais estudado. Não há uma paridade quantitativa entre os direitos, ou seja, os textos sobre direito à saúde perfazem mais que o dobro do que os textos sobre direito à moradia. No entanto, há um número muito maior de dispositivos constitucionais sobre saúde do que moradia. A Constituição refere-se expressamente à moradia ao traçar o rol de direitos sociais (art. 6º) e ao determinar quais são as competências comuns (art. 23, IX) dos entes federativos. Enquanto sobre saúde além do art. 6º há todo um regramento constitucional na Seção II do Capítulo II do Título VIII “Da ordem social” (arts. 196-200).

Gráfico 6

Fonte: elaboração do autor com base na bibliografia (ver anexo) obtida pelos critérios expostos no capítulo I

Gráfico 7

Fonte: elaboração do autor com base na bibliografia (ver anexo) obtida pelos critérios expostos no capítulo I

1.2 Limites desta análise quantitativa

Há alguns limites nesse tipo de abordagem, principalmente das conclusões a que se pode chegar a partir dos dados mostrados. Gostaria de apontá-los; (a) o recorte temático não permite que tenhamos uma completa idéia de tudo que foi escrito sobre direitos sociais no Brasil já que foram excluídos textos que não tivessem perspectiva constitucional (por exemplo, textos que tivessem como objeto o sistema financeiro de

habitação não foram escolhidos); (b) por mais abrangente que tenha sido a pesquisa bibliográfica, tenho consciência de que não consegui obter tudo o que foi publicado entre 1964 e 2006 sobre direitos sociais.

Sem dúvida da análise das tabelas poucas conclusões definitivas podem ser inferidas. Entendo, contudo, que esse tipo de empreitada pode ajudar a vislumbrar certas tendências no cenário jurídico dos últimos 40 anos a respeito da produção doutrinária dos direitos sociais.

E qual a utilidade em se saber se há uma preocupação maior ou menor com o tema? Bem, parece-me que se não há um debate minimamente generalizado sobre o assunto é difícil a formação de uma cultura jurídica que consiga enfrentar os problemas gerados pelas demandas de direitos sociais. Ora, se há poucos textos sobre o tema provavelmente há probabilidade menor (obviamente, não é impossível) de ocorrer um debate maduro sobre direitos sociais. Não seria necessário um debate doutrinário (sem desmerecer a jurisprudência, reformas institucionais e a concretização desses direitos por meio de uma legislação infraconstitucional) volumoso e consistente para efetivamente se alcançar resultados satisfatórios na aplicação desses direitos? Se, como diz MacCormick (1981, 1-2), a teoria contribui para os debates práticos, bem como formula um equipamento teórico disponível para aqueles que possuem problemas concretos, verificar a quantidade de textos oferece uma noção, embora imprecisa, do possível potencial de construção teórica em torno dos direitos sociais.

2. A doutrina brasileira dos direitos sociais em temas

O propósito deste item é sistematizar a doutrina dos direitos sociais. O critério adotado para tanto foi temático. Os temas que compõem este item foram selecionados (relacionados sempre aos direitos sociais) a partir do conteúdo identificado na própria literatura. Em outras palavras, os tópicos deste item refletem sobre o que a doutrina dos direitos sociais vem discorrendo. Assim, a escolha do conteúdo não ocorreu a partir de temas que reputei relevantes *a priori*. A sistematização dos textos não foi elaborada a partir da adoção de pontos temáticos (por exemplo, reserva do possível ou obrigações positivas e negativas) por mim previamente selecionados.

A opção de apenas expor neste item temas que considero importantes não seria consentânea com os propósitos deste trabalho. Isso porque, se sistematizasse a doutrina

a partir de temas previamente selecionados estaria descrevendo apenas como a doutrina trata destes temas e, ao mesmo tempo, estaria desconsiderando possíveis outros pontos focados pelos textos. Dessa forma, a idéia foi inversa: primeiro verificou-se, após a leitura de todos os textos, quais eram os temas focados e, posteriormente, com base neles sistematizou-se a doutrina.

No entanto, não considere todo o conteúdo dos textos como passíveis de serem incluídos neste item. Apenas os conteúdos que possibilitam debates foram destacados nesta sistematização. Assim, é preciso esclarecer o que significa “tema” para esta pesquisa.

Tema não significa apenas discorrer sobre um assunto, porém discorrer sobre um assunto de modo questionador, problemático. Dessa forma, a proposta deste item não é simplesmente relatar, transcrever os textos doutrinários, isto é, não é minha intenção fazer um simples “recorta e cola”. Pretendo sistematizar a doutrina em torno de questões que possibilitam respostas em caminhos diversos. Ilustrarei com exemplos:

Tema (assunto)	Tema (problema)
“Aos princípios que garantem os direitos dos indivíduos – jovens, adolescentes e adultos – há correspondente obrigação do Estado, como sujeito passivo da prestação educacional, com deveres a cumprir [citação do art. 208 da CF] dentre as garantias, considerar sobretudo: 1) ensino fundamental, obrigatório; 2) extensão do ensino obrigatório e gratuito, progressivamente, ao ensino médio; 3) atendimento aos portadores de deficiência; 4) atendimento em creche e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade (...)” (BOAVENTURA, 2005, 118-119)	“(…) na proteção do direito público subjetivo da saúde: <i>o cidadão e/ou estrangeiro residente no país deve ser pessoa necessitada, e que não possa arcar com os custos da manutenção de sua saúde sem comprometer seu sustento próprio e/ ou de sua família</i> ” (SCHWARTZ, 2001A, 83) “Aceitar a idéia de que os dispositivos constitucionais relacionados à saúde são de caráter programático e que sua aplicabilidade depende de norma regulamentadora significa dizer que a eficácia do Texto Constitucional está subordinada a uma norma hierarquicamente inferior no sistema jurídico, o que não se admite” (SPITZCOVSKY, 2006, 69)

A coluna da esquerda apresenta um trecho de caráter descritivo. Sem dúvida ele trata de um tema (assunto): direito à educação. Entretanto, tal tema cinge-se demasiadamente ao texto constitucional. O autor contenta-se em descrever o art. 208 da Constituição. Não há como discordar dele na medida em que não é construído nenhum

problema ou divergência com o texto constitucional. O autor não o critica ou interpreta. Perceba-se que a função deste trecho é descritiva. Por sua vez, os dois trechos citados na coluna da esquerda apresentam uma dinâmica diferente. O primeiro texto interpreta posiciona-se a respeito da titularidade do direito à saúde. Não entra em questão, pelo menos não neste capítulo III, se concordo ou não com tal posição. O ponto relevante a ser destacado é a possibilidade de discordância do posicionamento de Schwartz. Por outro lado, isso não faz sentido no texto de Boaventura. É possível discordar que a Constituição em seu art. 208, I assegura o direito ao ensino obrigatório? Não, porque o texto constitucional realmente diz isso. Boaventura nada mais faz do que repeti-lo. Schwartz, de modo distinto, está enfrentando o seguinte problema: o direito à saúde é universal ou deve ser garantido apenas aos mais necessitados? E diante de tal questionamento diversas respostas podem ser construídas. O segundo texto da coluna da esquerda posiciona-se a respeito do problema de necessidade de criação de norma infraconstitucional para a aplicação dos direitos sociais. O autor afirma que os direitos sociais podem ser aplicados diretamente do texto constitucional, portanto, sem a necessidade de existência de legislação infraconstitucional.

Por ora o que se pretende é tentar transpor as questões que aparecem na doutrina e suas respostas. Muitos textos não trazem, como visto no exemplo acima, qualquer debate. Assim, na maior parte dos casos não há o que relatar. Diante desse quadro o critério adotado para a inclusão de um tema neste item foi se o texto expõe e propõe um “problema” em torno do qual o doutrinador debata. Em várias oportunidades não se consegue identificar qual o ponto sobre o qual se está dissertando. Os textos são inconcludentes, isto é, não é possível identificar qual a posição do autor acerca de determinado assunto (qual, afinal, a posição de Boaventura sobre o art. 208?). Nesses casos vê-se uma simples descrição legislativa, jurisprudencial ou doutrinária que em geral vem somada com afirmações incontroversas. Não há controvérsia em textos que afirmam que o direito à saúde, à educação ou moradia para os indivíduos são importantes ou ainda descreve como o Brasil é desigual. Ninguém discorda que esses bens são importantes. Ninguém discorda de que o Brasil é desigual ou apresenta graves problemas nessas áreas. Se o doutrinador simplesmente trata determinado tema como um conjunto de informações a serem descritas sem nenhum propósito, esse tema não será abordado neste item. No entanto, se o doutrinador debate um tópico, por exemplo,

se os direitos sociais são ou não cláusulas pétreas, isso será exposto neste item. Esse tipo de perspectiva que interessa aqui⁵³.

Com relação aos autores que apresento neste item gostaria de esclarecer alguns critérios dos quais me vali para que tais autores ganhassem voz na construção deste item. Em primeiro lugar, a exposição de alguns autores não ficou clara, por isso não apareceram aqui. Por exemplo, a opinião de Sérgio Souza sobre a aplicabilidade do direito à moradia: “a atuação do Poder Público deve garantir a efetividade desses direitos constitucionalmente previstos, com mecanismos coercitivos, já que a Constituição Federal não se satisfaz abstratamente com o simples reconhecimento de um direito. Logo, apesar de ter o direito à moradia aplicação imediata, surge o dever estatal de proteger e facilitar o seu pleno exercício, e as normas infraconstitucionais também devem atuar em conjunto com a norma constitucional, protegendo e facilitando o exercício desse direito” (SOUZA, 2004, 120). Não resta claro o que o autor entende por “aplicação imediata”. Essa expressão pode tanto significar, no contexto utilizado por Sérgio Souza, que ele admitiria ser consentâneo com tal idéia um pedido de moradia (casa) ao Estado ou que, na verdade, o direito à moradia é compreendido como o que José Afonso da Silva denomina de direito subjetivo negativo (SILVA, 2002, 178), isto é, seus efeitos são de outra ordem⁵⁴ (SILVA, 2002, 164). Não expus o pensamento de um autor se ele não estava claro.

Em segundo lugar, não me preocupei em expor trechos, em reproduzir exatamente a idéia de todos os autores. O objetivo foi de procurar expor a diversidade de posicionamentos desde que fossem minimamente fundamentados. Procurei

⁵³ Alguns poderiam se questionar se minha proposta de sistematização da doutrina dos direitos sociais não é contraditória. Por um lado, o critério de seleção é a problematização temática. Por outro, este item é descritivo. Ora, a descrição é ou não um problema? A resposta a tal indagação desdobra-se em duas partes (a) meu papel na construção deste item não é de doutrinador, mas de um pesquisador que está olhando a doutrina “de fora”; (b) a descrição empreendida neste item não é sem propósito na medida em que ela pretende justamente retratar a doutrina. Essa descrição, portanto, é o próprio objeto deste trabalho que não se propõe, pelo menos neste capítulo, a ser “doutrinário”.

⁵⁴ “Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI – criam situação jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (...)” (SILVA, 2002, 164).

identificar correntes de pensamento dado certos temas e verificar qual a argumentação desenvolvida a fim de sustentar determinado posicionamento.

2.1 Princípio do não retrocesso social

O princípio do não retrocesso social preconiza, basicamente, que ganhos sociais garantidos pelo Estado aos seus cidadãos não podem posteriormente ser suprimidos. Por exemplo, se há uma política pública de distribuição de remédio para pacientes com HIV o Estado não pode revogar essa política já que em determinado momento assegurou esse direito à população.

Costa, embora não empregue exatamente o termo “não retrocesso social”, é o primeiro a tratar, baseado em manual de direito constitucional de Konrad Hesse, da irreversibilidade das conquistas sociais asseguradas pelo Estado (1990, 435). No entanto, o tema só vai reaparecer no início dos anos 2000, 10 anos mais tarde.

A leitura dos textos aqui analisados mostra que a doutrina aceita o princípio do retrocesso social. E essa aceitação do princípio por parte da doutrina é clara. O problema surge quando se pretende saber exatamente qual é o limite dessa proibição de supressão das novas conquistas. Afinal, determinada legislação que contivesse direitos sociais não poderia ser alterada em hipótese alguma? É possível encontrar na doutrina três posicionamentos distintos sobre essa questão.

O primeiro defende que qualquer alteração nas políticas públicas não deve ser aceita:

“(...) podemos concluir que qualquer norma, que tenha como meta a relativização, supressão ou aniquilação dos direitos sociais devem ser declaradas pelos nossos Tribunais como sendo inconstitucional. Somente assim poderemos cumprir o que dispõe nosso texto constitucional, que sempre deve ser analisado pela sua totalidade, pela sua integralidade” (AFONSO, 2006, 252)

Note que nesse trecho há uma afirmação contundente: o princípio em foco impede até mesmo a “relativização” dos direitos já garantidos por via legislativa. Como há inconstitucionalidade, segundo Afonso, mesmo em casos de “relativização” parece-me que o autor não aceita que qualquer tipo de alteração na legislação garantidora de direitos sociais.

O segundo posicionamento entende que o legislador pode alterar as políticas públicas, mas não pode suprimi-las:

“A proibição do retrocesso impede que direitos sociais já disciplinados e garantidos pela legislação infraconstitucional e implementados através de ações e programas de políticas públicas sociais sejam, ao alvedrio dos Poderes Públicos, extintos, configurando o vácuo do direito (...) [as] legislações podem ser alteradas, mas não revogadas, sem que, em seu lugar, se promulguem novos dispositivos legais e programas de políticas públicas que continuem a preservar os direitos fundamentais sociais já disciplinas e implementados.

Assim, o sentido do princípio do retrocesso não é engessar a argumentação e os espaços democráticos, mas garantir, com segurança, condições materiais básicas para que a democracia não seja prerrogativa de alguns (...)” (GONÇALVES, 2006, 199-201).

O terceiro aceita uma redução desde que não atinja o núcleo essencial do direito social em questão. Nesse sentido Marcelene Ramos afirma que

“a proibição do retrocesso social é princípio constitucional que decorre da democracia e do Estado Social e significa que, os direitos sociais, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir uma garantia institucional não podendo ser eliminados ou reduzidos a ponto de atingir o núcleo essencial do direito consagrado constitucionalmente” (RAMOS, 2005, 158-159)⁵⁵.

Segue essa mesma linha Carlos Reis, porém ele agrega à posição exposta acima uma tentativa de definir “núcleo essencial”:

“Convém registrar, todavia, que tal vedação não pode ser vislumbrada, até mesmo em função de fatos econômicos, como absoluta, sob pena, até mesmo, de se aniquilar qualquer autonomia legislativa, já que um Parlamento formado posteriormente pode ter uma visão distinta sobre como tornar eficaz os direitos fundamentais sociais. O limite para o legislador infraconstitucional, saliente-se, encontra-se justamente no núcleo essencial dos direitos fundamentais, o que não pode ser esvaziado.

Em outros termos, a atividade legiferante pode desencadear, desde que respeitada também a devida proporcionalidade, mudanças na eficácia do comando

⁵⁵ Para posição semelhante cf. Sarlet, 2003, 363-364.

constitucional referente a direitos fundamentais, mas desde que respeite o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o que implica afirmar ser defeso ao legislador ordinário deixar um 'vácuo jurídico' no lugar da norma infraconstitucional revogada, representando tal conduta ilícito constitucional.

A questão que surge nesse ponto é se determinar o conceito de núcleo essencial de um direito fundamental (...) em linhas gerais pode-se conceituar núcleo essencial dos direitos fundamentais como a eficácia (jurídica) mínima apta a moldar a realidade por intermédio do dever-ser normativo e sem a qual a norma constitucional de direito fundamental torna-se um verdadeiro nada jurídico” (REIS, 2005, 64-65).

Percebe-se nessas três posições uma escala que compreende o princípio do não retrocesso social como um impedimento absoluto de possíveis alterações levadas a cabo pelo legislador até os que pretendem criar critérios que limitem o poder do legislador, uma vez assegurados direitos sociais, de dispor sobre a legislação.

No primeiro caso, o princípio acaba desempenhando uma função de “petrificador” das políticas sociais. A legislação infraconstitucional é alçada a um *status* semelhante ao de cláusulas pétreas.

No segundo caso, se a legislação pode ser alterada, mas não revogada o ponto nebuloso gira em torno de se saber qual é o limite dessa alteração. Isso porque há a possibilidade de políticas públicas serem tão profundamente alteradas que praticamente haja sua supressão. Dessa forma, a questão é justamente saber a linha que distingue uma alteração de uma supressão. Não é difícil imaginar casos em que a alteração na legislação pode representar uma verdadeira revogação do direito. Por exemplo, o poder público distribui gratuitamente um coquetel de remédios composto por três medicamentos distintos. Imagine que ele reduza essa distribuição a 1 medicamento. Imagine ainda que os outros dois, embora excessivamente caros, são os mais importantes no combate à doença. Há supressão ou não ao direito à saúde?

Uma idéia mais clara sobre o que poderia ou não ser alterado é desenvolvida pelo terceiro grupo de autores. Neste último caso também se admite a possibilidade de alteração da legislação, ou seja, compreende-se que o princípio do não retrocesso social é relativo. Nessa linha de pensamento, há uma tentativa de identificar genericamente quais seriam os limites impostos ao legislador pelo princípio em tela. Entretanto, o problema permanece, pois critérios como “núcleo essencial” ou “dignidade humana”

usados para demarcar esses limites também não são claros. Reis apercebe-se do problema e traz um conceito de núcleo essencial: “eficácia (jurídica) mínima apta a moldar a realidade por intermédio do dever-ser normativo e sem a qual a norma constitucional de direito fundamental torna-se um verdadeiro nada jurídico” (REIS, 2005, 65). Essa definição não auxilia na compreensão do que é núcleo essencial, porque o autor a conceitua com termos abertos como “mínima”, “apta a moldar a realidade”.

Andreas Krell aponta alguns problemas, referentes ao princípio do não retrocesso social, os quais não são abordados pela doutrina:

*“Para podermos construir uma garantia da manutenção do nível de prestação social uma vez alcançado, seria importante esclarecer se essa proibição se refere somente à atividade legislativa ou também à redução do nível de organização fática dos serviços básicos e do volume de prestações materiais, como cortes no orçamento da respectiva entidade pública. Também não fica claro se as leis orçamentárias nos três níveis federativos poderiam diminuir o valor das verbas destinadas aos fins sociais básicos e se leis ordinárias já existentes sobre o assunto não podem mais ser revogadas. Infelizmente, os defensores dessa tese da proibição do retrocesso social ainda não aprofundaram a questão [aqui o autor cita Paulo G. Gonet Branco. “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: Mendes, Gilmar F. et alii. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, 2000, p. 149 ss]” (KRELL, 2002, 39-40).*

O autor questiona quais são exatamente os “objetos” abrangidos por tal princípio. Não é só o Legislativo que cria políticas públicas, mas também e, sobretudo, o Executivo. Se um prefeito resolve diminuir o número de enfermeiros que atende no Posto de Saúde de certo bairro o princípio do não retrocesso social impediria tal decisão? E se o governador resolve aumentar o número de alunos por sala de aula? O orçamento também não pode ser alterado? Imagine-se a seguinte situação: 25% do orçamento de um determinado Estado vai para a educação o que correspondeu em 2005 a 1 bilhão de reais. No entanto, essa unidade federativa no ano subsequente teve uma redução em seu orçamento e, embora mantivesse a mesma destinação percentual para a educação (25%), em valores nominais esse setor recebeu 800 milhões. A partir da idéia de não retrocesso social como deveria agir o indigitado Estado: deve aumentar para, pelo menos, 1 bilhão as verbas destinadas à educação ou não? O que efetivamente o princípio em foco proíbe que se modifique?

Isso não significa que a doutrina deva discutir todos os casos imagináveis para determinar quando o princípio atua ou não, contudo, parece-me que a doutrina não conseguiu ao menos criar parâmetros úteis para sua aplicação. Nesse sentido, concordo com a afirmação de Krell de que “os defensores dessa tese da proibição do retrocesso social ainda não aprofundaram a questão” (2002, 40).

Outro ponto a se salientar é a falta de consideração a argumentos contrários à adoção do princípio do não retrocesso social. A doutrina brasileira dos direitos sociais aceita unanimemente tal princípio sem sequer discutir os argumentos contrários a sua construção. O único a considerar a visão de quem nega a existência do princípio do não retrocesso social é Ingo Sarlet. Reproduzo abaixo trecho a esse respeito:

“Contra o reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso na esfera das conquistas sociais, costuma esgrimir-se especialmente o argumento de que esta esbarra no fato de que o conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais não se encontra, de regra, definido ao nível da Constituição, sendo, além disso, indeterminável sem a intervenção do legislador, de tal sorte que este deverá dispor de uma quase absoluta liberdade de conformação nesta seara, que, por sua vez, engloba a autonomia para voltar atrás no que diz com as próprias decisões, liberdade esta que, no entanto, se encontra limitada pelo princípio da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reducionistas” (SARLET, 2005, 349)

Por fim, gostaria de desfazer a idéia de que não há textos sobre o princípio do não retrocesso social como afirma Túlio Afonso (2006, 243). Como visto nos parágrafos acima, há uma série de autores que tratam do assunto ainda que em geral eles não desenvolvam um estudo mais detalhado sobre a questão.

2.2 Direitos sociais e cláusulas pétreas

Há na doutrina um questionamento sobre a possibilidade de alteração por emenda constitucional das normas garantidoras de direitos sociais. O problema surge devido à redação do art. 60, §4º, IV da CF o qual determina que os direitos e garantias individuais não são objeto de deliberação à proposta de emenda constitucional. Ora, se a Constituição usou expressamente o termo “individuais” será que os direitos sociais também estariam protegidos por tal dispositivo?

A doutrina é praticamente unânime em considerar os direitos sociais como cláusulas pétreas. A interpretação literal do texto constitucional, como exposta acima, é rejeitada. Isso porque, segundo Correia (2004, 30), Almeida (2006, 88) e Medeiros Neto (2004, 81), se a expressão fosse tomada literalmente até mesmo alguns incisos do art. 5º não seriam considerados cláusulas pétreas. O capítulo I do título II da Constituição intitula-se “dos direitos e deveres individuais e coletivos” e, portanto, não corresponde à dicção do art. 60, §4º, IV. Ademais, conforme os mesmos autores, não há nenhuma parte da Constituição que recebeu a denominação “direitos e garantias individuais”. Assim, mesmo a interpretação literal sofreria dificuldade para se manter bem fundamentada.

Outro argumento utilizado pela doutrina aproxima os direitos sociais da dignidade da pessoa humana ou considera sua importância para a existência humana (MEDEIROS NETO, 2004, 84; SARMENTO, 2001, 165; TERRA, 2001, 74-75). A dignidade da pessoa humana, para esses autores, é princípio fundamental para a ordem constitucional e como os direitos sociais auxiliam na sua concretização ou na sua proteção eles não podem ser alvo de emenda constitucional. Em outras palavras, não faria sentido que direitos tão relevantes para a ordem constitucional não ficassem protegidos pelo art. 60, §4º, IV.

Raul Horta advoga posição única dentro da doutrina dos direitos sociais. Segundo ele:

“os direitos sociais não foram introduzidos no domínio dos direitos individuais e coletivos, particularizados nos setenta e sete incisos do art. 5º. Por isso, não estão abrangidos pela cláusula da irreformabilidade que contempla ‘os direitos e garantias individuais’ e nesses direitos e garantias não foram incluídos os direitos sociais. A irreformabilidade, em tema de direitos sociais, só poderá ocorrer no caso de uma conexão entre determinado direito social e direitos e garantias individuais, isto é, se o direito social estiver vinculado a determinado direito e determinada garantia individual, de forma que a abolição do direito social possa conduzir a correlata abolição de direito ou garantia individual, consequência inalcançável por uma proposta de emenda constitucional” (1998, 29-30).

Horta ao fazer uma interpretação restritiva e literal do art. 60, §4º, IV conclui que apenas os direitos expressos no art. 5º são cláusulas pétreas. O direito social só não

será reformado se estiver vinculado ao individual. O que, dentro de sua proposta, faz sentido na medida em que suprimir um direito individual a partir de um direito social é contornar a Constituição a qual determina que os direitos individuais não podem ser alterados.

2.3 Definições e as obrigações jurídicas impostas pelos direitos sociais

2.3.1 O que são direitos sociais?

O primeiro, e ao mesmo tempo o mais extenso, debate sobre o conceito de direitos sociais foi desenvolvido por Paulo Lopo Saraiva (1983, 23-39). Suas preocupações principais eram três (a) desfazer a idéia de que direitos sociais circunscrevem-se apenas aos direitos trabalhistas; (b) definir os direitos sociais como gênero o qual, portanto, inclui diferentes espécies de direitos; (c) estabelecer quais os direitos inclusos na mencionada expressão.

Os pontos de debate propostos por Saraiva fazem todo o sentido se se levar em consideração o ambiente jurídico no qual estava inserido. Diante de um ambiente teórico e prático que não juridicizava questões relativas à moradia, saúde ou educação foi necessário reafirmar que os direitos sociais não abarcavam somente direitos trabalhistas, mas também outras espécies de direitos. Por isso, afirma o autor, desde o início de seu Capítulo I (denominado “dificuldades conceituais”):

“Não é nova a dificuldade de conceituação da expressão direitos sociais. Em princípio, confundem-se estes com direitos laboristas, uma de suas espécies. É assim que o qualificam os professores brasileiros Cesarino Júnior e Ruy Azevedo Sodré, como ainda o professor alienígena Garcia Oviedo” (SARAIVA, 1983, 23)

A Constituição de 1967 não trazia expressamente, como faz a atual em seu art. 6º, um rol especificando quais eram os direitos considerados sociais, tampouco os qualificava como fundamentais. Saraiva interpreta o texto constitucional de 1967 não só para identificar quais eram os direitos sociais, mas também para tratá-los como fundamentais. O autor baseou-se no art. 153, §36⁵⁶ da Constituição então em vigor para

⁵⁶ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

concluir que os direitos sociais foram considerados implicitamente como direitos fundamentais. Além deste artigo justifica sua posição pela relevância ao ser humano dos direitos sociais:

“O importante, a nosso ver, é o estabelecimento da distinção entre Direito social constitucional e suas espécies.

O direito social constitucional é um direito fundamental, ínsito à pessoa humana, que, sem o exercício deste, jamais poderá realizar seus mínimos objetivos.

O direito fundamental é, portanto, parte estrutural da vida humana. Sem ele, não pode haver participação popular ou justificação para a existência do Estado.

O direito social, senso largo, é o direito primário do indivíduo. Direito primário de habitar ou de trabalhar, por exemplo.

O Estado contemporâneo deve adaptar-se às novas exigências sociais, no sentido de atender, pelo menos, e em princípio, a dois direitos sociais: o de trabalho e moradia” (SARAIVA, 1983, 28).

Por fim, o autor ressalta quais são os direitos sociais que, em sua opinião, são os mais relevantes:

“A relevância conferida aos Direitos Sociais tenta demonstrar o caráter fundamental desses direitos, que não se devem confundir – urge repeti-lo – com sua espécie laborista.

O Direito do trabalho, por conseguinte, o jus laboris, enquadra-se na moldura dos direitos sociais, sendo, para muitos, sua nota essencial.

Mas, além do direito do trabalho, há o direito ao trabalho, o jus laborandi, que se encontra implícito, como visto, no ordenamento constitucional, a partir do art. 160, estabelecedor das regras relativas à ordem econômica e social.

O direito de trabalhar, como o direito de habitar requerem um tratamento específico e uma garantia constitucional urgente.

Não é possível falar-se em Estado de Bem-Estar, quando as pessoas não têm emprego e não têm habitação condigna” (SARAIVA, 1983, 38)⁵⁷.

⁵⁷ O art. 160 da Constituição de 1967 (Emenda n.º 1 de 1969) dispunha em seu *Título III - DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL*:

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

Depreende-se de ambos os trechos citados acima que direito ao trabalho e à moradia são os direitos sociais mais importantes para o autor.

Algumas questões tratadas por Saraiva foram formalmente sanadas pela Constituição de 1988. Não se questiona que os direitos sociais sejam fundamentais, pois a Constituição incluiu-os no “Título II” denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”. O art. 6º especifica, ainda que não de forma exaustiva, quais são os direitos sociais assegurados pela Constituição Federal: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Também se tornou mais consolidada na cultura jurídica nacional que a expressão direitos sociais não é sinônima de direitos trabalhistas. É provável que esse novo quadro tenha diminuído os debates conceituais em torno dos “direitos sociais”.

O fato é que desde 1983 o conceito de direitos sociais não objeto de discussão. A doutrina brasileira valeu-se, pelo menos entre 1996-2006, do conceito de direito sociais cunhado por José Afonso da Silva⁵⁸:

“assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade” (2003, 285-286).

Não há um debate com José Afonso da Silva sobre qual seria a definição mais adequada de direitos sociais. O conceito de direito sociais é apresentado sem qualquer discussão. Mesmo a aceitação de tal formulação deveria ser justificada. Neste ponto a postura da doutrina dos direitos sociais não é a de quem produz conhecimento,

VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.

⁵⁸ Usam a definição de José Afonso da Silva, por exemplo, Rogéria Vidal (2004, 165), Fahd Awad (2005, 55), Rafael Nogueira (2006, 50), José de Jesus (2006, 10), Wilson Liberati (2004, 209), Alessandra Bontempo (2005, 71); Túlio Afonso (2006, 240); Benedito Bonfim (1996, 55); Marcos Gomes (2006, 376-377) .

mas de quem simplesmente o reproduz⁵⁹. A doutrina deveria criar, debater, discutir as consequências de dada definição de direitos sociais. No entanto, os textos consideram, em geral, apenas a definição de direitos sociais de José Afonso da Silva.

Identificar o que significa “direitos sociais” não é uma discussão menor ou “meramente teórica”. As definições podem gerar consequências práticas importantes. Assim, dependendo de como essa expressão é definida teremos resultados distintos. Tome-se a definição acima quando sustenta que os direitos sociais são “prestações positivas (...) que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos (...)”. Ora, se essa espécie de direito visa aos mais fracos, então, seu gozo é universal? Ou somente os mais necessitados (fracos) podem usufruir dos direitos sociais? Ou há um sentido diverso para fraco? Se forem “prestações positivas proporcionadas pelo Estado”, então, não se pode falar em direitos sociais na relação entre particulares (vinculação horizontal)? Essas são indagações relevantes, pois questionam desde “a titularidade dos direitos sociais” até sua abrangência (Estado/cidadão, cidadão/cidadão).

A definição mais utilizada pela doutrina, como visto acima, é a de José Afonso da Silva. No entanto, há outras. José Costa apresenta uma definição de direitos sociais que traz um elemento diferente quando comparada à definição de José Afonso. Segundo Costa “o conceito de direitos fundamentais sociais, também conhecidos como direitos econômicos e culturais, significa a pretensão jurídica subjetiva, individual ou coletiva, a uma intervenção ativa do Estado, neste compreendido o aparato ou a sociedade civil, no sentido de se obter uma prestação ou uma regulamentação protetora” (1990, 433) (grifei). O autor abre a possibilidade de que se pleiteie junto ao Estado além prestações materiais, políticas públicas (“regulamentação protetora”). Dessa forma, as obrigações do Estado não se circunscrevem a concessão de bens (remédios, moradia, etc), já que englobam também a realização de políticas públicas. Se, por um lado, é verdade que Costa não desenvolve esta idéia em seu texto, por outro, parece-me inexorável que a definição por ele adotada abra caminhos para uma discussão sobre direitos sociais que não leve em consideração apenas a dimensão

⁵⁹ Virgílio Afonso da Silva critica a pesquisa em direito baseada em manuais: “há uma contaminação dos manuais para pesquisa. São monografias baseadas em manuais, quando deveria ser o contrário” (NOBRE *et al.*, 2005, 61). Para o autor, no Brasil, ocorre um fenômeno invertido: não são os pesquisadores do direito que subsidiam a construção dos manuais, mas são as pesquisas que se abeberam dos manuais.

individual do problema, mas também a coletiva. Em outras palavras, os direitos sociais não são proteções para pessoas singulares apenas, porém para uma coletividade.

Por fim, gostaria de registrar o uso de Alexy por Emerson Garcia para definir direitos sociais:

“os direitos sociais, longe de interditarem uma atividade do Estado, a pressupõem. Indicam, em regra, a necessidade de intervenção estatal visando ao fornecimento de certos bens essenciais, que poderia ser obtidos pelo indivíduo, junto a particulares, caso dispusesse de meios financeiros suficientes e encontrasse uma oferta adequada no mercado” (GARCIA, 2005, 148).

Aqui também não há qualquer discussão sobre o conceito adotado. Por que Alexy? Por que essa definição? O que ela pode trazer de inovador, útil? Em que se diferencia de outras? Por que não confrontar Alexy com outros autores como José Afonso da Silva e José Costa? Esses problemas não são pontos discutidos pela doutrina.

Nesse sentido, o que fica claro a partir da leitura dos textos é que conceituar os direitos sociais é uma atividade “mecânica”. Essa afirmação tem como base o fato de que a doutrina adota determinado conceito, contudo não discute suas conseqüências. O conceito de direitos sociais é incluído sem conexão direta com as outras partes do texto.

Ilustrarei com um exemplo. Túlio Afonso (2006, 10) cita o conceito de direitos sociais de José Afonso da Silva. Como o autor utiliza essa definição? Qual o papel que desempenha no texto? Como tal definição de direitos sociais auxilia na compreensão e esclarecimento de problemas relativos aos direitos sociais? Nada disso é mostrado no texto de Túlio Afonso. Antes de citação de José Afonso da Silva há citações de outros autores. Depois do trecho citado Afonso inicia um novo item intitulado *breve histórico dos direitos sociais no Brasil*. Por que conceituar direitos sociais? Os textos não respondem a essas indagações⁶⁰.

⁶⁰ Outras definições também são utilizadas como a de Pinto Ferreira que diz, segundo Benedito Bomfim (1996, 55), “os direitos sociais são normas constitucionais, que se efetivam com dimensões específicas dos direitos fundamentais do homem, refletindo prestações positivas do Estado e permitindo condições de vida mais humanas à classe trabalhadora”. E a de Alexandre de Moraes, segundo Túlio Afonso (2006, 239-240), “os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal”.

2.3.2 *A linguagem dos direitos sociais*

Afirma-se que os direitos sociais possuem uma linguagem mais fluída, mais vaga do que outros tipos de direito. Conquanto nenhum texto aborde extensamente essa questão, três autores tocam no assunto de forma passageira.

Dentre estes, tanto Antonio Maués (1995, 9) quanto Clèmerson Clève (2003, 295) afirmam que há uma dificuldade na implementação dos direitos sociais já que não se sabe ao certo as obrigações devidas. Essa imprecisão advém da própria estrutura dos direitos sociais e, por isso, é preciso uma intervenção posterior do legislador para estabelecer essas obrigações. Tal não ocorre com os direitos individuais, pois eles possuem um “grau de determinabilidade maior” (CLÈVE, 2003, 295). Já Rafael Nogueira, de modo diverso, entende que essa “fluidez conceitual” não é própria dos direitos sociais, pois essa característica também pode ser encontrada nos direitos individuais (2006, 42).

2.3.3 *Saúde, educação e moradia: quais as prestações devidas pelo Estado*

Este item pretende mostrar como a doutrina tenta estabelecer e identificar quais são prestações devidas pelo Estado aos cidadãos com base nos direitos sociais.

Em paralelo à definição de “direitos sociais”, outro termo que a doutrina constantemente define é “saúde”. É recorrentemente⁶¹ utilizada nos textos que tratam do direito à saúde a definição dada pela Organização Mundial de Saúde, segundo a qual “saúde é o completo bem estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença”.

Outro termo que aparece, embora não encontre o mesmo grau de incidência nos textos quando comparada à saúde, define na doutrina é “educação”. Nelson Joaquim, por exemplo, afirma que educação é “o processo que visa capacitar o indivíduo a agir conscientemente diante de situações novas de vida, com aproveitamento da experiência anterior, tendo em vista integração, a continuidade e o

⁶¹ Usam a definição de saúde adotada pela OMS, por exemplo, Pacheco e Silva (1981, 1), Luiz Cietto (2003, 90), Sueli Dallari (1988 A, 58; 1988 B, 47; 1995, 19), Inês Buschel (2003, 2553), Mariana Carvalho (2003, 16, 23), Euclides Oliveira (2001, 37), Germano Schwartz e Ricardo Gloeckner (2003, 37); Cláudia Gonçalves (2006, 230); Rogério Leal (2006, 26); Júlio Rocha (1998, 43); Liton Pilau Sobrinho (2001, 84).

progresso sociais, segundo a realidade de cada um, para serem atendidas as necessidades individuais e coletivas” (2001, 200-201).

O ponto que permanece em aberto é como se parte dessas idéias para conformar o direito à saúde e educação. Como é possível, com base nas definições acima, saber quais são as ações que devem ser tomadas pelo Estado ou por particulares para cumprir esses direitos? Os autores não estabelecem uma relação entre a idéia de saúde ou educação por eles exposta e como ela poderia auxiliar na compreensão, do ponto de vista jurídico, do direito à educação ou à saúde.

Joaquim, por exemplo, escreve o desfecho de seu texto de forma tão genérica quanto sua definição de educação ao dizer que “parece-nos, porém, que apenas com a existência dos instrumentos de tutela à educação, sem o desenvolvimento de políticas públicas na área da educação, não teremos garantia de direito à educação” (2001, 217).

Se, por um lado, não se questiona que os direitos sociais são fundamentais, por outro, há muitas dúvidas a respeito de quais as obrigações geradas por esses direitos ao Estado. A que tipo de prestação estatal um indivíduo (ou determinada coletividade) tem direito quando se fala em direito à saúde? Qualquer tratamento médico, sob qualquer circunstância, independentemente do valor, é dever do Estado assegurar? Direito à saúde envolve prestações estatais ligadas à alimentação e ao saneamento básico? Qual é o dever do Estado perante o direito à moradia? Ele tem a obrigação de contemplar um indivíduo com uma residência? Nos parágrafos abaixo será relatado como a doutrina se propõe a enfrentar o problema das prestações devidas pelo Estado na área de saúde.

Dallari entende que há muitos problemas para a compreensão do conceito jurídico de saúde. Essa constatação implica na dificuldade de se determinar orientações para a atuação estatal seja como regulamentador, seja como “prestador de ações e serviços sanitários”. Sobre esse ponto afirma a autora que

“Inúmeros problemas se apresentam à compreensão do conceito jurídico de saúde que deve fundamentar a aplicação das leis que regulam as atividades particulares com implicações sanitárias. De igual modo, existem dificuldades no entendimento do mesmo conceito jurídico de saúde que orienta a atuação do

Estado, quer como regulamentador, quer com prestador de ações e serviços sanitários” (DALLARI, 1995, 26)

A autora claramente admite a imprecisão do objeto que é devido pelo Estado aos cidadãos com base no direito à saúde. Ela faz uma análise com a pretensão de auxiliar na diminuição dessa imprecisão:

“A Constituição brasileira de 1988 forneceu muitas indicações para orientar o aplicador na precisão do conceito jurídico de saúde. Sabe-se – por decorrência da origem natural dos conceitos jurídicos – que a palavra saúde apresenta hodiernamente um núcleo claro, preciso, determinado: a ausência manifesta de doença. Por outro lado, pela mesma razão, divisa-se um halo nebuloso, expresso por termos imprecisos, ou seja, o bem-estar físico, mental e social. O intérprete constitucional está, pois, obrigado desde o exame dos princípios que informaram a política constituinte, passando pela compreensão das diretrizes abrigadas na Constituição e alcançando, finalmente, o estudo das normas jurídicas nele incidentes, ao preenchimento do conceito de saúde.

A Lei Maior da República estipulou critérios para que a saúde seja corretamente determinada em seu texto. Assim, vincula sua realização às políticas sociais e econômicas e ao acesso às ações e serviços destinados, não só, à sua recuperação, mas também, à sua promoção e proteção. Em outras palavras, adotou-se o conceito que engloba tanto a ausência de doença, quanto o bem-estar, enquanto derivado das políticas públicas que o têm por objetivo, seja apenas a política, seja sua implementação, traduzida na garantia de acesso – universal e igualitário – às ações e serviços com o mesmo objetivo (CF, art. 196).

É princípio constitucional que dá unidade ao sistema e influi diretamente sobre o conceito de saúde e que – exatamente por exprimir valores fundamentais dos constituintes – reflete a ideologia inspiradora da Constituição, a opção pelo ‘Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais... bem-estar... a igualdade’ (CF, preâmbulo). A leitura mais superficial desse princípio esclarece que o termo saúde, empregado em qualquer conceito constitucional, deve ser precisado com a necessária consideração de sua natureza de direito reconhecido igualmente a todo o povo. Isto por decorrência lógica e imediata de tal princípio, eventualmente expresso no preâmbulo da Constituição” (DALLARI, 1995, 30-31)

A autora inicia o trecho afirmando que a atual Constituição “forneceu muitas indicações para orientar o aplicador na precisão do conceito jurídico de saúde”. A pergunta natural recai sobre quais seriam essas indicações. Entretanto, logo após essa afirmação, Dallari não aponta qualquer critério de orientação.

Ela continua seu texto para, na verdade, trazer elementos que vão dificultar ainda mais a questão. Isso porque, Dallari afirma que a Constituição engloba em seu conceito de saúde tanto a ausência de doença quando o bem-estar. E essa idéia de bem-estar, segundo a própria autora, é nebulosa. Ora, a autora diz que há um “halo nebuloso, expresso por termos imprecisos, ou seja, o bem-estar físico, mental e social”, mas não traz elementos para tentar solver essa nebulosidade.

A dificuldade na determinação das obrigações, originadas pelo direito à saúde, devidas pelo Estado também é apontada por Sarlet:

“Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que nossa Constituição não define, a não ser em termos gerais e no que diz com as prioridades e tarefas expressamente estabelecidas nos artigos 196 a 200, em que consiste exatamente o objetivo do direito à saúde. Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, etc.), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos genéricos da ordem constitucional positiva” (SARLET, 2002, 56-57)

O autor propõe como critérios de solução para o problema apontado acima idéias como a de “dignidade” e “conteúdo mínimo dos direitos a prestações sociais”. Assim, Sarlet não identifica quais são as prestações advindas do direito à saúde, mas pretende, por meio desses critérios, determinar quais são as prestações que o Estado não pode deixar de prover. Sobre esse ponto diz o autor:

“(...) sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo

(...) a solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros da proporcionalidade e o respeito ao conteúdo mínimo dos direitos a prestações sociais, no sentido de um conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna” (SARLET, 2002, 58-59)

Nessa tentativa de identificar as prestações devidas pelo Estado, Maria Slaibi é mais específica. Segundo ela o objeto da obrigação com base no direito à saúde consubstancia-se no “dever de fornecer não apenas medicamentos, mas também tratamentos, incluindo exames e cirurgias, que se fizerem necessários à efetivação do direito fundamental à saúde” (2004, 424). A autora defende a idéia de que devem ser distribuídos remédios e devem ser subsidiados tratamentos para todos aqueles que necessitem. O Estado não pode alegar falta de recursos, pois segurança, saúde e educação são prioridades estabelecidas constitucionalmente (2004, 422).

Germano Schwartz também tenta precisar as obrigações geradas pelo direito à saúde em um rol exemplificativo:

“proteção do ambiente natural; a higiene das moradias e locais de trabalho, das escolas, logradouros públicos; o saneamento rural e urbano; a vigilância sanitária; o combate às endemias, epidemias e doenças infecto-contagiosas; a fiscalização de produtos alimentícios, bebidas, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, cosméticos, saneantes domissanitários, instrumentos e aparelhos utilizados em medicina; a prevenção de doenças e a imunização contra elas; a cura e recuperação de doentes; a assistência pré-natal e ao parto; tratamento médico-cirúrgico contra qualquer tipo de enfermidade, não importando sua natureza; a profilaxia e o tratamento dentário; o fornecimento de alimentos e de produtos farmacêuticos essenciais” (SCHWARTZ, 2001C, 190).

Com o direito à educação ocorre o mesmo fenômeno de dificuldade em identificar as obrigações que o compõe. Romualdo Oliveira define direito à educação de forma mais precisa:

“o direito à educação consiste na compulsoriedade e na gratuidade da educação, tendo várias formas de manifestação, dependendo do tipo de sistema legal existente em cada país. A forma de declaração desse direito refere-se ao número de anos ou níveis de escolaridade garantidos a todos os cidadãos. Pode ser declarado o direito à educação elementar pela faixa etária da população a ser atendida (educação dos 7 aos 14 anos para todos), pelo nível de ensino abrangido (ensino fundamental) ou, de forma mais precisa, ‘escola fundamental de oito anos’. Ao se afirmar que o ensino fundamental é obrigatório, está-se trabalhando com um direito e uma dupla obrigatoriedade. Um direito, na medida em que todo cidadão, a partir de tal declaração, tem o direito de acesso à educação. A dupla obrigatoriedade refere-se, de um lado, ao dever do Estado de garantir a efetivação de tal direito e, de outro, ao dever dos pais ou responsável de provê-la, uma vez que passa a não fazer parte do seu arbítrio a opção de não levar o filho à escola (...) a gratuidade é a contrapartida da obrigatoriedade do cidadão frequentar a escola e da obrigação do Estado em fornecê-la a todos, pois do contrário, a compulsoriedade seria apenas um ônus para a família não se caracterizando um direito do indivíduo” (2001, 15).

Sem discutir a definição em si mesma, o importante aqui é ressaltar que talvez essa seja a única definição de direito à educação, e mesmo moradia e saúde, que determina exatamente o objeto do direito em jogo, anos de escolaridade garantidos a todos os cidadãos, e as partes obrigadas, Estado e pais.

Por sua vez, o direito à moradia é visto por Ricardo Lira (2002, 262-263) e José Weisheimer (2001, 281) como um direito que não pode ser exercitável diretamente contra o Estado, ou seja, ninguém tem um direito subjetivo a um lugar para habitar. O direito à moradia é entendido como um dever que o Estado tem de criar políticas públicas para atender às necessidades dos cidadãos. A decisão de alocação de recursos e de criação de programas de habitação é essencialmente política.

Ingo Sarlet tenta definir com maiores pormenores o direito à moradia. Em primeiro lugar ele afirma que o direito à moradia pode assumir posição preferencial ao direito de propriedade (2003, 211-212). Em segundo lugar, com base nos critérios da ONU, entende que o direito à moradia é um direito a um lugar adequado para viver (portanto, há critérios qualitativos a serem seguidos) e não simplesmente um espaço físico para viver (2003, 214).

2.4 Titularidade dos direitos sociais

O tema da titularidade dos direitos sociais não é destaque na doutrina brasileira. Os direitos sociais são universais? Ou eles devem ser atribuídos apenas aos mais necessitados materialmente? Se forem atribuídos aos mais necessitados, quais são os critérios para identificá-los? É possível pensar-se em assegurá-los apenas para determinados grupos como índios, negros e deficientes? Essas questões não são objeto de abordagem. Talvez, porque, como os direitos fundamentais expressam a idéia de que são direitos extremamente importantes para os seres humanos independentemente de raça, religião, posição política, sexo ou classe social, a doutrina tome como pressuposto que os direitos fundamentais, sociais ou não, são universais.

Apenas Lêda Oliveira, Francisco Lima Filho e Germano Schwartz tratam especificamente dessa questão.

Lima Filho afirma que os direitos sociais não devem ser atribuídos universalmente:

“É praticamente unânime o entendimento de que, contrariamente aos direitos civis e políticos – que têm uma titularidade universal e abstrata -, os direitos sociais têm uma titularidade específica, o que de certa forma nega o caráter da universalidade dos direitos fundamentais. Argumenta-se que os direitos civis e políticos são atribuídos ao homem enquanto ser abstrato e racional, ou seja, a todos independentemente da sua condição social, na medida em que os bens e valores tutelados por esses direitos, como a vida, a integridade física e mental, a liberdade, a honra, a intimidade etc. são bens presumidos valiosos para todos, independentemente de sua posição social, da origem, do sexo, da orientação sexual, da profissão etc. e, neste sentido, são universais.

Entretanto, com os direitos sociais ocorre o inverso, pois são atribuídos não ao homem genérico enquanto ser humano, mas ao homem histórico, contextualizado, social e culturalmente determinado e inserido em um complexo de relações sociais e econômicas que leva em conta as suas condições sócio-culturais como a condição de trabalhar integrante de uma determinada profissão, de pensionista, de inválido, de viuvez, de integrar certos grupos vulneráveis como as mulheres, os jovens, os deficientes, etc.

Assim, os interesses e as necessidades básicas que constituem o objeto e o fundamento dos direitos sociais pertencem não a todos, mas a um sujeito em sua específica situação social. Nessa perspectiva pode-se afirmar que os direitos sociais tendem a levar em consideração o homem em sua específica situação social.

Os direitos sociais não podem, pois, ser definidos nem justificar-se sem levar em conta os fins, ou seja, sem ter em consideração entre outras coisas as necessidades. Por conseguinte, não podem ser concebidos como direitos universais no sentido de que interessam por igual a todo membro da família humana, já que são formulados para atender as carências e postulações instaladas na esfera desigual das relações sociais (...)

Pode-se, pois concluir que os direitos sociais são direitos que efetivamente visam se não eliminar, pelo menos diminuir as desigualdades sócio-econômicas e culturais. São, portanto, qualquer que seja o ângulo que os visualizemos, direitos de liberdade, de igualdade que objetivam proporcionar uma existência digna. Por conseguinte, direitos intimamente ligados à dignidade humana e por isso atribuídos, sobretudo, aos carentes que, em verdade, são seus titulares” (LIMA FILHO, 2006, 31-33).

Lima Filho inicia o trecho acima fazendo uma distinção quanto à titularidade de direitos individuais e sociais. Os direitos individuais são universais, isto é, protegem a todos igualmente (sem distinção de qualquer natureza). Isso porque essa categoria de direitos fundamentais, segundo ele, leva em consideração o ser humano independentemente de qualquer consideração social, econômica ou cultural. O fato de pertencer a categoria de ser humano é suficiente para afirmar que devem ter bens como a vida e liberdade protegidos. Por sua vez, os direitos sociais não visam proteger o ser humano abstratamente, mas o indivíduo imerso em determinadas condições sociais, culturais e econômicas. Assim, cada categoria de direitos fundamentais visa um aspecto do ser humano: direitos individuais, o ser humano abstrato e os sociais, o histórico.

Pelo trecho citado acima, percebe-se que o critério para a atribuição de titularidade dos direitos sociais não é apenas econômico, mas também sócio-cultural. Não é levado em consideração apenas a renda, o patrimônio do indivíduo, mas também se ele provém de um grupo vulnerável (mulheres, negros, etc) ou ainda que profissão exerce.

Lima Filho faz uma afirmação duvidosa sobre como se vê a questão da titularidade dos direitos fundamentais. O autor afirma claramente que é unânime o entendimento de que a titularidade dos direitos sociais não é universal. Onde está essa unanimidade? Quais as citações feitas por Lima Filho para sustentar essa unanimidade? Na verdade, ele não cita qualquer brasileiro. Há uma citação de Luís Prieto Sanchís e outra de Maria José Añon Roig, porém elas não estão claramente concordando com Lima Filho. Ademais, ainda que estivesse, a citação de dois autores parece-me muito pouco para justificar a afirmação de que o entendimento acerca da titularidade específica dos direitos sociais é praticamente unânime. O que me parece, pelo menos em relação à doutrina brasileira dos direitos sociais, é justamente o contrário, como afirmei no início deste item. A doutrina pressupõe a titularidade universal dos direitos sociais.

Schwartz, com relação especificamente ao direito à saúde, entende que apenas a pessoa necessitada pode ser seu titular. Diz o autor:

“(...) na proteção do direito público subjetivo da saúde: o cidadão e/ou estrangeiro residente no país deve ser pessoa necessitada, e que não possa arcar com os custos da manutenção de sua saúde sem comprometer seu sustento próprio e/ ou de sua família.

A finalidade deste requisito é o não-alargamento da tarefa estatal, pois, se de um lado o Estado deve garantir a saúde para todos, por outro, temos que, por questões de justiça social, o abastado possui recursos suficientes para cuidar de sua saúde sem que seja necessária a ajuda estatal (...)

O direito público subjetivo da saúde deve ser destinado àqueles que, sem a atuação estatal, correm sérios riscos de vida, seja pela falta de prestação sanitária, seja pela impossibilidade de se manter – ou de manter sua família – caso tenham que desembolsar valores para ter sua saúde assegurada” (SCHWARTZ, 2001A, 83-84)⁶².

Schwartz, diferentemente de Lima Filho, está mais preocupado com o critério econômico. Ele, em nenhum momento, refere-se a questões culturais ou de grupos vulneráveis (a não ser vulneráveis materialmente). Para Schwartz, o direito à saúde deve ser atribuído apenas àquele que não pode arcar com os custos exigidos para garantir a saúde.

A voz dissonante em relação às posições de Lima Filho e Schwartz é de Lêda Oliveira:

⁶² Ver também Germano Schwartz e Ricardo Gloeckner, 2003, 97.

“Apesar do texto constitucional contemplar a universalização, ‘garantindo’ a todos os brasileiros, sem exceção, a atenção às necessidades de saúde, esta vem seguindo um curso diferente do previsto, assumindo características excludentes. Nesse caso, assume a função não de incluir efetivamente todos os segmentos sociais, mas de garantir o atendimento a setores mais carentes.

Na realidade, o que se observa é que, paralelo à inclusão dos setores populares, ocorreu um racionamento dos gastos em saúde por parte do Estado, acarretando o sucateamento da atenção prestada. Por outro lado, esse mesmo processo de racionamento excluiu os setores médios, e mesmo grupos populacionais de baixa renda, do sistema público, sobretudo a partir da grande difusão de planos privados de saúde. Estes segmentos passaram a buscar atendimento fora do sistema público tendo como referência o subsistema privado (...)

Este quadro é demonstrativo de que o princípio da universalização da atenção como um direito social, portanto, como um atributo da cidadania a ser garantido pelo Estado parece não estar sendo contemplado, na sua essência, no SUS. Na verdade, o que de fato tem ocorrido é o renascimento de antigas teses que propunham um sistema público de atenção para os pobres e excluídos, ficando o sistema privado responsável pela atenção à saúde dos demais segmentos populacionais (...) o Estado realiza uma política de gasto voltado àqueles segmentos populacionais que não têm condições, por seus próprios meios, de usufruir dos serviços privados de proteção social. A ação estatal é direcionada a setores mais bem definidos, os pobres ou muito pobres.

Sob esta ótica, a universalização do direito encontra-se ameaçada por diversas propostas de focalização que restringem a ação estatal direcionando o gasto social para programas públicos e públicos-alvo específicos” (OLIVEIRA, L. 2001, 255-256).

Oliveira traz um elemento a esse debate que não é enfrentado por nenhum dos dois autores mencionados acima: a Constituição. O art. 196 diz claramente que a saúde é direito de todos garantido mediante políticas estatais que visem, entre outras coisas, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Se o acesso, pelo menos ao direito à saúde, é universal (art. 196) como defender, por exemplo, a tese de Schwartz de que tal direito deve ser prestado apenas aos mais necessitados? É uma questão que permanece em aberto.

2.5 Direitos sociais e competência

Conforme o disposto no art. 23, II, V e IX, a competência para saúde, educação e moradia é comum a Estados, União, Municípios e Distrito Federal. Essa configuração constitucional para a competência gera uma série de dúvidas a respeito do que exatamente cada ente federativo deve fazer. Esse é um tema sobre o qual a doutrina praticamente não se debruçou. Alguns autores, como Liberati (2004, 221) e Spitzcovsky (2006, 68), tocam no tema repetindo ou parafraseando os termos constitucionais. Liberati afirma simplesmente que a educação é competência comum, assim como Spitzcovsky afirma que a saúde é competência comum.

O ponto diferencial nesse tema é Maria Cristina Slaibi. Ela propõe um problema: “(...) quando várias são as liminares com pedidos de fornecimento de remédios pela União, Estado e Município, os entes públicos tentam se esquivar de suas responsabilidades, imputando um ao outro o dever que lhes é comum (...)” (SLAIBI, 2004, 423). Para depois perfilar sua posição:

“O federalismo cooperativo acolhido pela Constituição Federal de 1988 consagrou, no tema da saúde pública, a solidariedade das pessoas federativas, na perspectiva que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do art. 23 da CRFB/88). (...) o cidadão hipossuficiente poderá escolher qual dos entes federativos irá acionar para ver efetivado o seu direito fundamental à saúde e de nada adiantará, como sói acontecer, as arguições, pelo Estado e pelo Município, de ilegitimidade passiva ad causam ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados” (SLAIBI, 2004, 423-424).

2.6 Reserva do possível e escassez de recursos

Esse tema não entrou de forma significativa na pauta de discussão da doutrina brasileira dos direitos sociais até o início dos anos 2000. O primeiro texto a mencionar a questão o fez de forma passageira nos seguintes termos: “Não se pode esquecer, entretanto, a dependência das vantagens sociais à situação da economia” (COSTA, 1990, 436). Costa, embora não se valha da expressão “reserva do possível”, traduz a idéia de modo semelhante. Essa é uma passagem secundária em seu texto e, portanto,

aparece de forma despretensiosa. O autor parece somente querer lembrar que “vantagens sociais” possuem custos. A idéia de custo não precisa ser trabalhada, pois isso é intuitivo. Assim, ele não desenvolve muito esse tema e diz simplesmente que “não se pode esquecer”. Nesse trecho transparece como é desnecessário dizer muito mais do que isso já que a questão dos custos das vantagens sociais, pelo menos para ele, é clara.

A partir do anos 2000, uma série de autores começam a se referir à reserva do possível e a escassez de recursos, mas, em geral, não para argumentar contra a aplicação dos direitos sociais e sim no intuito de desconsiderar esse fator como impedimento à efetivação desses direitos dada determinadas circunstâncias.

A tônica na doutrina brasileira não é pela conceituação, não é buscar um significado de reserva do possível. Os doutrinadores tentam, na verdade, justificar porque os direitos sociais devem ser aplicados conquanto concordem com o fato de que o Estado não pode ir além daquilo que é possível. Nesse sentido há várias linhas de pensamento.

Não há autor que se ponha contra a idéia de que os direitos sociais tenham custos, mas cada um a sua maneira encontra argumentos para concluir que embora haja custos esses direitos devam ser aplicados. Rocha (2005, 454-455) diferencia dois tipos de beneficiários de direitos sociais: (a) sociedade; (b) cidadão. Nesse sentido, o Estado pode não dispor de recursos suficientes para contemplar a todos (sociedade) com direitos sociais, porém não pode negar ao indivíduo carente tais direitos. Nas palavras da autora:

“os Estados podem não dispor de recursos financeiros suficientes para adotar políticas públicas concernentes à saúde necessárias, a fim de garantir plena e integralmente os direitos sociais relacionados a este conteúdo. Mas o cidadão, em estado de penúria e necessidade incontornável e imediata, pode e deve pleitear, inclusive judicialmente, que esse seu direito seja assegurado por determinada medida estatal. A reserva do possível considera que pode ter situação em que a sociedade não seja atendida, mas cidadãos que demonstrem contingência insuperável, sim. Exemplos disso são as situações em que alguém demande determinada providência médica, exames específicos, cirurgias ou medicamentos que são consagrados nas práticas políticas para todos. Aquele que precisar de

qualquer dessas providências e que demonstre as que elas compõem o conteúdo do seu direito fundamental poderá exigir a sua prestação pelo Estado, ou até mesmo pela sociedade, por meio de suas organizações, instituições, as quais deverão ser ressarcidas pelo ente estatal competente” (ROCHA, 2005, 455).

Sarlet (2002, 58-59) argumenta em linha semelhante à exposta por Rocha. O autor admite que haja limites para a aplicação dos direitos sociais. Esses limites são (a) fáticos, porque não há recursos financeiros para atender a todos; (b) jurídicos, porque o judiciário não pode interferir em questões orçamentárias (aqui a competência é do poder legislativo); (c) contingenciais, porque não só os direitos sociais têm custos. Mesmo admitindo essas limitações, Sarlet entende que elas devem ser relativizadas dependendo da situação. O critério para a superação desses limites é a situação emergencial em que se encontra o indivíduo. Diz Sarlet que

“Embora tenhamos de reconhecer a existência de limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) e que, por esta razão, o fator ‘custo dos direitos’ (não exclusivo dos direitos a prestações) implica certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade especialmente dos direitos sociais a prestações, que, de resto acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de que tais objeções não podem ter o condão de impedir o reconhecimento, pelos órgãos do Poder Judiciário, de direitos subjetivos a prestações, pelo menos não em toda e qualquer hipótese (...) sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando de saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo (...)

A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade e o respeito ao conteúdo mínimo dos direitos a prestações sociais, no sentido de um

conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna” (2002, 58)⁶³.

Outra forma de argumentar que os custos não podem ser óbices para aplicação dos direitos sociais é afirmar que todos os direitos possuem custos e não apenas os sociais. Nesse sentido afirma Correia que

“esta idéia geralmente vem vinculada a outra de que, para a consecução dos direitos sociais, seriam exigidos gastos excessivos do Estado (afinal, ao direito à educação corresponde a necessidade de se criar aparato para sua concretização – construção de escolas, contratação de professores, etc, - , o mesmo se dando com o direito à saúde – edificação de hospitais, compra de medicamentos, contratação de médicos, etc). Daí a dificuldade que muitos antevêem no suporte fático para a realização destes direitos, quase que os tendo como meras promessas adiadas sine die. Esta objeção, no entanto, não deve ser feita sem a avaliação também dos custos da manutenção das demais gerações de direitos (apenas para usar expressão já consolidada por muitos na consciência jurídica). Ora, não há como se dizer que não haja a necessidade de programas e mesmo de gastos para a implementação dos direitos individuais (primeira geração). Ora, para que eu tenha minha liberdade individual garantida, é necessário, por exemplo, que o Estado ponha à disposição todo o sistema de repressão – inclusive penal se for necessário -, decorrente da sanção, imposta pela norma, a quem atente contra esta minha liberdade. Assim, a segurança pública é um exemplo de gasto geralmente ligado à proteção dos direitos individuais (...) esta equívoco deve ser desfeito, para que os gastos com direitos sociais não sejam tidos como óbices à implementação em especial das normas constitucionais que os garantam” (2004, 33-34)⁶⁴.

Em sentido semelhante posiciona-se Vicente Barreto:

“Outro argumento falacioso refere-se ao custo dos direitos sociais. Chamada, também, da falácia da ‘reserva do possível’ representa um argumento

⁶³ No mesmo sentido: Port, 2005, 105-107; Higino Neto, 2005, 63; Gomes, 2005, 76; Bigolin, 2004, 67-68; Garcia, 2006, 110-112; Weisheimer, 2001, 273-274; Cláudia Honório (2006, 150-151); Cláudia Gonçalves (2006, 199).

⁶⁴ No mesmo sentido Ieda Cury, 2005, 146.

preponderante no projeto neoliberal contemporâneo. Vestida de uma ilusória racionalidade, que caracteriza a 'reserva do possível' como limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais. Não podemos nos esquecer do alto custo do aparelho estatal administrativo-judicial necessário para garantir os direitos civis e políticos. Portanto, a escassez de recursos como argumento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais.

Estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos” (BARRETO, 2003, 120-121).

Toda a previsão de receitas e gastos do Estado consolida-se em leis orçamentárias. No entanto, a doutrina, ao tratar de escassez de recursos e reserva do possível, em geral, não lida com essa questão à luz do orçamento. Se as despesas com as decisões judiciais (ao determinar distribuição de remédios ou construção de escolas) superam a previsão orçamentária do Estado para determinado setor (saúde, educação ou moradia) qual é a solução juridicamente mais adequada? Em que medida o Poder Judiciário pode interferir direta ou indiretamente no orçamento?

Schwartz e Gloeckner desconsideram questões orçamentárias para a aplicação do direito à saúde:

“No afã de fazer valer a pretensão obrigacional sanitária, tornando-a eficaz, não se pode, pena de alogia, aceitar o argumento de que necessário é uma dotação orçamentária prévia ao exame do caso sub cogitatione. Tal circunstância afetaria em cheio o direito à saúde, revelando uma despreocupação veemente para com a pessoa e seus direitos humanos (...)

Ademais, seria teratológico fossem previstas em orçamento despesas oriundas de direito tão complexo como o direito à saúde. Se o Estado reclamou para si a tarefa de organização, não poderá se escusar de seu cumprimento, mediante a tese de que não existem verbas alocadas em orçamento prévio” (SCHWARTZ; GLOECKNER, 2003, 96).

Clève propõe a efetivação dos direitos sociais por meio do cumprimento do orçamento por parte do Estado. Assim, o Poder Judiciário e o Ministério Público teriam por função (a) obrigar o Poder Público a cumprir o disposto na lei orçamentária; (b)

compelir o Estado a prever no orçamento verbas para a efetivação progressiva dos direitos sociais. Nesse sentido, o autor afirma que

“Um bom caminho para cobrar a realização progressiva desses direitos (porque são direitos de eficácia progressiva) é o das ações coletivas, especialmente, das ações civis públicas. Tratar-se-ia de compelir o Poder Público a adotar políticas públicas para, num universo temporal definido (cinco ou dez anos), resolver o problema da moradia, do acesso ao lazer, à educação, etc. É claro que, neste caso, emerge o problema orçamentário. Todavia, cumpre compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos. Desta forma, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. E aqui é preciso desmistificar a idéia de que o orçamento é meramente autorizativo. Se o orçamento é programa, sendo programa não pode ser autorizativo. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo. O papel do Ministério Público, neste particular, é da maior importância. Incumbe a ele, como defensor dos interesses da sociedade, tomar as medidas necessárias para a adoção, pelo Estado, das políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional” (CLÈVE, 2003, 298-299).

2.6.1 Os custos nos tribunais

José Reinaldo de Lima Lopes analisa diversas decisões do TJ-SP e STJ. Um de seus pontos diz respeito a como esses tribunais enfrentam o problema dos custos:

“Os tribunais também parecem insensíveis à discussão dos custos dos direitos (Sunstein e Holmes, 1999). Algumas decisões mostram que certos grupos de juízes nos tribunais raciocinam da seguinte maneira: todos têm direito à dignidade humana; a dignidade humana inclui um lugar na escola pública ou o tratamento específico com determinada droga ou remédio, logo, não compete ao tribunal levar em conta o custo da escola ou do remédio, mas garantir o benefício (implícito na noção não discutida de ‘dignidade humana’) imediatamente. O problema é que todos os direitos têm custo, como bem mostram Sunstein e

Holmes, inclusive de propriedade e liberdade; e todos os custos devem ser divididos. Logo, a divisão dos custos, como matéria de justiça e de direito, não deveria ser descartada pelos tribunais. O tribunal deveria mostrar que a divisão de custos que está propondo é melhor, mais conforme à lei e à constituição, do que a divisão de custos implícita na política governamental” (LOPES, 2006, 256)

2.7 Eficácia dos direitos sociais

A compreensão de “eficácia” para a doutrina brasileira dos direitos sociais diz respeito à possibilidade de aplicação pelo Poder Judiciário do direito à saúde, educação e moradia. Ou os direitos sociais podem ser aplicados diretamente do texto constitucional ou é necessária a intervenção do legislador para a criação de normas infraconstitucionais. Esse ponto apresenta três correntes (a) não há necessidade de norma infraconstitucional para possibilitar a aplicação dos direitos sociais; (b) há necessidade de norma infraconstitucional; (b₁) os direitos sociais, em princípio, não poderiam ser exigidos diretamente do texto constitucional, porém, casos em que a falta de saúde, educação ou moradia afetasse a dignidade da pessoa humana ou o mínimo existencial possibilitaria pleitear-se o direito mesmo sem legislação infraconstitucional (essa corrente será exposta no próximo tópico); (b₂) há, ainda, uma quarta posição, a qual não considero propriamente uma corrente por ser explicitada apenas por Raul Machado Horta, como será visto abaixo. Ele afirma que a aplicação dos direitos sociais deve se dar via concretização legislativa, mas caso o legislador não cumpra seu papel o mandado de injunção poderá ser acionado.

A doutrina não questiona o entendimento de que o art. 5º, §1º da Constituição, embora topograficamente refira-se ao art. 5º, também englobe o art. 6º onde se encontram as normas de direitos sociais. A discordância da doutrina é sobre os efeitos desse parágrafo sobre os direitos sociais. Como o art. 5º, §1º deve ser interpretado? Ele possibilita a aplicação dos direitos sociais diretamente da Constituição, isto é, sem intervenção legislação, sem a necessidade de se criar normas infraconstitucionais, ou não?

Para Mallet, os direitos sociais possuem os efeitos próprios das normas programáticas. Para o autor seriam esses efeitos: (a) determinar certas linhas de atuação para o legislador; (b) oferecer diretrizes para a interpretação constitucional; (c)

possibilitar que se julgue inconstitucional qualquer legislação que venha a contrariar tal norma. Esses são os efeitos que se pode retirar do art. 5º, §1º ao se referir à imediata aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (MALLET, 1991, 1189).

Ainda sobre a eficácia das normas constitucionais, Mallet afirma:

“(...) essa aplicabilidade não significa, convém deixar claro, que tais normas criem, desde logo, direitos subjetivos, até porque aplicabilidade e eficácia jurídica não se confundem com subjetivação ou exigibilidade (...) na verdade, subjetivam-se, tornando-se, pois exigíveis, apenas os direitos que se individualizam e se concretizam em determinada relação jurídica. As normas que a esse grau de subjetivação não podem conduzir, por insuficiência normativa, não possuem mais do que a eficácia anteriormente apresentada [eficácia das normas programáticas].

E certas normas constitucionais particularizam-se justamente pela criação apenas de situações subjetivas de simples vantagem, não chegando a criação de direitos subjetivos.

Entre essas normas encontram-se os direitos sociais, sendo freqüentes a insuficiente determinação de conteúdo de algumas de suas normas, dependendo, a exigibilidade das vantagens nelas previstas, de concretizações jurídico políticas, representadas pela ulterior atividade legislativa, pela existência de recursos disponíveis, pela prévia construção de estruturas de sustentação, etc... Daí serem os direitos sociais tratados como direitos de ‘densidade normativa reduzida’, o que talvez explique a posição do constituinte espanhol que, ao cuidar da aplicabilidade dos direitos sociais, contentou-se com a assertiva de que estes apenas ‘informarão a legislação positiva, a prática e a atuação dos poderes públicos’ não obrigando, porém, nem mesmo esses últimos” (MALLET, 1991, 1189-1190)⁶⁵.

Emerson Garcia também adota posição de que os direitos sociais não geram prestações constitucionais originárias:

“A característica do self-executing é normalmente reservada aos direitos sociais que impõem obrigações negativas ao Estado, não estando estritamente correlacionados ao dispêndio de recursos públicos para a sua implementação.

⁶⁵ No mesmo sentido Karine Goulart (2001, 133-135) e Cláudia Gonçalves (2006, 172-174).

Quanto aos direitos cuja implementação pressuponha, como conditio sine qua non, a realização de investimentos públicos, sua intensidade e extensão variarão conforme as disponibilidades, assumindo, em regra, a natureza de normas essencialmente programáticas.

Tratando-se de direitos que exijam um atuar positivo, em regra, não costumam ser interpretados com diretamente invocáveis a partir de normas constitucionais, pressupondo ante o seu acentuado grau de indeterminação, a intermediação do legislador, que fixará suas condições e dimensões, bem como a respectiva fonte de custeio.

Em essência, é esse um dos diferenciais indicados pela doutrina em relação às liberdades fundamentais, para as quais é estabelecido um regime de aplicabilidade direta e de proteção reforçada face ao legislador” (GARCIA, 2005, 149).

No mesmo sentido posiciona-se Clèmerson Clève:

“Deveras, a estrutura normativa de uma disposição tratando de um direito de defesa não é equiparável à estrutura de um direito prestacional. Há nas disposições contemplando direitos de defesa, em geral, um grau de determinabilidade maior. Por isso, nós encontramos nos direitos de defesa mais freqüentemente possibilidade de aplicação imediata, porque muitas vezes do que se trata é impedir que o Estado venha a obstaculizar o exercício do direito pelo cidadão, um direito que poderia desde logo ser por ele exercido não fosse a atuação desconforme ou inconstitucional do Estado. Tudo se passa de modo diferente em relação à estrutura dos direitos prestacionais, porque esses direitos, ao contrário, só podem ser exercitados em virtude de uma atuação positiva, de cunho legislativo primeiro, de cunho administrativo ou material depois, do Poder Público. Porque não fora a atuação do Estado, certamente esse direito não poderia ser satisfeito” (CLÈVE, 2003, 295).

Na corrente exposta acima se verificam os principais fundamentos pelos quais os direitos sociais não são considerados como exigíveis diretamente da Constituição sendo, portanto, necessário a criação de legislação infraconstitucional para seu gozo. Os argumentos principais para fundamentar tal posição são (a) “acentuado grau de indeterminação” dos direitos sociais; (b) custos; (c) necessidade de infra-

estrutura a ser disponibilizada pelo Estado; (d) “reserva parlamentar em matéria orçamentária”.

O primeiro fundamento remete à idéia de que as normas de direitos sociais são mais genéricas em comparação aos direitos civis e políticos. Nesse sentido, seria mais difícil interpretar os direitos sociais, pois eles não deixam claro quais são as condutas devidas pelo Estado. Não há especificação suficiente no texto constitucional para que o intérprete possa apontar quais são as obrigações devidas⁶⁶. Os outros três fundamentos podem ser agrupados em um único tendo em vista que todos eles dizem respeito à necessidade de lidar com questões que estariam além da “capacidade” e da competência do Poder Judiciário. Assim, baseado na idéia de que os direitos geram altos custos, somente o Legislativo e o Executivo podem disponibilizar receitas e infraestrutura para a efetivação dos direitos sociais. O Judiciário só poderia interferir quando as escolhas “de onde” e “como gastar” já estivessem realizadas pelos outros dois Poderes. Esses limites materiais não poderiam ser geridos pelo Judiciário.

Por sua vez, há um conjunto de autores que sustenta o oposto, ou seja, que para a aplicação dos direitos sociais não é preciso legislação infraconstitucional. Adotando essa linha de pensamento afirma Marcus Correia:

“(...) a eficácia zero conduz à total ausência de força normativa do comando constitucional – que passa a ser mero aconselhamento ou orientação, jamais implementados (...) todos os agentes do direito, uma vez decorrido algum lapso sem que o programa constitucional tenha sido implementado, devem se orientar para extrair da disposição constitucional toda a sua força (...) entendemos que, na verdade, a se considerar a existência de normas programáticas, elas devem ser revestidas, uma vez que não cumpridos os programas nelas inscritos, da possibilidade de investir o titular de um direito subjetivo à sua prestação. O primeiro destinatário da norma programática, assim, seria o legislador. O segundo seria o próprio cidadão, a quem se deve viabilizar todas as formas possíveis de sua implementação (...)” (CORREIA, 2004, 36-37)⁶⁷.

Com base no art. 5º, §1º afirmam Dallari e Vidal:

⁶⁶ Para maiores detalhes sobre esse argumento e sua refutação ver Courtis e Abramovich, 2002, 122-126.

⁶⁷ No mesmo sentido Maria Slaibi (2004, 422) e Germano Schwartz (2001b, 183).

“(...) qualquer aplicador do conceito jurídico de saúde está constitucionalmente obrigado a precisá-lo considerando a realização da função social da propriedade e a imediata exigência em todos os níveis do direito à saúde, definido como direito social (C.F., art. 6º). Isto significa que ninguém – legislador ou administrador – pode alegar a ausência de norma regulamentadora para justificar a não aplicação imediata da garantia do direito à saúde”. (DALLARI, 1995, 31).

“Infelizmente, os administradores deste país no âmbito municipal, estadual ou federal têm-se utilizado da ‘desculpa’ de que muitos direitos fundamentais estão estabelecidos em normas programáticas e que portanto exigem regulamentação para serem aplicados como é o caso dos direitos sociais inclusive o da saúde com o intuito de se isentarem da responsabilidade da criação e efetivação de políticas públicas eficientes, contrariando, assim, expressamente o §1º, do artigo 5º da CF-88 (...)” (VIDAL, 2004, 164).

Spitzcovsky advoga a mesma tese nos seguintes termos:

“(...) cumpre observar que, em razão da importância conferida a esse direito [à saúde], não se pode cogitar da possibilidade de o Estado deixar de prestá-lo na forma preconizada pela Constituição, ainda mais por força de aspectos financeiros. Por outro lado, nem se diga que essas normas relacionadas à saúde teriam caráter programático demandando, pois, regulamentação posterior para sua utilização, uma vez que implicaria esvaziamento inaceitável de seu conteúdo (...)

Aceitar a idéia de que os dispositivos constitucionais relacionados à saúde são de caráter programático e que sua aplicabilidade depende de norma regulamentadora significa dizer que a eficácia do Texto Constitucional está subordinada a uma norma hierarquicamente inferior no sistema jurídico, o que não se admite” (SPITZCOVSKY, 2006, 69)

A corrente apresentada acima oferece, basicamente, dois argumentos para fundamentar seu posicionamento (a) o art. 5º, §1º; (b) a necessidade de legislação infraconstitucional para possibilitar a aplicação dos direitos constitucionais é subordinar a Constituição às normas de menor hierarquia o que não faz sentido. O argumento mais utilizado para a defesa de que os direitos sociais não necessitam de legislação infraconstitucional é a prescrição do art. 5º, §1º da CF: “as normas

definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O argumento não é muito desenvolvido, mas a idéia primordial é a de que “aplicação imediata” significa que os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente da Constituição, ou seja, sem a necessidade de intervenção do legislador. Dessa forma, a “espera” por uma atuação do legislador infraconstitucional configuraria uma não imediatidade da aplicação dos direitos sociais. Ora, como compatibilizar aplicação que deve ser imediata com a necessidade de intervenção legislativa que poderia demorar a ocorrer? Para essa corrente essas idéias são incompatíveis e, portanto, afirmar que a implementação dos direitos sociais só pode se dar com a atuação do legislador feriria o disposto no art. 5º, §1º.

O segundo argumento é apresentado por Celso Spitzcovsky: “Aceitar a idéia de que os dispositivos constitucionais relacionados á saúde são de caráter programático e que sua aplicabilidade depende de norma regulamentadora significa dizer que a eficácia do Texto Constitucional está subordinada a uma norma hierarquicamente inferior no sistema jurídico, o que não se admite” (SPITZCOVSKY, 2006, 69). O autor se vale da lógica da hierarquia normativa. Dado que é incontroverso que o sistema jurídico é composto por regras escalonadas, portanto, como uma regra hierarquicamente superior depende de outra inferior para a sua aplicação? Em outras palavras, faria sentido a aplicação de uma norma superior depender necessariamente da criação de normas inferiores? Se for assim, pode-se ainda falar em normas inferiores e superiores? A Constituição é o fundamento último de validade de todo o sistema jurídico. Qualquer norma infraconstitucional deve se submeter a ela do ponto de vista formal (obedecendo aos procedimentos para criação de leis) e material (deve estar de acordo com o conteúdo prescrito pela Constituição). Dessa forma, a Constituição não pode, de acordo com Spitzcovsky, depender de normas inferiores para sua aplicação.

Um dado chamativo diz respeito ao tema focado pelos autores da segunda corrente. Com exceção de Marcus Correia, os demais autores escrevem sobre direito á saúde. É um indicativo de que quando a realidade é mais comovente os juristas tendem a se condover mais pelo próximo. Questões ligadas à saúde, em geral, trazem problemas cujo sofrimento, desgaste emocional e proximidade com a morte são grandes. O custeamento ou não pelo Estado de um remédio ou tratamento médico pode significar a

vida ou a morte de determinado indivíduo⁶⁸. Essa realidade sensibiliza os juristas que ao discorrerem sobre direito à saúde acabam por defender que pode haver prestações advindas originariamente (diretamente) do texto constitucional.

Por fim, o posicionamento de Raul Horta sobre o tema da eficácia:

“A complementação legal, quando inexistente lei aplicável, suscita o problema da eficácia dos Direitos Sociais. O não preenchimento do ‘vazio legal’ ou a demora na elaboração da norma, em conduta omissiva, configura o procedimento que denominei reforma silenciosa da Constituição. O legislador ordinário acaba cancelando dispositivos e regras que o constituinte inscreveu na Constituição, projetando no tempo aspirações coletivas ou instrumentos mais avançados, para concretizar os direitos sociais. Foi para coibir o procedimento omissivo do legislador ordinário que a Constituição de 1988 colocou à disposição do interessado na preservação da eficácia da Constituição o instituto do mandado de injunção (...) os Direitos Sociais da Constituição de 1988 (...) impuseram a adoção de normas programáticas, para concretização legislativa de seu dilatado conteúdo material. As normas programáticas, que se distinguem pelo conteúdo e pela eficácia diferida, são normas obrigatórias e, ‘como normas definidoras de direitos e garantias fundamentais’, (Constituição – art. 5º - §1º) submetem-se ao princípio da ‘aplicação imediata’, que se contém no comando dirigido ao legislador ordinário, nos casos dependentes da complementação legal. A omissão do legislador, para frustrar o princípio, pode ser corrigida via mandado de injunção, de modo a preservar a plenitude dos Direitos Sociais e a realização dos benefícios e vantagens coletivas que esses direitos asseguram” (HORTA, 1998, 33-37).

O componente distinto, em relação aos argumentos dos outros autores, utilizado por Horta na questão da eficácia é o mandado de injunção. Horta compartilha da idéia de que os direitos sociais são normas programáticas e como tais precisam de intervenção do legislador, porém a solução para os casos em que o legislador não se

⁶⁸ Duas citações exemplificam o que quero dizer. Segundo Slaibi, o direito à saúde “tem eficácia imediata e direta, dispensando a *interpositio legislatoris*, pois, na verdade, o que está em questão é o direito à vida, à sobrevivência do ser, e esse direito é superior a todos” (SLAIBI, 2004, 421). Em sentido semelhante afirma Spitzcovsky que “(...) as decisões colacionadas demonstram que de forma cristalina que a vida, dom maior, não tem preço, mesmo para uma sociedade que perdeu o sentido de solidariedade (...) em razão da importância conferida a esse direito, não se pode cogitar da possibilidade de o Estado deixar de prestá-lo na forma preconizada pela Constituição, ainda mais por força de aspectos financeiros” (SPITZCOVSKY, 2006, 69).

manifesta não se vincula ao mínimo existencial ou a dignidade da pessoa humana (essa corrente será vista no próximo item). Horta apresenta outra perspectiva: caso o legislador não atue para tornar os direitos sociais eficazes, esse quadro poderá ser corrigido via mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF).

2.8 Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial

É comum na doutrina brasileira dos direitos sociais haver algum tipo de associação entre dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e direitos sociais. Essas três idéias são relacionadas de diferentes formas. Os discursos em torno delas vão desde afirmar que respeitar a dignidade humana é garantir condições existenciais mínimas (SCHWARTZ, 2001C, 195) até dizer simplesmente que os direitos sociais fundam-se na dignidade da pessoa humana (VIDAL NETO, 1979, 154-155). Apesar dos textos serem, quanto a esse tópico, um tanto genéricos, é possível demarcar dois grupos de autores. Um primeiro grupo associa dignidade da pessoa humana (e/ou mínimo existencial) com direitos sociais para ressaltar a importância destes⁶⁹. Assim, a relevância dos direitos sociais está em auxiliar na proteção da dignidade da pessoa humana. Um segundo grupo de autores faz essa mesma associação, mas vai além. Eles admitem que o Estado não pode prover todos os direitos sociais ou mesmo determinado direito social (ou saúde ou educação ou moradia) a todos os cidadãos ao mesmo tempo. No entanto, em algumas hipóteses o Estado é obrigado, independentemente de questões orçamentárias, a prover o bem de que o indivíduo necessita. Esse grupo de autores afirma que quando o mínimo existencial e/ou dignidade da pessoa humana está em jogo o Estado não pode esquivar-se de atuar, não pode deixar de prestar o bem ou serviço requerido sob qualquer alegação. Se estiver comprovado que o indivíduo se encontra com sua dignidade maculada ou abaixo na linha de um mínimo existencial o Estado tem de necessariamente atuar⁷⁰.

Um bom resumo dessas idéias está em Sarlet (2002, 58-59):

⁶⁹ Isso está claro nos textos de Pedro Vidal Neto (1979, 154-15), Xisto Medeiros Neto (2004, 84), Marcos Gomes (2006, 373), Luiza Frischeisen (2001, 471).

⁷⁰ Nesse segundo grupo poderia destacar Ricardo Torres (2003, 124), José Reis (2001, 78-79), Vicente Higino Neto (2005, 63), Cláudia Gonçalves (2006, 232-233), Marcelene Ramos (2005, 150-151), Germano Schwartz (2001, 195), Cármen Rocha (2005, 454-455), Rogério Legal (2006, 34), Giovani Bigolin (2004, 68), Ingo Sarlet (2003, 237-239), Emerson Garcia (2005, 156, 162).

“embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) e que, por esta razão, o fator ‘custo dos direitos’ (não exclusivo dos direitos a prestações) implica certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade especialmente dos direitos sociais a prestações, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, pelos órgãos do Poder Judiciário, de direitos subjetivos a prestações, pelo menos não em toda e qualquer hipótese (...) sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando de direito da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular a prestação reclamada em juízo (...) a solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma harmonização dos bens em jogo (...) fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade e o respeito ao conteúdo mínimo dos direitos e prestações sociais, no sentido de um conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna”.

Há um descompasso entre o uso recorrente dos conceitos de mínimo existencial e dignidade da pessoa humana e seus possíveis significados. Os doutrinadores se valem desses conceitos partindo do pressuposto de que transmitem significados já conhecidos e consolidados. No entanto, não é pacífico, nem mesmo claro, por exemplo, quais são as prestações devidas pelo Estado base na idéia de dignidade da pessoa humana. Afinal qual é o mínimo que deve ser garantido pelo Estado para que o ser humano permaneça existindo e ao mesmo tempo não macule sua dignidade?

O único a conceituar dignidade⁷¹ é Ingo Sarlet (2005, 32):

“(...) dignidade da pessoa humana pode ser definida como sendo ‘a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido,

⁷¹ Ressalte-se que o autor não conceitua “mínimo existencial” e “núcleo essencial do direito”.

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 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' (...)".

Há autores que criticam a noção de “mínimo existencial” justamente por sua falta de precisão. O que significa garantir um “mínimo existencial”? Para Barreto a adoção deste critério para atribuição de direitos sociais acaba por restringi-los. Nos termos do autor:

“Inspirada na doutrina e na jurisprudência constitucional alemã, o ‘mínimo existencial’ pretende atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público, que seria obrigado a garantir uma existência mínima digna a todos os cidadãos. Em nenhum momento, pode-se, entretanto, determinar em que reside esse ‘mínimo existencial’, caindo-se, assim, no argumento do voluntarismo político, onde o mínimo para a vida humana fica a depender da vontade do governante.

Essa teoria por sua imprecisão básica, tem servido de justificativa para interpretar a aplicação dos direitos sociais de forma restritiva, esvaziando a sua amplitude e magnitude” (BARRETO, 2003, 122).

Em sentido semelhante posiciona-se Mello:

“A tendência é de rejeitar o maximalismo moral e adotar uma concepção minimalista para o dever de solidariedade comunitária. Com isso, admite-se que os direitos sociais devem assegurar o ‘mínimo existencial’ para garantir a dignidade da pessoa humana. Mas a expressão ‘mínimo existencial’ não é auto-explicativa. É preciso saber se, para determinar o seu significado, bastará recorrer ao sistema de princípios, regras e valores positivados no sistema jurídico nacional, ou se serão necessários critérios independentes de moralidade crítica, através dos quais se possam definir quais são os níveis de proteção imprescindíveis para assegurar a dignidade humana e a justiça política da comunidade” (MELLO, 2005, 134).

2.9 Obrigações positivas e negativas

Em resumo, a idéia que se debate em torno das obrigações negativas (não-fazer) e positivas (dar e fazer) é saber se os direitos fundamentais possuem ambas as obrigações ou se, na verdade, os direitos sociais demandariam obrigações positivas enquanto os civis e políticos, por sua vez, exigiriam apenas obrigações negativas.

O primeiro doutrinador a focar tal tema foi Pedro Vidal Neto:

“Os direitos individuais, em sua acepção estrita, podem ser caracterizados como obrigações negativas do Estado. Traçam uma esfera de ação reservada ao indivíduo e vedada à ingerência do Estado. Constituem uma barreira, um limite, um obstáculo à ação do Estado. Ao contrário, os direitos sociais constituem-se em obrigações positivas do Estado, designando o que o Estado deve fazer para favorecer o completo desenvolvimento da personalidade humana (...) pode-se ver, porém, que mesmo a antítese entre obrigações negativas e obrigações positivas é relativa, pois alguns direitos sociais podem exigir abstenção do Estado (...) enquanto os direitos individuais exigem atuação do Estado para garantia de seu exercício. Poder-se-ia contornar essa dificuldade, até certo ponto, aludindo à atitude predominante do Estado, diante de cada uma das duas categorias”. (VIDAL NETO, 1979, 146)

O início do tema com a doutrina dos direitos sociais defende a relativização da idéia estanque de que os direitos civis e políticos geram obrigações negativas e os sociais positivas. No entanto, esse tema ficou esquecido, assim como Pedro Vidal e só voltou a ser retomado (embora Vidal Neto tenha continuado no anonimato) nos anos 2000. O tema que se iniciou, ainda que de forma lacônica, com Vidal Neto em 1979 só volta a pauta da doutrina vinte anos depois.

Sarlet é o expoente mais influente⁷² da corrente que defende tanto direitos civis e políticos quando sociais geram simultaneamente obrigações positivas e negativas:

⁷² Adotam claramente o mesmo posicionamento de Ingo Sarlet outros três autores: Ieda Cury (2005, 132), Rafael Nogueira (2006, 50-51) e Andreas Krell (2002, 47). Afirmando que Sarlet é o expoente mais influente já que os três autores citam-no expressamente.

“(...) todos os direitos são (ou podem ser) simultaneamente negativos e positivos, é que também nós seguimos adotando a hoje já prestigiada classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa (negativos) e direitos a prestações (positivos). A partir desta constatação, consideramos indispensável perceber que o direito à saúde pode, dependendo de sua função no caso concreto, ser reconduzido a ambas as categorias, o que (...) acarreta reflexos importantes no âmbito de sua eficácia e efetividade (...) assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa (negativo), no sentido de impedir ingerências por parte do Estado e terceiros na saúde dos indivíduos, afastando, em suma, toda e qualquer conduta violadora do direito, bem como – e esta a dimensão mais problemática – direito a prestações (positivo). Nesta condição (de direito positivo) o direito à saúde implica a realização de políticas públicas por parte do Estado (e sociedade) que busquem a efetivação deste direito para a população, além de tornar o particular credor de prestações materiais na esfera da saúde (atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, entre outras), investindo-o de um correspondente direito subjetivo” (SARLET, 2002, 51-52).

Segue a mesma corrente Lima Filho:

“(...) é preciso ter certo cuidado com a afirmação de que os direitos sociais sempre reclamam prestações, prestações positivas, pois todo o direito fundamental exige, em maior ou menor medida, uma organização estatal que permita o exercício e, mais que isso, medidas de sua proteção frente às intromissões indevidas, ou também o desenho de formas de participação e tutela que inclui, inclusive, a tutela jurisdicional efetiva, pois como lembra Faustino Cavas Martínez, a pedra angular da proteção dos direitos fundamentais é o controle judicial, porque somente quanto o direito pode ser alegado por seu titular ante um Tribunal instando sua restauração ou preservação (quando violado ou danificado), é possível falar realmente e em sentido integral de proteção (...) parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais demandam prestações em sentido amplo. É, pois, necessário lembrar que as técnicas prestacionais não são exclusivas a certa classe de direitos, pois em geral são aplicáveis a quaisquer fins estatais, inclusive no âmbito dos direitos civis e políticos. Assim, e nessa perspectiva pode-se afirmar que os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais ostentam uma diferença não

substancial, mas apenas de grau, na medida em que esses direitos também podem ser caracterizados como um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado, ainda que nesse caso as obrigações positivas revistam uma importância simbólica maior para a sua identificação” (LIMA FILHO, 2006, 30-31).

Por sua vez, há um grupo de autores que se posicionam de modo oposto. Eles entendem que os direitos sociais geram apenas obrigações positivas, enquanto os direitos civis e políticos somente obrigações negativas. Isso pode trazer como consequência uma maior possibilidade de aplicação dos direitos civis e políticos em detrimentos dos sociais. Essa é a posição de Clève:

“Deveras, a estrutura normativa de uma disposição tratando de um direito de defesa não é equiparável à estrutura de um direito prestacional. Há nas disposições contemplando direitos de defesa, em geral, um grau de determinabilidade maior. Por isso, nós encontramos nos direitos de defesa mais freqüentemente possibilidade de aplicação imediata, porque muitas vezes do que se trata é impedir que o Estado venha a obstaculizar o exercício do direito pelo cidadão, um direito que poderia desde logo ser por ele exercido não fosse a atuação desconforme ou inconstitucional do Estado. Tudo se passa de modo diferente em relação à estrutura dos direitos prestacionais, porque esses direitos, ao contrário, só podem ser exercitados em virtude de uma atuação positiva, de cunho legislativo primeiro, de cunho administrativo ou material depois, do Poder Público. Porque não fora a atuação do Estado, certamente esse direito não poderia ser satisfeito” (CLÈVE, 2003, 295).

Posição semelhante adotam autores como Cietto, Costa, Carvalho, Keller e Weisheimer⁷³:

“Assim, os direitos da liberdade (negativos) têm sede constitucional. Já os direitos sociais (positivos) dependeriam de meios materiais, e da mediação legislativa e orçamentária” (CIETTO, 2002, 139; CIETTO, 2003, 93).

“O entendimento tradicional, a respeito dos direitos fundamentais ou direito de liberdade, os conceitua como direito de defesa do indivíduo contra o Estado,

⁷³ E também autores com Pierdoná (2004, 118-121), Vieira (2001, 18-19), Afonso (2006, 239), Dantas (2003, 440) e Medeiros Neto (2004, 80).

como pretensão à liberdade de coação estatal. Denominam-se, portanto, e em decorrência, também direitos negativos: negar a intromissão estatal ou condenar o Estado à inércia. Diferenciam-se, assim, os direitos fundamentais clássicos dos direitos fundamentais sociais (...) os direitos fundamentais clássicos exigem uma inatividade ou não-interferência do Estado diante da ordem jurídica privada. Os direitos fundamentais sociais visam à atuação do Estado; proibem-lhe a omissão; são direitos à prestação ou à participação” (COSTA, 1990, 433)

“Os direitos sociais caracterizam-se por serem direitos a prestações materiais (direitos a prestação em sentido estrito), isto é, exigem que o Estado aja prestando serviços ou atividades, para melhorar as condições de vida e o desenvolvimento da população, tentando atenuar desigualdades e moldar o país para um futuro melhor. O que se quer é um Estado ativo, interventor, implementador e transformador” (CARVALHO, 2003, 19)

“Colocadas ao lado dos direitos individuais, cuja característica fundamental é a imposição de um não fazer ou abster-se o Estado de determinados atos, as normas que se referem aos Direitos Sociais, inseridas nas modernas Constituições – nos Estados do Bem-Estar Social ou Estado Providência – impõem aos Poderes Públicos a prestação desses serviços ou atividades, com o objetivo de melhorar as condições de vida e o desenvolvimento da personalidade humana” (KELLER, 2001, 64)

“Surge, por conseguinte, uma nova categoria de direitos, designados direitos a prestações, que exigem comportamentos positivos do ordenamento estatal; não são direitos contra o Estado, e, sim, direitos por meio do Estado. Segundo Lafer, são exemplos de direitos sociais: direito à habitação, à saúde, ao ensino, ao trabalho, à assistência. O cumprimento dos direitos sociais efetiva-se pela ação estatal, por atos da administração; é claro que a sua definição e a sua execução dependem das circunstâncias políticas que garantiram o gozo de direitos sociais constitucionalmente protegidos” (WEISHEIMER, 2001, 262)⁷⁴.

⁷⁴ Ver também p. 276.

2.10 As ações processuais e os direitos sociais

A doutrina⁷⁵ cita como mecanismos processuais de tutela dos direitos sociais: o mandado de injunção, o mandado de segurança individual e coletivo, a ação declaratória de inconstitucionalidade por ação e por omissão, a ação civil pública, ação popular e a arguição de violação de preceito fundamental.

Podem-se fazer duas constatações a respeito de como a doutrina trata das ações que tutelam os direitos sociais. Em primeiro lugar, em geral, os autores circunscrevem-se a apresentar as ações indicando seus nomes ou acrescentam a essa nomeação passagens da Constituição ou legislação ordinária. Um exemplo do primeiro caso é Lima Filho: “entre os mecanismos processuais que visam a tutela efetiva dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais previstos no Texto Maior, podem ser citados o mandado de segurança, inclusive o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação declaratória de inconstitucionalidade (por ação e por omissão), a ação civil pública, a arguição de violação de preceito fundamental, bem como a ação coletiva prevista no Código do Consumidor (Lei 8.078/90, arts. 91 e seguintes)” (LIMA FILHO, 2006, 48-49). Um exemplo do segundo caso é Vieira (2001, 23-24).

Em segundo lugar, não há uma discussão a respeito de como as ações poderiam ser utilizadas. Não há uma aproximação entre o direito a ser tutelado e a ação citada. Como determinada ação pode ser usada para garantir o direito à saúde, moradia ou educação? Dada determinada situação qual seria a ação mais adequada para assegurar o direito? O mandado de segurança pode garantir o direito à moradia? As ações podem ser usadas mesmo quando não há uma política pública? Não havendo uma política pública o meio processual mais adequado para garantir um direito social seria a ação civil pública e o mandado de injunção? Todas essas questões não só permanecem em aberto como sequer são discutidas.

A única exceção é Schwartz que tenta mencionar casos em que, por exemplo, o mandado de segurança individual seria cabível:

⁷⁵ Lima Filho, 2006, 48-49; Bontempo, 2005, 242-259; Waldman, 2005, 58-59; Cietto, 2003, 92-93; Oliveira, R., 2001, 33-35; Oliveira, E., 2001, 48; Vieira, 2001, 23-24; Joaquim, 2001, 214-216; Schwartz, 2000, 122; Schwartz, 2001, 122-134; Rocha, 1998, 79-87; Ranieri, 1994, 128-129. Nem todos os autores citam o rol completo de ações apontadas aqui.

“Já o mandado de segurança individual – art. 5º, LXIX, CF/88 – tem como requisitos que o direito seja líquido e certo, desde que não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (...)

Gauderer (1996) refere que o direito de visitar filho ou família em hospital, fora do horário de visitas, é direito inalienável do ser humano (o de ter contato com seus entes). Certo é que o horário de visita deve, pois, ser flexível, e sempre de acordo com a possibilidade do visitante – e não do hospital. Portanto, cabível o mandado de segurança individual nesse sentido (...)

Pode-se visualizar o cabimento de mandado de segurança individual quando ao paciente for negada a possibilidade de acesso a exames laboratoriais originais e seus respectivos resultados, uma vez que os exames e os resultados lhe pertencem, e, também, porque é dever do médico fornecê-los (art. 70 do Código de Ética Médica).

De outra banda, a Lei n.º 9.313/96 dispõe que os medicamentos aos portadores de HIV e doentes da AIDS devem ser distribuídos de forma gratuita. Daí que qualquer ato em contrário a esse direito enseja mandado de segurança individual (...)” (SCHWARTZ, 2001A, 124-125).

2.10.1 Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, Paulo Lopo Saraiva (1982, *passim*) mostra uma clara preocupação com a efetividade dos direitos sociais. Esses direitos, segundo o autor, devem ser passíveis de judicialização: “o preceito constitucional será sempre ineficaz, enquanto o indivíduo não tiver acesso ao Poder Judiciário, para exigir concreção da norma de caráter social, que, como dissemos, não pode exprimir direitos sociais fundamentais, de modo meramente programático” (SARAIVA, 1983, 64-65).

O interessante de algumas passagens da obra do autor é que ele apresenta algumas propostas de alteração institucional e processual no intuito de tornar mais efetivos os direitos sociais. Se, por um lado, as propostas são pouco elaboradas em seu livro, por outro, ele é o primeiro na doutrina dos direitos sociais a atentar para alguns temas que não foram, posteriormente, desenvolvidos.

Em primeiro lugar, Saraiva sugere a criação da inconstitucionalidade por omissão, mas em moldes distintos do que há atualmente no texto constitucional. Sem segundo lugar, ele aponta para os “óbices processuais” os quais deveriam ser reformulado de acordo com um pensamento processual que fosse focado na defesa de direitos coletivos. Ele faz apresenta essas idéias nos seguintes termos:

“No que concerne às normas programáticas de caráter social, é evidente a necessidade de se conferir ao ordenamento jurídico brasileiro um meio eficaz, através do qual seja possível recomendar e exigir dos poderes competentes (Legislativo e Executivo) a plenificação de, pelo menos, algumas normas de direito social (...)

A instituição de um órgão controlador da inconstitucionalidade por omissão revela-se urgente.

Não atribuiríamos tal missão ao Poder Judiciário, em face da realidade que tão bem já conhecemos.

Defendemos a criação de um órgão próprio, que poderia funcionar em consonância com o Judiciário, já que, no nosso ordenamento, é ele o detentor exclusivo do controle de constitucionalidade.

Quanto aos óbices processuais, temos de remover e atualizar os princípios e mecanismos norteadores da ação judiciária, cuja teoria data do século XIX, elaborada, pois, num contexto liberal e individualístico.

A atuação efetiva dos corpos intermediários sugere outros interesses e outras motivações jurídicas, todos voltados para o coletivismo.

As garantias processuais terão de percorrer o itinerário dos direitos sociais, abandonando-se o garantismo individual pelo garantismo social ou coletivo.

Os conceitos de legitimatio ad causam, de adequada representatividade estão recebendo novos contornos jurídicos, para possibilitar o acesso normal ao Poder Judiciário dos grupos, das organizações coletivas, que não defendem direito e interesses individuais, mas, direitos e interesses de caráter coletivo (...)

A inconstitucionalidade por omissão é uma das garantias para controle das normas de caráter social” (SARAIVA, 1983, 83-84).

Saraiva não se restringe à ação de inconstitucionalidade por omissão. Ele propõe a criação do “mandado de garantia social”. Um instrumento semelhante ao atual mandado de injunção.

“Se, como vimos, o Poder Judiciário tem ampliado suas atribuições, atingindo pontos nunca imaginados pela teoria individualística, impõe-se a implantação de um instituto que permita ao indivíduo ou ao órgão representativo de classe, defender-se ou defender interesses e direitos coletivos, cujo exercício não esteja ainda regulamentado ou que necessite de um recurso próprio, não incluído ainda no rol das garantias constitucionais (...) [Saraiva propõe a seguinte redação constitucional para esse instrumento]

É instituído o mandado de garantia social, destinado a fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar, preventiva ou repressivamente, os direitos sociais previstos explícita ou implicitamente na constituição federal, contra atitudes ativas ou omissivas do Poder Público ou de particulares, para os quais não exista remédio próprio.

A proposta é pioneira. Não tem a pretensão de solucionar definitivamente o tormentoso assunto.

Tem, todavia, a marca ousada de apresentar um problema da mais alta importância a atualidade e que ainda não recebeu estudo profundo dos meios jurídicos” (SARAIVA, 1983, 102-103).

Saraiva abre caminho para o debate em torno de temas como as ações para garantia dos direitos sociais e a inadequação do pensamento processualista para lidar com uma nova realidade que demandava não mais a defesa de direitos focados no indivíduo, mas em interesses coletivos.

A ação, dentro todas as citadas no início deste item, que gera alguma manifestação, ainda que restrita, da doutrina é o mandado de injunção. A Constituição ao trazer esse novo instrumento teria solucionado o problema da aplicação de alguns direitos como os sociais. Os que escreveram pouco após a promulgação da Constituição estavam esperançosos quanto à possibilidade de tal ação realmente efetivar os direitos sociais. Nesse sentido, posicionou-se José Costa:

“O mandado de injunção, quer-se repetir, é medida satisfativa de um direito constitucional fundamental. Por conter os direitos fundamentais sociais, qual seja a linguagem da Constituição, ‘tendendo a norma programática’ ou não, o Judiciário, à falta de norma, deverá, por obrigação constitucional, concedê-los, a seu juízo e valor, consoante a hermenêutica constitucional, à luz dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito (...) mesmo à falta de norma, o Judiciário deverá prestar o direito, deverá conceder uma participação ou exigir

do Estado uma prestação, ambos não definidos em lei. Isso, por si só, no meu entender, deve dar-se de modo harmônico, uniforme. Servirá de leading case para outras situações semelhantes, pelo que, com o tempo, a jurisprudência emprestará ao mandado de injunção o caráter de verdadeira normatização (...) no Brasil, o mandado de injunção visa a justamente evitar que a falta de norma e o desatendimento do legislador pudessem permanecer não sancionáveis. É uma verdadeira evolução do instituto (...) o mandado de injunção consiste no mecanismo para acionar o Estado a agir positivamente, de modo organizatório ou distributivo, a fim de se atingir a liberdade material” (COSTA, 1990, 440-446)

A interpretação de Costa é bastante positiva em prol da aplicação dos direitos sociais via mandado de injunção. Ao autor não resta dúvidas de que o Poder Judiciário tem “por obrigação constitucional” garantir os direitos sociais, por meio de tal ação, quando não houver legislação infraconstitucional. Aliás, é ponto pacífico na doutrina dos direitos sociais que o mandado de injunção foi criado com a finalidade de impedir que a ausência de legislação tornasse os direitos sociais não aplicáveis. Costa claramente vê que o Judiciário seria um normatizador a partir da adoção de alguns casos como *leading case*.

Saraiva, por outro lado, não se mostrou tão esperançoso em relação ao mandado de injunção. Em texto de 1990 (SARAIVA, 1990, 78-84), mostra como o processo constituinte acabou complicando a redação do artigo referente ao mandado o que gerou dois problemas: (a) confusão entre o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão; (b) dúvidas quanto à necessidade ou não de regulamentação do mandado.

Segundo Saraiva (1990, 78079) a primeira sugestão de redação deixava clara que não existiriam dois institutos, o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão, mas apenas o mandado. Afirma Saraiva:

“A pioneira sugestão sobre esse instituto, apresentada, no limiar das atividades constituintes, em 27 de março de 1987, é de autoria do saudoso Senador Virgílio Távora e seu filho Deputado Carlos Virgílio e estava assim grafada:

‘Sugestão n.º 155-4

Inclua-se no Capítulo dos Direitos e Garantias Constitucionais:

Art. Sempre que se caracterizar inconstitucionalidade por omissão conceder-se-á ‘mandado de injunção’, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança’

O autor da proposta, na sua justificativa, lembra que apresentara outra sugestão complementar, para ser inserida nas Disposições Gerais e Transitórias, qual seja:

‘Art. A não edição de ato ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica inconstitucionalidade por omissão’

E conclui:

‘A essa previsão normativa nós aditamos a presente sugestão de norma constitucional que tem por escopo efetivá-la’

Vê-se, claramente, que a proposta do senador cearense era simplesmente, como simples ele sempre foi e objetivava coibir a inconstitucionalidade por omissão, pela via de uma ação constitucional denominada mandado de injunção” (SARAIVA, 1990, 78-79).

Somado a esse ponto, há ainda a ausência de estabelecimento do rito processual. Como não se definiu o rito do mandado de injunção alguns autores entenderam que era necessária a edição de lei para determiná-lo (SARAIVA, 1990, 82). No entanto, o autor entende que não é necessária essa regulamentação, pois “não adiantaria instituir um remédio constitucional, capaz de dar efetividade à norma, se esse não tivesse pronta concretização” (SARAIVA, 1990, 84).

A história mostrou que as preocupações de Saraiva eram sensatas. Isso porque o STF acabou igualando os efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. O que gerou críticas da doutrina. Lobato afirma:

“(...) entendemos que o mandado de injunção poderia constituir-se no instrumento processual mais adequado a obter-se do Estado uma compensação efetiva frente à inércia dos poderes públicos (...) os tribunais, quando decidem um mandado de injunção, se limitam a comunicar à autoridade responsável pela edição do ato normativo necessário ao exercício do direito de que está em mora, ou seja, que deve, com urgência,

agir para garantir o exercício do direito questionado pelo cidadão.” (LOBATO, 1999, 20-21)⁷⁶.

A crítica mais bem fundamentada ao STF é de Ivo Dantas. Analisa o autor da seguinte forma a interpretação do mandado de injunção pelo STF:

“Dissemos que o STF deu um rumo errôneo ao Mandado de Injunção, e mantemos nosso ponto de vista, exatamente porque aquela Corte, em uma primeira fase, entendia não ser possível a aplicação do instituto pela falta de regulamentação, enquanto em um segundo momento, de modo igualmente danoso ao verdadeiro sentido que inspirou o constituinte de 87-88, passou a identificar os dois institutos – Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção – os quais, pelo conteúdo de cada um, não podem ser identificados se considerados os seguintes aspectos:

- *Enquanto a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão é uma das espécies de controle abstrato; o Mandado de Injunção é claramente uma ação individual, plúrima ou coletiva, de efeitos concretos.*
- *A competência privativa do STF, tratando-se de Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, contrasta com as suas competências originária e derivada, para julgar o Mandado de Injunção, isso porque, na conformidade do art. 102, I, alínea q, determina-se a competência originária para processar e julgar ‘o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.’*

Por outro lado, pelo comando do art. 102, II, alínea a, é o STF competente para julgar em recurso ordinário, ‘o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão’.

- *Enquanto para a Inconstitucionalidade por Omissão tem-se uma legitimação restrita àqueles que se encontram enumerados no art. 103 da CF, para o Mandado de Injunção, poderá ele ser buscado por qualquer cidadão (nos termos do art. 1º, II), nos termos do art. 5º, inciso LXXI, cabendo ao Poder Judiciário,*

⁷⁶ A mesma crítica faz Schwartz, 2001, 126-127 e Carneiro, 2004, 384.

respeitada a regra de competência, concedê-lo 'sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania.'

- *Finalmente, não poderia o STF nivelar os dois institutos, em razão dos efeitos que cada um possui, ou seja, enquanto a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão em nada poderá obrigar o legislador, funcionando, portanto, como mero conselho, o Mandado de Injunção, por gerar efeitos concretos interpartes, poderia obrigar a parte ré ao cumprimento da decisão” (DANTAS, 2003, 443-445).*

2.11 Direitos sociais: conflitos distributivos e coletivos

A atribuição de direitos sociais pela via judicial traz o seguinte problema: se os direitos sociais devem ser prestados individualmente, como justificar que pessoas nas mesmas condições daquela que está pleiteando uma obrigação de dar ou fazer do Estado não recebam os mesmos serviços? Se há um indivíduo que chega até o judiciário, ainda que seja em uma situação de urgência, não existiria no mesmo momento milhares de outras pessoas em situação semelhante de urgência? Como resolver esse impasse? Se o judiciário usar os recursos escassos do Estado (que no fundo são da sociedade como um todo⁷⁷) para proteger o direito de um indivíduo ele não estará, na verdade, concedendo um privilégio na medida em que outros em situação idêntica não poderão gozar dos recursos públicos? Imagine-se que um indivíduo adoentado devido a um câncer pleiteie junto ao judiciário, com base no direito constitucional à saúde, um tratamento custoso no exterior o qual seria custeado pelo Estado. Se a ação for julgada procedente, automaticamente (a) o Estado terá menos dinheiro para alocar em outras áreas de saúde (prevenção de doenças tropicais como febre amarela, doença de chagas, dengue e malária, menos dinheiro para compra e distribuição de remédios, etc); (b) pessoas nas mesmas condições só terão a mesma oportunidade de fazer um tratamento no exterior se propuserem uma ação no Judiciário e este conceder o direito.

⁷⁷ Como diz Canotilho não é o Estado que paga a conta dos direitos sociais, mas é a própria sociedade que contribui para que outros cidadãos sejam os beneficiários das prestações (2004, 102-103).

A doutrina ao entender que os direitos sociais são coletivos aborda a questão acima. Lopes, após pesquisa em vários acórdãos no TJ-SP e STJ, chegou à seguinte conclusão a respeito de como a jurisprudência desses Tribunais enfrentam o problema da justiça distributiva na atribuição de direitos sociais em casos concretos:

“Devido à dinâmica do processo tradicional bilateral (um antagonismo dual) e às teorias do direito subjetivo que dominam a discussão, não se nota nos argumentos constitucionais o tema da universalidade e do gozo simultâneo dos direitos. Ou seja, os tribunais e seus argumentos, tanto quando concedem quanto negam os pedidos, não discutem que muitas vezes o que está em jogo em uma disputa da determinação da extensão dos direitos de um cidadão ou de um grupo de cidadãos não é o dever de uma pessoa – o Estado –, mas os direitos dos outros cidadãos e dos outros grupos. Muitas vezes a discussão que deveria importar é se o Estado, ao negar certo benefício ou certo direito a alguém, não o está fazendo justamente em nome da manutenção dos direitos de outros cidadãos em geral. Assim colocada a questão, é evidente que não se trata, como pode parecer, que a defesa de um cidadão é sempre e só sua defesa perante o Estado, o Governo. Colocada deste ponto de vista, a discussão tende a superdimensionar o individualismo, resultando no apoio ao cidadão predador que tantas vezes caracteriza a interpretação constitucional em sociedades periféricas (...) ninguém menciona o critério da universalidade e do gozo simultâneo: se o tratamento for estendido a um, deve ser de acordo com a regra de que qualquer um terá o mesmo tratamento; ou que, se o Estado estiver obrigado a pagar a escola especial de um aluno, deve ser de tal modo a poder e dever pagar a escola de todos os que estiverem na mesma situação. Porque, se ele for condenado àquela prestação apenas porque pode arcar, de fato, com aquele único caso, o Judiciário estará afirmando um direito que aparentemente é democrático, mas que só pode ser concedido a um – ao que chegar primeiro (...)” (LOPES, 2006, 255).

Outros autores também focaram o problema:

“(...) quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos para atendê-la, mister é que se visualize a demanda social e universal existente, não somente contingencial submetida à aferição administrativa ou jurisdicional, isto porque, atendendo-se somente aqueles que acorrem de pronto ao Poder Público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de

atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de informações ou recursos para fazê-lo.

Por outra via, se a Administração Pública não construiu critérios razoáveis e ponderados para escalonar minimamente o atendimento cada vez mais massivo de perquirições envolvendo o oferecimento de medicamentos à população carente, e tampouco o legislativo, então isto deverá ser feito na esfera da judicialização do debate, sempre tendo em conta que a satisfação de um problema imediato poderá inviabilizar centenas de outros tão importantes e legítimos quanto este, haja vista que os recursos financeiros e materiais para tanto, é inexorável, são finitos” (LEAL, 2006, 33-34).

“(...) a negativa de uma prestação por parte do Estado, da qual tem o dever, pode se dar pelo fato de que outros deveres serão descumpridos, acarretando um tratamento desigual entre aqueles que detêm o direito subjetivo às diversas prestações.

Nestes casos, o Estado tem recursos, mas o atendimento a um tratamento médico de última geração, por exemplo, implica na ausência de recursos para diversos tratamentos mais baratos que poderiam salvar um número maior de vidas. Isso porque a limitação de recursos impede a satisfação de todos (...)

Não se trata, entretanto, de negar a existência de um dever do Estado ao tratamento ou de negar o direito à vida, à dignidade, etc. Trata-se de assumir a escassez como fato inexorável e admitir que o cumprimento de uma prestação – viável em termos absolutos face à existência de recursos em caixa – representará uma quebra de isonomia de tratamento conferido a outros cidadãos também detentores de direitos e necessidades relacionadas a prestações efetivas do Estado” (CARNEIRO, 2004, 386-387).

“A determinação a respeito da exigência ou não de um direito concreto neste caso deve levar em consideração os direitos sociais de outros brasileiros, que podem precisar dos mesmos recursos de o autor/agravante (...) Então, todos nós devemos reconhecer o direito de auto-determinação dos outros, assim como nós queremos este direito. É inaceitável que uma pessoa possa demandar que o judiciário leve em consideração apenas seu direito, quando todos os outros têm tanto direito quanto ela.

Um argumento processual poderia ser aduzido também: este caso se assemelha aos de falência (e no caso do Estado Brasileiro a analogia é quase identidade),

quando todos os credores são chamados a receber pelo menos parte do seu crédito. O procedimento falimentar é assim porque todos os credores têm direitos referentes a uma mesma quantidade de recursos e não existem recursos suficientes para pagar a todos. Recursos para a saúde no Brasil são escassos, então todos os credores devem ser parte do processo que decide que parcela pertence a quem.

Alguém poderia argumentar que se outros precisassem dos recursos tanto quanto o autor/agravante, deveria ter processo o Estado também. Mas este não é o ponto. O ponto é que o dinheiro que ele recebeu vai ser retirado de algum outro lugar. E algumas crianças vão deixar de receber lanche na escola, ou alguma adolescente pobre vai deixar de receber pílulas anticoncepcionais, ou tratamento de alguém com um problema nos rins vai deixar de receber tratamento de hemodiálise. Estas pessoas devem ser ouvidas quando uma decisão é tomada a respeito de onde o Estado gastará seus recursos” (WALDMAN, 2005, 55).

Por fim, Mello defende a idéia de que a aplicação dos direitos sociais deve levar em conta critérios de justiça distributiva:

“O raciocínio judicial utilizado para o reconhecimento de direitos sociais individuais na justiça brasileira tende, portanto, a basear-se na aplicação de uma metodologia jurídica tradicional, centrada na interpretação literal e sistemática dos textos legais e no uso de conceitos jurídicos que permitem a aplicação subsuntiva a casos concretos. A única abertura que esses precedentes concedem aos argumentos ‘políticos’ é a uma fundamentação parcialmente consequencialista nas decisões, isto é, uma fundamentação que avalia exclusivamente as consequências que a negação da tutela do direito traria para o titular (no exemplo do direito à saúde, em geral o sacrifício da vida), sem incluir na decisão as consequências sistêmicas ou políticas da medida judicial.

Já na tutela coletiva dos direitos sociais nitidamente os juízes não se sentem à vontade para valer-se exclusivamente desse tipo de argumentação. Ao contrário do raciocínio judicial necessário para a tutela individual dos direitos sociais, que pode relegar para um segundo plano argumentos de justiça distributiva, o processo judicial de tutela coletiva dos direitos sociais não consegue evitar o protagonismo dos argumentos de justiça distributiva e dos critérios políticos na definição das políticas públicas e programas governamentais que serão impostos aos órgãos do Estado em nome da proteção dos direitos fundamentais sociais.

O que parece claro, no entanto, é que, embora a evolução da teoria dos direitos sociais esteja fortemente ligada à sua assimilação ao conceito de direito subjetivo, os discursos de aplicação judicial dos direitos sociais não poderão limitar-se a reproduzir a argumentação típica dos direitos subjetivos do direito privado do liberalismo. Isso porque o raciocínio jurídico necessário para a concretização judicial de direitos sociais envolve sempre, em alguma medida, uma apreciação sobre a relação entre bens individuais e bens coletivos, contrariamente ao que se passa na generalidade dos direitos privados. E essa proposição vale tanto para a tutela individual dos direitos sociais, quanto para a tutela coletiva (...) a tutela judicial dos direitos sociais também não poderá evitar a inclusão de juízos políticos, como os de justiça distributiva, ainda que essa seja uma necessidade muito mais evidente na forma da tutela coletiva (...) a readmissão de juízos de justiça distributiva nas decisões de órgãos judiciais requer tanto a superação da ausência de critérios claros de justificação e de recursos institucionais de poder distributivo, quanto à promoção de uma mudança estrutural nas próprias instituições judiciárias” (MELLO, 2005, 133-135).

CAPÍTULO IV - UM BALANÇO SOBRE A DOUTRINA BRASILEIRA DOS DIREITOS SOCIAIS

A proposta deste capítulo, ao contrário da apresentação sistematizadora realizada no capítulo anterior, é analisar a doutrina brasileira dos direitos sociais. Essa tarefa terá por foco três pontos. Em primeiro lugar, mostrarei as características negativas mais sensíveis da doutrina: (a) uso em excesso de descrições; (b) falta de um debate de idéias entre os autores; (c) uso de frases de efeito, apelo ao sentimento do leitor e construções óbvias. Em segundo lugar, abordarei criticamente os conceitos de “dignidade da pessoa humana” e “mínimo existencial”. Desses conceitos valem-se alguns autores, por exemplo, para determinar que circunstâncias permitem a aplicação dos direitos sociais diretamente da Constituição (sem necessidade de legislação infraconstitucional). Entretanto, esses conceitos, da maneira como formulados atualmente, não auxiliam na aplicação dos direitos sociais. Em terceiro lugar, indicarei duas questões importantes para a compreensão e aplicação dos direitos sociais que aparecem superficialmente na doutrina.

1. O início

O Estado Social no Brasil, pelo menos do ponto de vista formal, foi formulado com a Constituição de 1934. Ela inovou tematicamente o direito constitucional brasileiro ao assegurar direitos trabalhistas (“Título IV Da ordem econômica e social”) e ao dispor sobre família, educação e cultura (“Título V”). Some-se a isso o direito à subsistência assegurado no *caput* do art. 113.

É verdade que diversas garantias sociais foram estabelecidas desde então no direito constitucional brasileiro, porém a doutrina não refletiu essas mudanças do texto constitucional⁷⁸. Os direitos à saúde, educação e moradia só começaram de modo substancialmente mais numeroso a figurar como objeto de estudo (ver item 1 do capítulo III) a partir da Constituição de 1988 e principalmente após os anos 2000. Mesmo outros sistemas normativos, além do constitucional, como a edição do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1966 não exerceram impacto significativo sobre a doutrina constitucionalista dos direitos sociais.

⁷⁸ Isso não ocorreu com o direito do trabalho.

Com exceção basicamente de quatro autores, Pedro Vidal Neto, Paulo Lopo Saraiva, José Rubens Costa e José Reinaldo de Lima Lopes, os textos citados por este trabalho concentraram-se em publicações do período de 1998-2006. O que mostra como é recente a inclusão de preocupações com direito à moradia, saúde e educação no cenário doutrinário nacional, ao contrário do que talvez intuitivamente se imaginasse.

Verifica-se, portanto, que a doutrina brasileira permaneceu indiferente ao tema dos direitos sociais mesmo diante de uma realidade socioeconômica adversa e mesmo existindo um regramento jurídico, nacional e estrangeiro, que os assegurassem. Se esses não foram, aparentemente, fatores decisivos para desencadear o processo de publicações de direitos sociais quais teriam sido os fatores relevantes? Embora não possa determinar com rigor a relação entre a expansão da pós-graduação no Brasil e o aumento no número de publicações de direitos sociais, a tabela 2 e o gráfico 3 (ver item 1 do capítulo III) mostram que o aumento no número de publicações ocorre justamente quando há uma expansão acentuada nos programas de pós-graduação pelo Brasil. Parece-me que há aqui um caminho interessante a ser trilhado no que tange a tentar compreender a produção bibliográfica nacional sobre direitos sociais.

2. O que descrever significa?

A vagueza e ambigüidade da linguagem natural e jurídica e o processo de aplicação dos universais (regras) aos particulares (casos concretos) exigem a intervenção do jurista. As regras não solucionam, por si mesmas, os problemas. É apenas após a análise dos fatos e do direito que se pode pensar em uma resposta para determinado problema jurídico.

Ante essa consideração, qual a relevância de um texto que se circunscreva a transcrever os dispositivos constitucionais referentes aos direitos sociais contidos em todos os textos constitucionais do Brasil a começar pela Constituição de 1824? Ou ainda citar por diversas páginas dada legislação infraconstitucional? Não é pertinente a um estudo doutrinário dedicar partes substanciais de livros e artigos a transcrever legislação. Se o ordenamento jurídico por si mesmo não resolve problemas, é preciso que se dê um passo além dele, se se quer realmente contribuir com a aplicação dos direitos ali assegurados. No entanto, os textos analisados por este trabalho mostram uma realidade distinta. A doutrina vem se construindo justamente a partir de uma série

de citações que não são utilizadas como ponto de partida seja para explicação de um assunto seja para o início de um debate. Essas citações muitas vezes desempenham um papel tão central no trabalho que se elas foram retiradas, pouco sobrar de substancial.

Ilustrarei essas afirmações mostrando como a doutrina usa a história e a legislação para o desenvolvimento de seus trabalhos. Destaco que usarei aleatoriamente alguns trechos como exemplos para esclarecer em que medida considero a doutrina muito descritiva. Sem esquecer, portanto, que essa característica aparece também em outros textos que não utilizei para a construção dos próximos subitens.

2.1 Legislação

Júlio Rocha em seu livro *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos* trata do tema das competências da seguinte forma:

“As competências da União vêm expressamente descritas, enumeradas no Texto Maior, como pode ser observado nas competências materiais exclusivas (art. 21) e nas competências privativas legislativas (art. 22).

As competências estaduais constituem resíduo (art. 25, §1º), o remanescente das atribuições que não foram conferidas expressamente à União e aos Municípios (art. 30, I a IX). A competência privativa legislativa pode ser delegada, conforme o art. 22, parágrafo único, quando lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas nesse artigo.

Outras espécies de competências vêm previstas na Constituição: a competência material – comum, cumulativa ou paralela (art. 23) repartida entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios; a competência legislativa concorrente (art. 24) entre União, Distrito Federal e Estados.

Existem ainda as competências definidas indicativamente para os Municípios nos incisos I ao IX do art. 30. O rol das matérias desse artigo é meramente exemplificativo; em verdade, correspondem a temas considerados de interesse local.

A competência comum enfatiza o princípio do federalismo cooperativista, em que todos os entes poderão dispor sobre as matérias estabelecidas na Carta Magna (art. 23).

A competência legislativa concorrente atribui aos entes (União, DF e Estados) a possibilidade de legislar sobre os temas arrolados no art. 24. Funda-se no pressuposto de que a União editará normas gerais e os Estados e o Distrito Federal editarão normas específicas aplicáveis às suas realidades. Na falta de normas gerais, a competência dos Estados será plena, podendo legislar sobre o geral e o especial. Decorrente da competência concorrente, nasce a competência suplementar dos Estados, conferindo aos Estados-Membros a possibilidade de ao lado da União, legislar sobre normas gerais atinentes às questões do aludido art. 24” (ROCHA, 1998, 37-38).

Um ponto controverso sobre os direitos sociais recai sobre a responsabilidade dos entes federativos a respeito do direito à saúde. A saúde, conforme o art. 23, II da Constituição, é competência comum da União, dos Estados e Municípios o que potencializa dúvidas acerca de qual a exata responsabilidade de cada ente federativo. Questiona-se, por exemplo, quem deve ser acionado se indivíduo com base no direito à saúde pleitear a aquisição de remédio não contemplado por nenhuma política pública⁷⁹? Os três entes federativos são obrigados a arcar com as despesas do medicamento já que a competência é comum ou não? Entretanto o autor não formula questões dessa espécie, muito menos esboça qualquer tipo de análise sobre o tema.

Pode-se chegar ao mesmo conteúdo sobre competências exposto por Rocha a partir da simples leitura dos artigos constitucionais ou mesmo de um manual de direito constitucional. Assim, o autor ao tratar de competência nada mais faz do que parafrasear o texto constitucional e não aborda qualquer questão pertinente aos direitos sociais. Rocha (1998, 37-42) simplesmente relata o sistema de competências contido na Constituição de 1988.

O principal problema nesse caso é que a descrição é um fim em si mesmo. Ela não se presta a solucionar qualquer problema envolvendo direitos sociais e competências. O autor não parte dessa descrição para empregar uma interpretação das regras constitucionais. Se objeto de estudo de Rocha é o direito à saúde, alguma relação, para além do que já está claramente disposto na Constituição, entre tal direito e competências teria de haver. A função da doutrina não pode ser apenas a transcrição de leis. Se fosse admitida tal função sua utilidade seria a mesma de se obter o texto não

⁷⁹ Tomando por hipótese que seja possível exigir direitos sociais diretamente da Constituição.

comentado da lei em algum lugar. A intervenção de um doutrinador deve acrescentar uma análise ao objeto de estudo.

Essas mesmas características descritivistas aparecem em Raul Machado Horta (1998, *passim*). No decorrer de praticamente todo o seu texto, que pretende analisar o aparecimento e evolução dos direitos sociais no constitucionalismo contemporâneo (HORTA, 1998, 7), descreve os artigos constitucionais referentes à ordem social e econômica de diversas Constituições estrangeiras e brasileiras. O autor utiliza-se especificamente das Constituições da Alemanha de 1919 e 1949, do México de 1917, da França de 1958, da Itália de 1947, da Espanha de 1931, de Portugal de 1933 e de 1976, da Argentina de 1853, da União Soviética de 1936 e 1977, da Bulgária de 1991, da China de 1978 e as brasileiras de 1934, 1946, 1967 e 1988.

Após sucessivas e excessivas citações de textos constitucionais o autor acaba concluindo seu trabalho com as seguintes frases: “a preservação das liberdades e a prestação concreta de benefícios convergem no objetivo comum de defender a pessoa humana contra os abusos do poder, de um lado, e de remover os fatores de infortúnios sociais, de outro. Nesta perspectiva aglutinadora, os Direitos Fundamentais representam o coroamento de uma evolução histórica e oferecem os instrumentos adequados à edificação do humanismo constitucional na sociedade contemporânea” (HORTA, 1998, 46-47). Ninguém discorda de que os direitos sociais pretendem “remover os fatores de infortúnios sociais”, portanto, o texto nada mais faz do que mostrar o óbvio. Essa perspectiva nada agrega de substancial aos direitos sociais.

2.2 O uso da história

Outro fator de dispersão para o descritivismo é o tratamento histórico que se dá sobre determinados temas. Os autores costumam usá-lo na abordagem de três pontos: (a) a história da saúde, educação e moradia; (b) a perspectiva histórica dos direitos fundamentais; (c) a história constitucional dos direitos sociais no Brasil.

No primeiro caso, toma-se a saúde, educação ou moradia para relatar como um desses objetos foi tratado através dos tempos. No segundo caso, a história dos direitos fundamentais significa mostrar sua “evolução” por meio de gerações (ou dimensões). Os autores mostram como os direitos civis e políticos (primeira geração), sociais (segunda geração) e difusos como meio ambiente (terceira geração) foram se

somando com o passar dos tempos. Quando há algum tipo de discussão sobre a história dos direitos fundamentais, entendida como essa conquista de tipos distintos de direitos, ela ocorre em relação ao uso dos termos “geração” e “dimensão”. A discordância é sobre o sentido de “geração”. Diz-se que essa palavra poderia indicar um sentido de substituição de um conjunto de direitos pelo outro. Assim, a segunda geração de direitos fundamentais “eliminará” a primeira. Por isso, prefere-se o uso de “dimensão” por não refletir esse sentido de substituição, mas de “convivência” simultânea entre os diferentes tipos de direitos. No terceiro caso, há uma descrição de quais são os dispositivos constitucionais relacionados aos direitos sociais contidos em constituições anteriores a 1988.

Analisarei, a partir de dois trechos, como a doutrina concretamente relaciona a história e os direitos sociais.

Schwartz e Gloeckner descrevem a história da saúde no livro *A tutela antecipada no direito à saúde*, da seguinte forma:

“O surgimento e desenvolvimento da medicina remonta idos tempos. Na Pérsia Antiga, a habilitação médica deveria ser aprovada pelo conselho real da época. Na Babilônia Antiga, já se encontravam sanções cominadas aos médicos, provenientes de seus erros. Dessa genealogia, pré-conceitualmente se pode aventar a relevância dos estudos médicos, que, no grau de evolução retrocitado, paradoxalmente, mais dispunham de um manancial religioso no trato das doenças do que propriamente objetivavam a cura pelo meio da racionalidade (...)

Fica claro perceber-se que a doença era tratada, nessa época, como algo mítico, jamais partindo os grilhões que a acorrentavam à religiosidade. Mormente, com a expansão das Cruzadas, no intuito de pôr termo à ‘incipiente e pagã religião muçulmana’, a Europa conheceu o pandemônio da lepra, tida então, como doença por excelência [aqui cita Luís Graça. Mercator ergo pestiferus].

Aqui cabe alumbrar que o número de leprosários, na França, atingia os milhares. Com a erradicação da epidemia, passando tal doença a manifestar-se de forma endêmica, talvez esteja historicamente explicitado o fato deste país, atualmente, possuir um dos melhores sistemas sanitários mundiais.

Consoante algures asseverado, as Cruzadas foram responsáveis pela infecção e proliferação de doenças até então desconhecidas na Europa. Nesta conjuntura, a peste negra dizima cerca de 25 a 30 milhões de pessoas.

Dita doença, endêmica na Ásia (tem-se entendido como originariamente típica da região), assolou violentamente a Europa Medieval. Credita-se (corrente teórica

com maior receptividade) ao povo mongol que habitava Cafá, na Criméia, porto comercial utilizado pelos mercadores genoveses que transitavam no Mar Negro, o surto que abalou as estruturas demográficas medievo-ocidentais (...)

No Ocidente, Paracelso, químico e médico suíço, afrontando conceitos médicos e crenças culturais atreladas à religião, afirmou que as doenças eram ocasionadas por agentes externos e poderiam, por assim dizer, ser combatidas com o emprego de substâncias químicas.

Esta etapa foi crucial quanto ao que tangencia o surgimento da moderna medicina. Necessário sinalizar que na Idade Média, conhecida por 'Idade das Trevas', houve uma regressão, em todos os aspectos possíveis da humanidade, afetando, por conseguinte, a área sanitária, desencadeando um retrocesso equiparável aos umbrais da civilização humana. Ressuscitaram-se os rituais religiosos. O sistema feudal e o nascente absolutismo figuram como pano de fundo na questão da saúde. Tais elementos por si próprios são hábeis a traduzir o ambiente atávico e moribundo que povoava a empreitada sanitária.

Em 1543 é publicado o primeiro tratado de anatomia: De Humani Corporis Fabrica, do belga Versálio. No século XVII, os mosteiros retomam as características gregas. Esse aspecto da saúde como ausência de doença é apanágio e corolário dos conceitos médicos então em voga. Isto até o surgimento do socialismo e posteriormente, com o Welfare State americano, a saúde não é mais apenas a busca pela cura, senão prevenir, antecipar-se aos nefastos efeitos da doença.

Nasce o aspecto preventivo da saúde. A saúde deveria não ser mais apenas um 'poder comprar a cura', mas sim direito de que 'todos tenham acesso à cura'. O Estado interventor deveria, pois, proporcionar a saúde aos seus cidadãos mediante serviços básicos de atividade sanitária.

Como resultado da evolução policêntrica da racionalidade, nutrida e acelerada após o Renascimento pós-guerra, o conceito de saúde 'como fator meramente curativo', despia-se de função pragmática. O invólucro conceitual da 'nova saúde preventiva', adquiria contornos tácteis.

Em 1946, com a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), um novo conceito definidor de saúde foi erigido: a saúde é o completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças (...)

A colonização do Brasil, de forma estrita, iniciou-se com as capitânias hereditárias. Ao todo, em número de doze, submetidas aos poderes dos donatários. Verifica-se, portanto, que a pluridimensionalidade cultural e social

brasileira se devem em considerável parcela, a esta inicial dispersão administrativo-governamental.

A descentralização impunha durante esse período, as marcas despóticas cujos traços autocráticos em muito contribuíram para o surgimento e sustentação do coronelismo oligárquico.

Posteriormente, por volta de 1549, substituiu-se tal sistema pelas figuras dos governadores gerais. Nada que ainda possuísse uma silhueta de poder político, sob a forma provavelmente difundida na atualidade. O governo local, o emprego da força e mais ainda, o temor reverencial que a possibilidade deste exercício causava aos habitantes, se coadunavam a esta visão astigmática de governo, social e política.

Melhor sorte ocorreu a nosso país com a chegada da Família Real, por obra do estado de beligerância que assolava a Península Ibérica, agora sob as ordens do exército francês bonapartista. A influência e a pompa da Família real pouco transpôs as imediações da cidade do Rio de Janeiro. Em que pese brotar um movimento constitucionalista emergente, o interior do território brasileiro, vasto e até mesmo inexpugnável, se encontrava sob o pálio do poder local, alheio e indiferente às novas conotações político-sociais trazidas junto com a família Reinante.

No ápice desta conjuntura, novas idéias políticas afloravam e efervesciam a consciência da aristocracia brasileira, até então, a única com acesso aos ideários revolucionários europeus, vez que eram apenas estes os que possuíam condições de arcar com estudos em universidades do velho mundo. Liberalismo, Parlamentarismo, Federalismo, Democracia, República e Constitucionalismo, ideários que tantas benesses carregaram neste continente, reivindicadas e conquistadas a duras penas, desencadeavam uma inquietação social no Brasil. A independência foi questão de tempo. Necessária, como sedimentação desta ideologia que cambiou o sistema político nacional, de um enfeixamento de poderes, de uma pedra de toque que extinguisse os governos locais, consolidasse a unidade federal, sem que se matizassem os direitos fundamentais do indivíduo. A Constituição de 1824 era incubada” (SCHWARTZ; GLOECKNER, 2003, 33-39).

O texto doutrinário deve ter um propósito, uma intenção, um objetivo. As frases de um trabalho devem ser encadeadas para que se chegue a alguma conclusão. Levando em consideração essas afirmações, por qual motivo os autores relatam esses diversos

fatos, se objeto de pesquisa é a tutela antecipada no direito à saúde de acordo com a lei 10.444/02? Em outras palavras, qual a relação entre história da saúde e a tutela antecipada? Faz algum sentido relatar fatos que se iniciam no mundo antigo para tratar da tutela antecipada no século XXI? De início vê-se um descompasso entre a proposta do livro e o uso da história. O livro não é de história do direito, da saúde ou da medicina, por isso não faz sentido usar conhecimentos de outra área. Não pelo menos da forma como foram usados.

Ao se verificar os fatos históricos relatados torna-se claro como esse conteúdo é dispensável para a construção do tema da tutela antecipada. Isso não significa que qualquer uso da história seria injustificável. Os autores poderiam, por exemplo, valer-se de uma experiência histórica concreta relacionada à tutela antecipada (ou a ela assemelhada) a fim de utilizá-la e adaptá-la aos dias atuais. Mas não é isso o que acontece. Eles discorrem sobre assuntos completamente destoantes dos objetivos propostos para sua obra. Por que interessaria ao jurista atual saber que “na Babilônia Antiga, já se encontravam sanções cominadas aos médicos, provenientes de seus erros”? Por que deveríamos saber acerca da origem geográfica da peste negra? Qual é o interesse em se saber sobre o primeiro tratado de anatomia? O trecho citado fica ainda mais sem sentido quando se deixa de tratar da história da saúde para se discorrer sobre a história do Brasil. Os últimos parágrafos se voltam, por exemplo, a descrever as capitanias hereditárias. Destaque-se um trecho: “a colonização do Brasil, de forma estrita, iniciou-se com as capitanias hereditárias. Ao todo, em número de doze, submetidas aos poderes dos donatários. Verifica-se, portanto, que a pluridimensionalidade cultural e social brasileira se devem em considerável parcela, a esta inicial dispersão administrativo-governamental”. Como esta passagem auxilia na compreensão do direito à saúde no Brasil ou da tutela antecipada segundo a lei 10.444/02?

Uma característica comum aos textos de direitos sociais que se valem da história para relatar a “evolução” de determinado tema (como saúde ou educação) é a ausência de rigor para levar a cabo tal empreitada. Os textos vão se construindo por meio de uma reunião pouco criteriosa de nomes, datas e fatos. No trecho citado acima, por exemplo, 400 anos de história da saúde aparecem em quatro parágrafos. O texto nos fornece a informação de que “em 1543 é publicado o primeiro tratado de anatomia” para dois

parágrafos depois afirmar que em 1946 foi criado, pela OMS, um novo conceito de saúde.

Mais do que o uso desnecessário e injustificado da história, os autores tomam-na erroneamente. Isso porque, a própria metodologia e mesmo os fatos narrados são questionáveis.

Os autores afirmam que o islamismo era incipiente no tempo das Cruzadas. Mas, o islamismo tem início com Maomé no século VII. As primeiras Cruzadas datam do fim do século XI. Portanto, no tempo das Cruzadas a religião contava com 400 anos de existência.

Os autores também afirmam que a Idade Média foi um período de trevas. O que isso significa exatamente? Não está claro. E qual a fundamentação para essa afirmação? Não há. E aqui se aponte um problema metodológico: a falta de fontes. Onde estão os dados para fundamentar a afirmação de que a área sanitária foi prejudicada na Idade Média? Qual o historiador que faz tal afirmação? Qual foi a fonte utilizada para se afirmar que na Babilônia havia sanções aos médicos? Não se usa qualquer tipo de fonte para fundamentar suas posições.

César Rocha Jr. também usa inadequadamente a história em seu livro *O direito à educação na realidade brasileira*:

“1.2 A educação do homem primitivo

Na antigüidade a educação não era organizada, e resumia-se na imitação direta do adulto pela criança. As experiências cotidianas, desse modo, eram repassadas às novas gerações principalmente através das religiões naturais e das ciências rudimentares (...)

Imitando o adulto, a criança recebia a experiência e a tradição dos mais velhos, e com isso ia se preparando para a idade adulta nessa educação prática, voltada para as necessidades básicas da vida: alimento, vestuário e abrigo (...)

A educação que era natural e simples imitação, apreendida espontaneamente no seio da própria aldeia, passou, a partir do advento dos cultos, a tomar outra direção: os conhecimentos adquiridos já não eram distribuídos para todos, mas a poucos eleitos, através dos donos do poder (...)

Quando foi possível dissociar o trabalho da sobrevivência, um pequeno grupo de pessoas passou viver sem a necessidade de trabalhar para conseguir o indispensável para vida, e a estes foi assegurado um novo saber, referente aos

conhecimentos especiais da sociedade, como a iniciação aos rituais e demais práticas que conferiam um poder de supremacia entre seus semelhantes.

1.3 A educação do homem antigo

Com relação ao homem antigo vamos analisar a educação dos gregos e romanos.

Com os gregos a educação adquire grande importância, e seu desenvolvimento foi imenso, como a sua própria civilização.

A escravidão foi amplamente utilizada e, por isso, a educação tinha como destinatários unicamente os próprios gregos (os homens livres), excluídos os demais habitantes que não tinham direitos, e que constituíam em 9/10 da população.

Porém, para aqueles que nasceram livres, a idéia da educação grega era o desenvolvimento integral da personalidade, em todos os seus aspectos.

A educação grega passou por uma contínua evolução, desde os tempos mais primitivos até o seu auge, com a criação das escolas filosóficas.

Duas de suas grandes cidades responderam de forma diferente ao mesmo desafio da educação.

Para Esparta, a educação tinha como ideal a formação de exército guerreiros, e por isso davam imensa importância ao corpo, como forma de assegurar a supremacia militar sobre os povos e regiões conquistados (...)

Essa educação voltada unicamente para fins militares tinha um objetivo prático inegável: a preservação da sua própria existência, pois Esparta estava cercada por inimigos poderosos, e existia uma grande legião de escravos.

Para a realização desse objetivo as crianças eram retiradas de suas famílias aos 7 anos de idade, ficando sob os cuidados de escolas militares custeadas pelo Estado.

Ao contrário, Atenas conservava a família, atribuindo-lhe a missão de educar a criança, assegurando-lhe a liberdade, com o ensino para a verdade, para o bem e o belo.

As escolas eram particulares, e buscava-se o desenvolvimento moral e intelectual, e não exclusivamente físico (...)

Aristóteles considerava como fim da educação a felicidade, que seria obtida mediante o uso da razão, que deveria reger a conduta. Assim, duas idéias básicas regem esse sistema: há um bem intelectual que deve ser produzido e desenvolvido pelo ensino, e um bem do caráter que é produzido por hábitos saudáveis.

Esse filósofo também não era democrático, no conceito que hoje entendemos, pois excluía os escravos da possibilidade da aquisição da felicidade, pois estes não podiam adquirir cidadania.

Para os romanos a educação tinha um sentido essencialmente prático e utilitário. O ideal romano sempre se ateve numa concepção de virtude, e teve na família seu suporte indispensável, consistindo o método educacional basicamente na imitação direta dos pais e dos antigos romanos (...)

Por volta do século III a I, antes de Cristo, pouco a pouco se foi adotando a educação grega, organizando-se bibliotecas e algumas instituições educacionais gregas. Em decorrência, adquiriram grande prestígio as escolas de gramática, que se espalharam pela região.

Com a decadência do império romano, a nova educação ministrada pela primitiva igreja cristã foi substituindo a educação romana que, pelo seu sentido prático, não conseguiu desenvolver nenhum ensinamento teórico que conseguisse substituir à sua destruição.

1.2 A educação do homem medieval

Com a ruína do império romano, e mesmo em alguns séculos antes, a educação passou por sensível deterioração, resumindo-se tão somente às classes altas, pois para a população em geral não era dada nenhuma instrução ou tão somente aquela instrução indispensável para o exercício de alguma profissão.

E isso porque muitas tribos estavam em ataque ao império romano, sendo que as poucas escolas que ainda existiam eram exclusivamente urbanas, eis que desde o século I os bárbaros dominavam as áreas rurais.

A desintegração do império romano marca o início do período feudal, caracterizado principalmente pela falta de um poder estatal forte que pudesse estabelecer regras e diretrizes gerais para a sociedade.

Podemos afirmar que a única instituição que sobreviveu com alguma organização foi a Igreja, e dentro dela o processo educacional teve seqüência, quase que com exclusividade. A fraqueza do Estado significa o abandono quase total das cidades, sendo que os nobres preferem a segurança de seus castelos (...)

Nessa situação, o ideal educativo estava centrado no guerreiro-cavaleiro, onde o objetivo principal do ensino era a destreza com as armas, na formação de soldados.

Afinal, em vista da estagnação econômica então existente, a maioria da população contentava-se em manter-se viva. O saber era privilégio de poucos, e mesmo a maioria dos aristocratas eram analfabetos. O desenvolvimento agrícola

da Europa a partir do ano 1.050, e o aumento da população, e conseqüentemente das cidades e vilas, e a relativa estabilidade político, propiciaram grande avanço econômico e cultural [aqui o autor cita Edward MacNall Burns, “História da civilização ocidental”, págs. 234 e 237/238].

Note-se que ainda não havia livros (a impressão inicia-se em 1439, com Gutenberg), e pelo preço excessivamente alto do papel, não havia cadernos, e com isso o método educacional baseava-se, exclusivamente, na memorização do aluno.

Assim, as condições históricas estavam postas para a vinda do Renascimento, com o que se encerra este período (...)” (MACHADO JR., 2003, 27-34).

O título da obra é claro em fazer um recorte espacial (“realidade brasileira”) sobre o tema do direito à educação. Assim, o próprio autor optou por tratar do direito à educação no Brasil. No entanto, ele inicia um capítulo cujo conteúdo passa pela educação do homem primitivo, antigo, medieval, moderno e contemporâneo. Assim, é possível apontar um descompasso entre o tema proposto e o desenvolvimento de uma perspectiva histórica. Esse descompasso é menos pelo uso da história em si mesmo. Se o relato histórico da educação do homem primitivo contribui de alguma forma para a compreensão do direito à educação na “realidade brasileira” isso deveria ser explicitado pelo autor. Mas não é isso o que ocorre. Portanto, surgem questões como a de se saber qual a relevância, para o tema proposto pelo autor, de tomar conhecimento acerca do processo de aprendizado do homem primitivo ou ainda que Esparta empregava enorme importância ao corpo? Parece-me que nenhuma.

2.3 Uma conclusão

Qual o impacto negativo sobre a doutrina desse exacerbado descritivismo? Em primeiro lugar, a simples transcrição ou paráfrase de um ponto compartilhado, de modo incontroverso, por todos não agrega qualquer perspectiva nova aos direitos sociais. Como mostrado claramente no item 2.1 acima, não há qualquer alteração na compreensão dos direitos sociais quando se transcreve artigos da Constituição. O ordenamento enquanto texto jurídico é uma realidade dada, incontroversa e da qual o jurista não pode se esquivar. A Constituição deve ser cumprida e seus dispositivos

podem ser conhecidos facilmente⁸⁰. O papel da doutrina, com visto no capítulo II, não é ser um meio alternativo para o conhecimento do quadro legislativo nacional, mas auxiliar na aplicação do direito.

Em segundo lugar, esse descritivismo legal leva a concentração de esforços por parte dos autores acerca de pontos óbvios ao mesmo tempo em que se esquece dos relevantes. Longas páginas são utilizadas para a transcrição de conteúdo que todos conhecem (as regras do ordenamento jurídico), mas aquilo que se quer conhecer, as questões que permanecem em aberto são colocadas em segundo plano. Ilustrei essas idéias com outro exemplo.

Em texto de Evaldo Vieira sobre direito à educação, transcreve-se os dispositivos constitucionais que, segundo o autor, identificam o regime jurídico da educação (2001, 19-22). O autor usa três páginas de seu texto apenas para citar trechos da Constituição. Os artigos constitucionais não são problematizados ou nem mesmo parafraseados, mas somente transcritos. O autor, por exemplo, transcreve diversos artigos da Constituição para mostrar que o mandado de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data* são instrumento de garantia de prestações educacionais (VIEIRA, 2001, 23-24), mas não cuida de especificar como essas ações constitucionais veiculariam o direito à educação. Não explica tampouco como o *habeas data* um instrumento que “tem por objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra (a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; (b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc); (c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei” (SILVA, 2003, 451) seria utilizado para assegurar o direito à educação. De que adianta noticiar a existência de uma garantia se não se sabe como usá-la a favor de alguém?

No final do artigo Vieira afirma que “no que diz respeito à educação, o *direito público subjetivo* se expressa na faculdade de exigir, proveniente de relação jurídico-administrativa. Pelo *direito público subjetivo*, o indivíduo tem a possibilidade de exigir da administração pública o cumprimento de prestações educacionais,

⁸⁰ Os textos legais nacionais são facilmente acessados, nos dias atuais, pelos sites WWW.senado.gov.br ou WWW.planalto.gov.br. Quem, por ventura, não tenha acesso à internet pode comprar ou consultar em bibliotecas coletâneas de legislação.

asseguradas por norma jurídica” (2001, 27). Um ponto controverso com base no direito à educação é a identificação das prestações devidas pelo Estado, mas o autor não discute essa questão. Assim ele inverte a lógica: os pontos incontroversos (artigos constitucionais) ocupam grande parte do texto enquanto o ponto controverso (quais são as “prestações educacionais”) permanece secundário. Está claro que nenhum pesquisador ou operador do direito necessita de alguém que transcreva o texto constitucional para resolver problemas relativos ao direito educacional, mas seria muito útil o debate em torno de quais são as prestações educacionais devidas pelo Estado.

Em terceiro lugar, o uso da história faz-se de modo desnecessário e injustificado. Não há qualquer ganho para a compreensão ou aplicação dos direitos sociais, assim como os autores perdem o foco ao tratar de assuntos que não estão relacionados com o escopo de seus trabalhos.

Em quarto lugar, há uma repetição excessiva de idéias quando a doutrina se reporta à história dos direitos fundamentais ou à história dos direitos sociais nas constituições brasileiras. Os textos tratam desses assuntos de forma muito semelhante.

3. Há debate na doutrina brasileira dos direitos sociais?

Por meio da sistematização formulada no capítulo III, contata-se que os autores não debatem entre si. Ressalte-se que considero “debate” não apenas discordar de outrem, mas, sobretudo, retomar as idéias de alguém para refutá-la, aceitá-la fundamentadamente ou para dela partir vislumbrando-se um passo além. Na doutrina brasileira dos direitos sociais, ao contrário, uma das funções mais recorrentes da citação é a de sustentar uma tese. Em outras palavras, dada determinada posição cita-se para trazer um argumento de autoridade, para mostrar como outro autor, em geral tido como de renome, concorda com essa posição. A citação não dá ensejo a um debate ou discussão.

No capítulo III foi destacado como a doutrina trata os direitos sociais em relação ao tipo de obrigação que deles decorre. Sobre essa questão, ali se mostrou que os autores dividem-se em dois grupos: (1) os direitos sociais geram apenas obrigações positivas; (2) os direitos fundamentais (tanto os civis e políticos quanto os sociais) geram obrigações positivas e negativas.

Os autores que defendem que os direitos sociais geram apenas obrigações positivas não se preocupam em citar os argumentos da corrente contrária. Por exemplo, Clève:

“Deveras, a estrutura normativa de uma disposição tratando de um direito de defesa não é equiparável à estrutura de um direito prestacional. Há nas disposições contemplando direitos de defesa, em geral, um grau de determinabilidade maior. Por isso, nós encontramos nos direitos de defesa mais freqüentemente possibilidade de aplicação imediata, porque muitas vezes do que se trata é impedir que o Estado venha a obstaculizar o exercício do direito pelo cidadão, um direito que poderia desde logo ser por ele exercido não fosse a atuação desconforme ou inconstitucional do Estado. Tudo se passa de modo diferente em relação à estrutura dos direitos prestacionais, porque esses direitos, ao contrário, só podem ser exercitados em virtude de uma atuação positiva, de cunho legislativo primeiro, de cunho administrativo ou material depois, do Poder Público. Porque não fora a atuação do Estado, certamente esse direito não poderia ser satisfeito” (CLÈVE, 2003, 295).

A citação acima deixa claro que Clève⁸¹ não debate com quem pensa de forma diversa. É importante que a doutrina considere as posições contrárias e discuta com autores que pensam de modo oposto. Esse debate poderá ser mais útil para uma compreensão melhor, por exemplo, do que são direitos sociais, de como aplicá-los, de quando não se deve aplicá-los, como a questão do custo de direitos deve ser incluída nesse debate.

Tome-se outro exemplo:

“Na definição de José Afonso da Silva, os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são:
‘prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar à igualização de situações desiguais. Valem como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade’.

⁸¹ Outros autores também se portam da mesma maneira como Túlio Afonso, 2006, 239 e Zélia Pierdoná, 2004, 118-121.

Os direitos sociais são, por conseguinte, sobretudo, endereçados ao Estado, para quem surgem, na maioria das vezes, certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material” (BONTEMPO, 2005, 71).

A autora, como se vê, segue a definição de direitos sociais de José Afonso da Silva. Não há problema nessa decisão da autora. O ponto sensível é o modo pela qual adota essa definição. Ela a usa como um cânone, como uma definição a ser pressuposta. Os conceitos não são dados da natureza, mas construções pautadas em convenções que podem, portanto, alterar-se (ver capítulo II). Assim, é relevante mostrar o motivo pelo qual se deve aceitar essa definição. Por que seguir José Afonso nesse ponto particular? Não questiono se a autora deve ou não adotar tal definição. Parece-me que se ela concorda com José Afonso deve haver algum tipo de justificativa.

No próximo exemplo, há uma citação de jurisprudência para mostrar como os tribunais concordam com a tese de que os direitos sociais podem ser aplicados diretamente da Constituição (portanto, mesmo na ausência de legislação infraconstitucional):

“Infelizmente, os administradores deste país no âmbito municipal, estadual ou federal têm-se utilizado da ‘desculpa’ de que muitos direitos fundamentais estão estabelecidos em normas programáticas e que portanto exigem regulamentação para serem aplicados como é o caso dos direitos sociais inclusive o da saúde com o intuito de se isentarem da responsabilidade da criação e efetivação de políticas públicas eficientes, contrariando, assim, expressamente o §1º, do artigo 5º da CF/88 que dispõe que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’.

A despeito disto muito bem têm decidido os tribunais brasileiros, inclusive o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que no processo nº 1.0000.03.400235-2/000, relatado pelo desembargador Nepomuceno Silva, dispõe:

‘MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – PRESSUPOSTOS EXISTENTES – SEGURANÇA CONCEDIDA. O caráter programático da regra inscrito 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 inseqüente, 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’.

Como Carta Magna deste país, a Constituição Federal/88 ressalta o entendimento de que os direitos individuais (artigo 5º) e os direitos sociais (art. 6º) integram-se num todo harmônico, com influências recíprocas, caracterizando-os de direitos fundamentais, mas certo é que os direitos sociais ainda hoje, apesar de estarem previstos na Constituição, são ignorados, gerando uma injustiça social gigantesca e um desprezo gritante pelo ser humano” (VIDAL, 2004, 164-165).

A autora se vale da ementa de acórdão do TJ-MG para mostrar como sua posição a respeito da eficácia dos direitos sociais é correta. Ela afirma que “muito bem têm decidido os tribunais brasileiros”. Em primeiro lugar, não há decisões suficientes para generalizar a posição deste acórdão do TJ-MG para os todos os tribunais brasileiros. Em segundo lugar, não há uma análise dos argumentos da decisão⁸². Por que essa é uma “boa” decisão? O trabalho doutrinário não deve tentar provar uma tese a qualquer custo. A tese será sustentada e confirmada não pelo número de autores e decisões do judiciário que estejam de acordo com tal tese, mas pelos seus argumentos.

A falta de debate entre os doutrinadores traz conseqüências teóricas e práticas importantes. Esclarecerei esse ponto tomando por base a comparação entre o texto de José Reinaldo de Lima Lopes e de Cláudio Ari Mello.

Lopes (1994, *passim*) em seu texto *direito subjetivo e direitos sociais* mostra como o conceito de direito subjetivo se desenvolveu em paralelo ao individualismo moderno. Por isso, tal conceito vincula-se à proteção jurídica do sujeito. Nesse sentido, ele desempenha um papel adequado para situações em que um indivíduo pretende fazer valer seus interesses perante outrem. O conceito de direito subjetivo é adequado para ser utilizado em situações comutativas em que a idéia é a manutenção do *status quo* ao garantir o equilíbrio das trocas. O individualismo moderno via as pessoas como iguais, portanto, o relevante era manter essa equação de igualdade. Se essa igualdade fosse violada era necessário por alguma via restabelecer a situação anterior. Por exemplo, se duas pessoas físicas celebraram um contrato e uma das partes não o cumpre isso gera uma situação de desigualdade entre elas o que permite ao prejudicado propor uma ação

⁸² Uma perspectiva oposta em relação ao tratamento da jurisprudência é adotada por José Reinaldo de Lima Lopes (2006, 221-264). Nesse artigo o autor faz um recorte temporal (1997-2003) e por tribunal (TJ-SP e STJ) e coleta, segundo critérios preestabelecidos, alguns acórdãos. Após a exposição do conteúdo dos acórdãos, Lopes analisa-os (2006, 254-261).

ou para adquirir exatamente o bem em jogo ou para requerer perdas e danos. A compreensão do conflito jurídico torna-se dificultada ao se utilizar o conceito de direito subjetivo para relações que não são mais de troca, mas de manutenção da vida em geral (1994, 120).

Os direitos sociais, segundo Lopes, não podem ser compreendidos à luz dos direitos subjetivos na medida em que sua fruição é coletiva. Os direitos sociais vão além da mera abstenção de um particular ou do Estado na medida em que dependem de uma infra-estrutura. Não há como gozar do direito à saúde sem a criação de hospitais, contratação de médicos e enfermeiros, compra de material cirúrgico, etc. Por isso, a efetivação de direitos como moradia, saúde e educação dependem de políticas públicas e essas são elaboradas pensando simultaneamente em toda a coletividade e não em casos particulares.

Lopes aponta para a dificuldade do Judiciário em lidar com esses casos, pois trabalha com uma lógica binária (ganhador-perdedor) e não com uma lógica plurilateral a partir da qual diversos interesses podem estar em jogo simultaneamente.

O texto de Lopes foi publicado em 1994. Em 2005 Cláudio Mello publicou um texto intitulado *os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo* cujas conclusões são muito semelhantes: “(...) os discursos de aplicação judicial dos direitos sociais não poderão limitar-se a reproduzir a argumentação típica dos direitos subjetivos do direito privado do liberalismo. Isso porque o raciocínio jurídico necessário para a concretização judicial de direitos sociais envolve sempre, em alguma medida, uma apreciação sobre a relação entre bens individuais e bens coletivos, contrariamente ao que se passa na generalidade dos direitos privados (...) a tutela judicial dos direitos sociais também não poderá evitar a inclusão de juízos políticos, como a justiça distributiva (...) a readmissão de juízos de justiça distributiva nas decisões de órgãos judiciais requer a superação de ausência de critérios claros de justificação e de recursos institucionais de poder distributivo, quanto a promoção de uma mudança estrutural nas próprias instituições judiciárias” (MELLO, 2005, 134-135).

Mello conclui que (a) o conceito de direito subjetivo não consegue dar conta completamente dos conflitos que envolvem direitos sociais, pois o direito subjetivo tem uma lógica binária enquanto a aplicação dos direitos sociais exige uma lógica de

distribuição, portanto, (b) a adequada exigibilidade judicial de tais direito depende da inclusão de uma lógica de distribuição pelo Poder Judiciário.

Mello desenvolveu, apesar de ter escrito 11 anos depois, um texto muito semelhante ao de Lopes. Mello deveria ter tomado o texto de elaborado em 1994 como um ponto de partida a fim de desenvolver mais claramente, por exemplo, como o Judiciário deve empregar “juízos de justiça distributiva” (Lopes também deixa esse ponto inconcluso). Os temas dos textos são muito próximos, portanto, por que não se referir ao texto de 1994? O estudo de determinada área evolui a partir do momento em que se tem consciência de tudo o que foi escrito e parte-se daí para algo novo.

A falta de debate dificulta a resolução de problemas vinculados aos direitos sociais. Dada a idéia de que o Judiciário aplica os direitos sociais coletivamente e que para esse tipo de aplicação deve se valer de uma lógica que lhe é pouco comum, debater como o Poder Judiciário deve se apropriar de uma lógica distributiva é relevante. Provavelmente se Mello partisse do texto de Lopes novas questões seriam propostas e antigos problemas solucionados.

4. Fórmulas vazias

O objetivo desse item é mostrar como em diversas oportunidades a doutrina brasileira dos direitos sociais acaba formulando idéias fáceis, às vezes sem sentido, óbvias ou de senso comum. Baseada em discursos pretensamente políticos, de reforma social faz exortações, recomendações, brada fórmulas que, no fundo, nada significam.

O primeiro exemplo é de um texto sobre direito à moradia. O autor está preocupado em compreender qual o sentido de sua inclusão no art. 6º após a Emenda Constitucional n.º 26 de 2000. Na conclusão do texto há uma orientação para que os “desafortunados e excluídos” reivindicuem suas moradias de forma não violenta:

“Os desafortunados e excluídos, agora confortados pela proteção constitucional, hão de reivindicar os seus quinhões, não pela belicosa forma do exercício do direito de revolução, pese embora reconhecido como justo na clássica lição de Jefferson, Madison e Jay, na magistral obra inspiradora da União Americana, O federalista (...) a luta é legítima, mas deverá ser travada dentro da ordem constitucional, compelindo-se o Estado a operar dentro dos limites queridos e impostos pela Constituição, guardada a advertência lançada pelo Supremo

Tribunal Federal de que o direito individual, por mais legítimo que seja, não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas (RT 709/418) (...) Lutemos pela imediata realização da expectativa, rectius, do direito de cada cidadão à sua moradia, mas façamo-lo dentro da ordem e da Justiça, utilizando os instrumentos legais e a proteção que, agora, a Lei Maior confere, de molde a concretizar na efemeridade da vida terrena o direito de cada um possuir o seu abrigo, o seu teto, complemento da personalidade e apanágio da cidadania.

Se esse ideal não for alcançado, outra esperança não restará, senão o consolo da redenção na vida eterna, porquanto é certo que:

‘Na casa do Pai, há muitas moradas!’” (VIANA, 2000, 16).

A sugestão do autor é perigosa, pois se a cada momento em que o direito não se efetivar, não for aplicado pelos órgãos competentes formos pedir ajuda celeste haverá muitas rezas pelo Brasil. O que isso significa? Qual a contribuição para a compreensão dos direitos sociais de tal frase? Não vejo qualquer utilidade nessa afirmação.

Em outro texto, também sobre direito à moradia, o autor ao invés de fazer uma conclusão apela ao sentimentalismo para, na verdade, não concluir o texto, mas fazer uma homenagem à Biasi Ruggiero em item denominado “concluindo com Biasi”:

“conheci BIASI RUGGIERO e sei de suas aflições espirituais, na busca das verdades substanciais da vida e da nobre missão de ser humano. Parafraseando CAMÕES, se memórias desta vida se consente, lá no assento etéreo em que BIASI se acha, creio que ele mantém sua avaliação das finalidades da lei, com o entendimento de que, mesmo em meio ao pleno domínio da técnica jurídica, predomina o sentido da preservação do viver, do existir, num espaço apropriado, protegido, individual ou coletivamente. Não só viver, mas viver com dignidade” (CENEVIVA, 2001, 11).

O autor não deve concluir com Biasi, mas deve concluir com base no conteúdo desenvolvido no texto. Essa “homenagem” foi a conclusão. Não houve outra.

A construção da doutrina brasileira dos direitos sociais funda-se em diversas afirmações óbvias como nesse outro exemplo em que a autora conclui:

“É pelo instrumento da educação que o cidadão atua mais conscientemente nos seus destinos e nos de seu país. O dia em que o Brasil tiver, realmente, a educação como meta prioritária o nosso país terá uma realidade social justa.

Onde há escolas não há fome, não há crime. Há consciência de cidadania (...) e ao desafio do aumento alarmante da população brasileira alia-se outro também não menos complexo, o de diminuir a concentração de renda (...) pelo que se depreende dessa humilde reflexão sobre os direitos sociais, o Brasil tem pela frente grandes desafios para a efetivação da cidadania. Não há direito social em uma sociedade tão desigual economicamente como a brasileira” (SOARES, 2004, 45-46).

Não é necessário desenvolver todo um texto sobre direitos sociais para concluir que “é pelo instrumento da educação que o cidadão atua mais conscientemente nos seus destinos e nos de seu país”. Essa afirmação é um completo senso comum. Ninguém questiona que a educação é importante para o desenvolvimento do país, do cidadão, da sociedade, do ser humano. Ademais, algumas afirmações não podem aparecer em texto doutrinário sem fundamentação como, por exemplo, “onde há escolas não há fome, não há crime”. Quais são os dados de que dispõe a autora fazer tal afirmação? Não há dados, tampouco estatísticas. Isso faz da afirmação mera retórica. Não é preciso ler um texto de direitos sociais para saber que “o Brasil tem pela frente grandes desafios para a efetivação da cidadania”.

Alguns textos da doutrina “pregam” comportamentos que deveriam ser tomados como pressupostos. Tome-se outro exemplo:

“Urge, portanto, fazer valer a Constituição brasileira (...) através da tomada de urgentes medidas, norteadas pela idéia de justiça, no sentido de se efetivar a promoção e proteção dos direitos à vida, à saúde e à dignidade humana, tendo com vertente de correspondência a igualdade de oportunidades para todos os indivíduos, em oposição às graves e crescentes desigualdades sociais geradas pela globalização econômica (...) emerge a premente necessidade de se consolidar e efetivar, no Brasil, os direitos fundamentais sociais, como condição de existência do paradigma de Estado Democrático de Direito, instituído com a Carta de 1988” (GOMES, 2005, 57-58)

A autora se circunscreve basicamente a dizer que a Constituição deve ser cumprida assim como os direitos sociais. Esse tipo de abordagem não traz nada de novo. “Todos querem” a efetivação da Constituição. Ninguém se coloca contra tal intento. As divergências, e esses são os pontos relevantes, surgem sobre como essa

aplicação deve ser feita. A autora, nesse mesmo diapasão, continua nos seguintes termos:

“É hora de assumir, nesse país, uma posição de defesa da Constituição em vista da concretização dos direitos fundamentais sociais. Lamentavelmente, após quase vinte anos da conquista de um Estado Democrático de Direito, a nação brasileira ainda vem se destacando, em nível internacional, pela escandalosa desigualdade social que apresenta, em face da ineficiência das políticas públicas na área social, em total afronta à Lei Maior (...) é por isso que se impõe disseminar, cada vez mais, o sentimento constitucional dos juristas e operadores do Direito em prol da realização dos direitos fundamentais, mediante a revitalização do primado da liberdade (que agasalha os direitos civis e políticos) em sintonia com o primado da igualdade (consubstanciado nos direitos sociais, econômicos e culturais) (...) urge dar aplicação predominante aos princípios e regras constitucionais em face de todo o ordenamento jurídico (...) impõe a melhoria considerável nos níveis de vida da população, na luta contra a pobreza absoluta e a miséria, porque sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparece as condições iniciais de liberdade, na precisa assertiva de Ricardo Lobo Torres. Vale dizer, não pode haver direito à vida sem o direito à vida com dignidade.

Constituem os direitos sociais o núcleo normativo do Estado Democrático de Direito, tal com estabelece o preâmbulo da Constituição Federal, ao proclamar a instituição de um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. Entretanto, até hoje, falta a implementação da igualdade material, da justiça social, de garantia e efetividade dos direitos fundamentais. Todos esses preceitos de modernidade, proclamados pela Lei Maior, não foram materializados de forma satisfatória, principalmente, em face dos nefastos efeitos da globalização econômica (...)

Não tem sido observado um padrão mínimo social, por parte do Estado, a priorizar atendimento básicos eficientes de saúde; educação básica com qualidade e a garantia de moradias dignas, entre outras políticas públicas, no vasto campo das necessidades primárias da população carente” (GOMES, 2005, 61-63)

O desenvolvimento das idéias da autora permanece no mesmo sentido. A Constituição precisa ser cumprida, os direitos sociais efetivados ou ainda ressalta que o Brasil é desigual. Mediante tal discurso não se fará grandes progressos já que as

questões centrais sobre como aplicar a Constituição e em que medida os direitos sociais podem contribuir para a diminuição da desigualdade no Brasil não são objetos de análise. Ora, todos querem um Brasil mais igual, justo, solidário. O ponto principal é como isso deve ocorrer.

A autora conclui da seguinte forma:

“Exige-se desde logo o despertar de um sentimento constitucional, de uma consciência coletiva, por parte de todos os integrantes da sociedade brasileira, principalmente dos estudiosos e operadores do Direito, para se disseminar a efetiva concretização dos princípios e regras da Carta de 1988, mediante o pleno exercício da cidadania mais participativa, ‘com vontade de Constituição’.

Já passou da hora de se entender que, neste país, onde se adota o modelo de Estado Democrático de Direito desde 1988, mas que continua apresentando índices alarmantes de miséria e de exclusão, não mais se aceita a mera argumentação de falta de recursos financeiros para a concretização dos direitos fundamentais do homem social” (GOMES, 2005, 75)

Como se vê, pela conclusão e pelo restante de seu texto, esse é um discurso óbvio, sentimentalista e com o uso de várias frases de efeito.

O exemplo seguinte mostra como alguns textos não trazem conclusões que agreguem novas idéias, teorias ou perspectivas à doutrina brasileira dos direitos sociais. O autor conclui com observações nada inovadoras, isto é, que nada agregam ao debate sobre o tema:

“De tudo que foi visto, chegamos às seguintes conclusões:

- a) a preocupação do Estado é a garantia do ensino público gratuito em todos os níveis, para todo e qualquer cidadão, num estágio ideal a ser atingido;*
- b) enquanto a meta não é alcançada, a gratuidade e a obrigatoriedade serão aplicadas apenas ao ensino público fundamental, de imediata e, gradativamente, ao ensino médio;*
- c) para tanto, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios devem assegurar, incentivar, subvencionar e promover o ensino fundamental a todas as pessoas, destinando-lhe maiores e mais verbas e garantindo-lhes o padrão de qualidade e a prioridade necessárias” (MORAES, 1989, 339).*

Atente-se para o fato de que a letra b nada mais é do que o art. 208, I e II da CF. As conclusões de letras a e c são objetivos de “bom senso”. Qual é o Estado que não expressa algum tipo de preocupação com a educação? Qual a contribuição do autor para os direitos sociais? Qualquer indivíduo concordaria com o autor e, provavelmente, perguntaria: mas como o direito pode efetivamente auxiliar a educação? Não há dúvida de que a educação é importante e que todos os entes federativos devem promovê-la. Por conseguinte, o que se ganha com essas conclusões? Nada, pois só pode haver algum tipo de ganho para o tema dos direitos sociais se alguma idéia ou perspectiva nova for posta. Não é o caso.

5. A via do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana para a aplicação de direitos sociais

Há uma clara tendência na doutrina brasileira dos direitos sociais (ver item 2.8 do capítulo III) em utilizar conceitos como “dignidade da pessoa humana” e “mínimo existencial” para justificar a aplicação de direitos sociais. Esses conceitos funcionam como uma espécie de cinturão protetor do indivíduo. O Estado não pode feri-los tanto omissiva quanto comissivamente. No entanto, tal como formulados, eles realmente estão aptos a serem utilizados como critérios para a aplicação dos direitos sociais? É possível identificar com um mínimo de clareza em que momentos tais princípios estão sendo ameaçados? É possível por meio deles extrair quais as prestações de saúde, educação e moradia devidas pelo Estado aos cidadãos? Da forma como estão formulados padecem de alta carga de imprecisão.

Não há dúvidas, tratando o ponto de modo genérico, que todos devem ter assegurados seu mínimo existencial e sua dignidade. A própria Constituição dispõe em seu art. 1º, III que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Isso é indiscutível. O problema é justamente defini-la de modo que tenha relevância prática.

Ingo Sarlet (2005, 32) define a dignidade nos seguintes termos:

“(...) dignidade da pessoa humana pode ser definida como sendo ‘a qualidade intrínseca e distintiva de 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 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' (...)”.

A definição de Sarlet não auxilia muito a solucionar as questões propostas no início deste item.

Se a intenção é falar sobre dignidade e mínimo existencial é preciso enfrentar seriamente o tema. Isso significa mostrar como esses conceitos podem concretamente auxiliar na compreensão e aplicação dos direitos sociais.

A palavra “dignidade” possui alta carga emotiva, por isso seu uso deve ser realizado com cuidado. Segundo Nino, “las palabras no sirven solamente para referirse a cosas o hechos y para designar propiedades, sino que a veces se usan también para expresar emociones y provocarlas en los demás (...) cuando una palabra tiene carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo. Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con El o dejar fuera de sua denotación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable” (NINO, 1998, 15-16).

A “dignidade da pessoa humana” vem desempenhando o papel de critério para qualificar o que é “bom” ou “mal”. A determinação das condutas devidas ou indevidas faz-se “emotivamente”. O significado cognoscitivo de “dignidade” perde-se, ou sequer há uma preocupação em construí-lo, em meio ao apelo sentimental. Assim, quando um indivíduo encontra-se adoentado e necessita de remédios basta afirmar que caso o Estado não forneça esses medicamentos estará ferindo a “dignidade da pessoa humana”.

6. As prestações devidas pelo Estado com base nos direitos sociais

6.1. Qual a relevância do debate em torno do significado de um direito?

Os direitos ganham sentido a partir de um diálogo entre diversos atores tais como juízes, promotores, advogados e doutrinadores. Os textos jurídicos são vagos e ambíguos e é por meio da interpretação que se atribuirá um sentido a um dado texto. Esse sentido não é buscado em um mundo das idéias onde estão todos os sentidos verdadeiros desse texto. São os discursos jurídicos que irão construir um sentido

plausível para o direito em jogo. Isso não significa nem (a) que sempre conseguiremos estabelecer *a priori* todos os sentidos oferecidos pelo texto; nem (b) que diante de um caso concreto não se possa alterar, contrariando o entendimento que até pode ser unânime, o sentido estabelecido e consolidado pela comunidade jurídica.

Entretanto sem um debate sobre o que pode significar direito à saúde, moradia e educação, como é possível aplicar adequadamente esses direitos? Se não se sabe quais as obrigações que deles se derivam como é possível efetivá-los? Como fazer um controle de constitucionalidade de uma lei com base nos direitos sociais se não se sabe que tipo de conduta proíbem ou permitem ou que bens eles garantem? Se o Estado quiser⁸³ agir de acordo com esses direitos o que ele deve fazer⁸⁴? O direito à moradia, da mesma forma o direito à saúde e à educação, pode gerar ao Estado uma série de obrigações. A título meramente exemplificativo seria possível imaginar algumas possibilidades: (a) todos têm direito a uma residência (casa, apartamento, etc); (b) todos os desamparados têm direito a uma residência; (c) alguns têm direito a uma residência, mas devem ser elaboradas políticas públicas de facilitação de crédito imobiliário que se destinem ao gozo de todos; (d) apenas aqueles que não têm residência são contemplados por tal direito (por exemplo, os moradores de rua) para os quais o Estado deve propiciar um ambiente seguro para sua habitação (por exemplo, um abrigo coletivo).

Se esse direito for ao mesmo tempo todas essas coisas, dado contingências sociais e econômicas, ele será de difícil aplicação, em princípio. É preciso delimitar qual o seu campo semântico de acordo com o sistema jurídico e com os limites impostos pela realidade econômica, geográfica, social e cultural de um país. Certamente o direito à moradia na Suécia terá um conteúdo distinto ao de Serra Leoa.

⁸³ Não está sendo desconsiderado aqui o fato de que o Estado *deve* agir segundo as regras e os princípios do sistema jurídico. Acontece que empiricamente, como se sabe, nem sempre ele está disposto a fazer isso ou só o faz após pressão política (de partidos de oposição, por exemplo), social (manifestações populares, lobby de ONG's, etc) ou do Poder Judiciário. Por isso, quero reforçar a idéia de que mesmo o Estado desejando *espontaneamente* cumprir com as obrigações imputadas a ele pelo direito haveria dificuldades em se saber quais seriam elas.

⁸⁴ Os direitos fundamentais podem ser vistos como uma escolha prévia de alta prioridade feita pela Constituição. Assim, eles estariam acima de outros direitos, interesses e valores. Ocorre que para o Estado implementá-los é necessário, antes de tudo, saber como se deve agir para cumpri-los. E isso só possível se for estabelecido um significado para esses direitos. Sobre a questão da prevalência dos direitos fundamentais ver comentários em MACMILLAN, 1986, 288 e VIEIRA; SCABIN, 2006, 47-50.

Não apenas pelas regras e princípios⁸⁵ que compõem esses sistemas jurídicos, o que é sem dúvida um aspecto relevante, mas também pelas condições do meio. Em um lugar pobre com milhares (ou até milhões) de desabrigados ou de pessoas que vivem em condições habitacionais precárias será difícil impor ao Estado, a partir do direito à moradia, a obrigação de oferecer uma casa a todos os seus cidadãos. Em situações opostas, como é o caso dos países nórdicos, talvez pensar de modo diferente seja bastante plausível. Asbjørn Eide tem preocupação semelhante ao afirmar que “la verdadera cuestión es la de saber como las obligaciones del Estado pueden ser hechas operativas por un medio que garantice un óptimo equilibrio entre libertades y satisfacción de las necesidades. Es éste un problema que debe ser abordado pragmáticamente, teniendo en cuenta los diferentes contextos y posibilidades en diversas partes del mundo. Los diferentes grados de desarrollo y las variaciones en la organización social demandan respuestas diferentes para realizar los resultados (...)” (1989, 48).

6.1.1 Não consolidação interpretativa e dificuldade de aplicação do direito social à moradia: um caso do Tribunal Constitucional português

Para mostrar o quanto a doutrina pode contribuir com a aplicação dos direitos sociais, trarei como exemplo um caso do Tribunal Constitucional português. Mostrarei que a falta de um sentido base, padrão para o direito à moradia acaba gerando dificuldades em sua aplicação. Dificuldades que poderiam ser mitigadas se houvesse um debate mais aprofundado sobre o sentido de direito à moradia.

O acórdão n.º 590/2004 do Tribunal Constitucional de Portugal enfrenta, em última instância, a dificuldade de se realizar um controle de constitucionalidade sem se saber ao certo qual é o conteúdo do direito à moradia no sistema jurídico português.

O Decreto-Lei n.º 349/98 estabelecia três regimes de crédito para a habitação (regime geral de crédito, crédito bonificado e crédito jovem bonificado). Esse crédito poderia ser usado para a aquisição de casa própria, terreno para construção,

⁸⁵ Essa distinção não tem como referência teórica nenhum autor em particular. Seu uso aqui compreende o sentido consagrado no cenário jurídico nacional. A regra é um comando específico, enquanto o princípio é mais abrangente e genérico.

reformas ou locação⁸⁶. O governo português editou o Decreto-Lei n. 305/2003 revogando dois dos benefícios garantidos pelo Decreto n. 349. O governo aboliu o crédito bonificado e o crédito jovem bonificado para habitação. Essas duas espécies de regime de crédito eram mais facilitadas principalmente porque o Estado subsidiava uma parte dos juros pagos pelo mutuário (art. 11º, 7; art. 16, c do Decreto-Lei n.º349/98). Assim, o Partido Socialista apresentou ao Tribunal um pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 305/2003. Conforme a alegação do Partido Socialista essa revogação feriria, entre outros artigos que aqui não cabe mencionar, o art. 9º, d⁸⁷ e o art. 65º, 3⁸⁸ todos da Constituição Portuguesa. O Estado, por sua vez, defendeu-se dizendo (a) que não havia abolido o crédito em si; (b) que sua política de habitação se redireccionaria a programas que contemplassem um auxílio à locação implicando uma menor preocupação, por parte do governo, com a aquisição da casa própria e (c) por tudo isso se pode dizer que não se feriu o princípio da proibição do retrocesso social, pois houve apenas um reequacionamento da política de habitação.

O Tribunal, por maioria de votos, julgou a lei constitucional. O que interessa aqui é ver como o controle de uma política pública do governo é dificultado pelo fato dos juízes não terem uma idéia clara do que significa direito à moradia.

O Tribunal entendeu que o crédito bonificado não é uma exigência constitucional para se cumprir o art. 65º, 3 e o art. 9º. “A Constituição obriga à existência de uma política de acesso à habitação própria, que tem de traduzir-se na adopção de medidas concretas, mas cuja escolha compete exclusivamente ao legislador. Os únicos condicionalismos constitucionais são, neste campo, o facto de ter de haver *algumas* medidas, independentemente da sua configuração (não constituindo opção constitucionalmente admissível a sua inexistência), e a necessidade de tais medidas de promoção de aquisição de casa própria serem distintas dos incentivos ao arrendamento

⁸⁶ Na verdade, o termo técnico no sistema jurídico português para locação de coisa imóvel é *arrendamento* (art. 1023 do Código Civil Português), mas para evitar qualquer tipo de má compreensão já que para nós juridicamente não há um termo específico para designar locação de bens imóveis, preferi o uso de *locação*.

⁸⁷ Art. 9º (Tarefas fundamentais do Estado) São tarefas fundamentais do Estado (...) d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais.

⁸⁸ Art. 65º (Habitação e urbanismo) (...) 3) O Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria.

[locação]”. Conforme o entendimento do Tribunal já existem outras medidas que cumprem essa função no sistema jurídico português.

Mas será que o raciocínio de que a existência de uma ação qualquer pelo Estado, sem se analisar sua efetividade, cumpre com os ditames constitucionais valeria para um direito como o de propriedade? Imagine que diante de uma invasão de terra um Tribunal decida da seguinte forma: “julgo procedente a reintegração de posse, porém cabe ao Estado adotar as medidas que entenda mais adequadas para cumprir essa decisão e por via de consequência o próprio direito de propriedade. Ele pode tanto enviar *um* membro do Incra para avisar da decisão deste Tribunal para que os invasores saiam da área, quanto enviar apenas o delegado ou um contingente reduzido de policiais militares para *somente* conversar com os invasores a fim de que eles desocupem a área invadida ou ainda enviar um contingente tal de policiais militares e civis para que se a força for necessária ela seja usada. O Estado pode optar por todas essas alternativas, pois estará em qualquer dessas situações garantindo o direito de propriedade”. Ninguém faria esse raciocínio não apenas por causa de questões ideológicas, mas também por causa do sentido que se dá atualmente ao direito de propriedade. Ter um direito de propriedade significa, no mínimo, usar, gozar, dispor e fruir da coisa. Se eu tenho uma coisa e nada disso me é garantido de forma efetiva de que nos vale o direito de propriedade?

O Tribunal tende a julgar a questão de modo meramente formal - questionando apenas se há ou não há uma política pública constituída em prol do direito à habitação - pois não se determina com clareza qual o conteúdo substancial desse direito.

O Tribunal faz ainda considerações sobre a proibição do retrocesso social defendendo que ela não se aplica a este caso. No entender do Tribunal esse princípio poderia ser aplicado em duas hipóteses (1) quando a Constituição dá parâmetros precisos para o legislador; (2) caso contrário, ela só pode ser aplicada em casos limites “quando se deixe de assegurar o núcleo essencial de um direito fundamental consagra na Constituição”. O decreto objeto do controle de constitucionalidade, segundo o próprio Tribunal, não cai na primeira hipótese, pois a Constituição não contém uma ordem precisa sobre o que *exatamente* se deveria legislar. Nem na segunda, pois o núcleo essencial foi respeitado.

Em primeiro lugar, a hipótese 1 dificilmente, para não dizer praticamente nunca, será satisfeita, pois em relação aos direitos fundamentais a Constituição não fornece parâmetros precisos ao legislador, nem ao Executivo para que eles realizem uma de suas principais tarefas que é a de elaborador de políticas públicas. A Constituição não é um repertório de políticas públicas ou de regras prontas para todos os casos. Em segundo lugar, a hipótese 2 leva ao problema de se saber o que se deve entender por núcleo essencial. Pela leitura do acórdão, não fica claro o que o Tribunal entende por núcleo essencial. Talvez uma das idéias seja que sempre quando há pelo menos uma política habitacional, cumpre-se o núcleo essencial do direito à habitação. Contudo, um controle de constitucionalidade material, nesses termos, não pode ser feito sobre uma política pública. Isso porque, pelo menos na visão dos votos vencedores neste caso, o critério a ser usado para verificar a constitucionalidade de uma política pública resume-se a análise de questões formais: há alguma política habitacional ou não há? Ela contempla uma política de aquisição de casa própria? Digo que aqui não há interpretação do conteúdo constitucional do direito à habitação, pois o Tribunal português está preocupado simplesmente com a existência de uma política pública de moradia e nada mais.

As críticas dos votos vencidos dirigem-se justamente à adoção de critérios excessivamente formais pelo Tribunal Constitucional para julgar o caso. A juíza Maria Fernanda Palma critica o apego ao elemento literal da fórmula constitucional do art. 65º, 3. E o juiz Mário José de Araújo Torres diz que “importaria ainda demonstrar [além da existência de políticas públicas habitacionais] a *efectividade* dessas medidas, em termos de se por adequadamente satisfeito esse objectivo constitucional, demonstração essa que o precedente acórdão nem sequer esboçou”.

6.2 A doutrina brasileira e o conteúdo dos direitos sociais

Como saber qual é o conteúdo mínimo de um direito sem debater seu significado? A Constituição nunca nos dará as regras prontas, por isso é preciso construí-las. Como saber se uma política pública está sendo efetiva? Ela está sendo efetiva para quem e quais são os parâmetros pelos quais eu posso julgar essa efetividade? Todo esse questionamento passa pela necessidade de se saber quais são as obrigações impostas ao Estado pelo direito à moradia e pelos outros direitos sociais.

Sem a obtenção de soluções para essas indagações não se saberá ao certo como agir. Entender o que significam os direitos sociais é essencial para podermos agir em um caso concreto, para exigir as ações do Estado, para, na verdade, saber se estamos ou não de acordo com os direitos sociais fundamentais.

A ciência do direito, como diz Alexy (1993, 33), é prática no sentido de dar respostas de dever ser aos casos concretos, por mais abstratas que sejam suas teorias e enunciados. Dessa forma, a doutrina deve se preocupar em ter uma idéia clara, ainda que mutável, de qual o conteúdo jurídico determinado por esses direitos. Não é possível dar boas respostas de dever ser quando sequer se sabe o que exatamente deve ser, ou seja, qual(is) a(s) obrigação(ões) devida(s).

Conforme Abramovich e Courtis, a especificação do conteúdo dos direitos sociais passa por um desenvolvimento doutrinário. Nesse sentido afirmam os autores que “el desarrollo de una dogmática de los derechos sociales, tanto en sede nacional como internacional, constituye una tarea en muchos casos pendiente, que ofrecerá elementos de especificación más detallada del contenido de los derechos económicos, sociales e culturales” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, 123).

Um dos pontos mais precários na doutrina brasileira dos direitos sociais é exatamente esse. Há menções muito circunscritas ao significado desses direitos. Não há uma preocupação em determinar quais são as prestações devidas pelo Estado. Não há debates sobre quais são os contornos do direito à saúde, educação ou moradia.

Sem uma discussão aprofundada e concreta sobre quais são as prestações devidas, sobre o que esses direitos significam há um prejuízo em potencial para a sua aplicação.

7. Reserva do possível e recursos escassos

O discurso doutrinário resume-se, basicamente, a analisar as questões dos custos por duas perspectivas. A primeira diz que embora os direitos tenham custos há situações emergenciais face às quais o Estado não pode deixar de agir. A segunda diz que todos os direitos fundamentais têm custos, portanto, o Estado não pode deixar de aplicar uns em detrimento de outros.

Essas perspectivas trazem implicações relevantes. A primeira é que se pressupõe que há uma “reserva do possível”. Os autores não se focam em procurar seu significado, pois é um dado da realidade que o Estado não é capaz de suportar financeiramente todas as espécies de prestações que poderiam ser geradas pelos direitos sociais para todos os indivíduos da sociedade. Isso é um pressuposto, ou seja, é evidente que o credor não pode ser impelido a cumprir obrigações impossíveis⁸⁹. A partir dessa realidade surge a questão do que se deve garantir e para quem. Se não é sensato obrigar o Estado a conceder educação, moradia e saúde em grau máximo a todos, então, como identificar o que é de cada um? Os critérios utilizados para tanto são a “dignidade da pessoa humana” e o “mínimo existencial”. A segunda implicação diz respeito a todo direito ser custoso. Nesse sentido, não é possível, portanto, argumentar-se que os direitos sociais não devem ser aplicados pelo seu custo.

Toda essa compreensão sobre a relação entre custos e direitos sociais é relevante. No entanto, a doutrina tem dificuldade, como visto no item 5, em criar critérios para identificar sob que circunstâncias os direitos sociais devem ser aplicados. Por outro lado, constatar que todos os direitos são custosos é pouco já que é necessário, diante de tal realidade, escolher justificadamente quais são os direitos que devem ser implementados.

O que deve ser aprofundado, a meu ver, é como, dada a limitação de recursos estatais, será distribuído tais recursos para garantir quais direitos.

⁸⁹ “É uma evidência que se de obrigação falamos e se por obrigação entendemos um vínculo para ação humana, não é sensato esperar de quem quer que seja o impossível. Logo, uma expectativa sobre o impensável tem algum erro que deve ser atribuído a quem espera ou quem promete o impossível” (LOPES, 2008, 178).

CONCLUSÃO

O discurso da doutrina brasileira dos direitos sociais é, em geral, óbvio, repetitivo, formado por frases de efeito e pouco aprofundado nos tópicos que se propõe a desenvolver. Busca-se a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, afirma-se que o Brasil é desigual, que se deve cumprir com a Constituição, mas tudo termina sem qualquer avanço teórico e sem qualquer compreensão mais aguçada da realidade.

Alessandra Bontempo fala, por exemplo, que “lutar pela eficácia plena dos direitos sociais significa, em última análise, lutar para que se cumpra ‘a vontade da Constituição’, para que se transite do plano da utopia para o plano da realidade, convertendo utopia em realidade e a realidade em utopia” (2005, 307). A dimensão doutrinária, certamente, não é capaz por si mesma de aplicar os direitos sociais, mas, ainda que se admita essa limitação, será que a aplicação dos direitos sociais é simplesmente uma questão de utopia? Clève fala de uma renovação do direito constitucional que se dará por meio de uma produção de uma nova cultura pelos juristas e essa nova cultura terá por base novas teorias (2003, 300). Onde estão as novas teorias? E quais são os autores que as estão elaborando?

A efetivação dos direitos sociais, embora possua relações importantes com a política e economia, não passa unicamente por uma dimensão de “vontade política”. Nada há de utópico quando se conceitua os direitos sociais ou ainda quando se discute a criação de critérios para a distribuição de bens cujo gozo deve ser simultâneo.

Ao definir o conteúdo dos direitos sociais, ao afirmar quais seriam as prestações devidas com base nos direitos à saúde, educação e moradia busca-se auxílio em conceitos tão genéricos como a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. O que significa a obrigação do Estado a garantir o mínimo existencial? O que significa garantir a dignidade da pessoa humana? Nesse sentido Lopes (2006, 237) afirma que “(...) não é de admirar que seja ainda difícil uma discussão mais detalhada dos direitos sociais dentro dos trabalhos dos juristas e que saiam do lugar-comum da invocação da ‘dignidade da pessoa humana’, espécie de abracadabra jurídico (...)”. Lopes traz para o debate um ponto, que a primeira vista pode ser banal, mas, a meu ver, é essencial: o modo pelo qual os discursos jurídicos são formulados. Os juristas usam recorrentemente “abracadabras jurídicos”, ou seja, solucionam facilmente, como em um passe de mágica, questões complexas. As propostas de solução formuladas pela

doutrina a fim de se resolver problemas complexos não ocorrem após uma análise detida dos fatos e do direito em jogo. A solução vem imediatamente após algumas idéias fáceis, de apelo sentimental como cidadania, justiça, igualdade, liberdade e dignidade. Basta invocar, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e tudo estará automaticamente resolvido. Basta afirmar que o indivíduo não tem garantido o seu mínimo existencial determinar que o Estado deve prestar este ou aquele bem.

A aproximação com idéias tão pouco claras quanto estas não traz luzes sobre as obrigações devidas pelo Estado com base nesses direitos. Dizer que o Estado deve garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana é tanto quanto dizer que ele deve garantir saúde, educação e moradia. A generalidade com que são tratados os direitos sociais indica esse lugar-comum afirmado por Lopes. A idéia de que os direitos sociais devem ser prestados quando atingem o mínimo existencial ou a dignidade da pessoa humana não levam a uma discussão jurídica qualificada na medida em que não tentam solucionar questões que permanecem em aberto. Eu diria até que esse registro de discussão, no fundo, beira a questão da caridade. Há um forte apelo sentimental nas idéias de mínimo existencial e dignidade da pessoa humana que sem um enfrentamento acaba por simplificar o discurso doutrinário. Afinal quem poderia negar remédios, tratamento ao enfermo, ao doente à beira de morte? A justificativa para fornecer tudo aquilo que o doente necessita pode ser muito simples: (a) o indivíduo está em uma situação muito desfavorável; (b) essa situação atinge o seu mínimo existencial (se não for tratado morrerá); (c) a Constituição assegura o direito à saúde; portanto, o tratamento e os remédios devem ser fornecidos pelo Estado ao doente. No entanto, diversas questões não são levadas em consideração quando se faz esse raciocínio. Uma delas é a forma como será estruturada a distribuição de direitos sociais: deve ser pensada apenas no indivíduo ou também coletivamente? O que exatamente significa mínimo existencial? O Estado pode traçar políticas públicas que atendam apenas aos mais necessitados economicamente ou não? O debate precisa ser mais qualificado. É possível simplificar os problemas, mas, neste caso, corre-se o risco de arcarmos socialmente com consequências indesejáveis. É constitucional que alguém consiga um subsídio do Estado por ter acionado o Judiciário enquanto outros que se encontram em situação semelhante, por não tornarem suas demandas “judicializadas”, não possam gozar do mesmo subsídio? Não estou afirmando que se deve adotar esta ou aquela

posição. Quero ressaltar apenas que é necessário pensar sobre determinados pontos, discuti-los e propor soluções.

Se realmente houvesse um debate entre os autores alguns temas poderiam avançar. Os autores não discordam expressamente, assim como não concordam justificadamente. Simplesmente não há qualquer espécie de debate.

Há uma enorme quantidade de idéias repetidas entre os textos. Maior, talvez, seria o avanço se fosse tomado como ponto de partida todo o pensamento já previamente desenvolvido sobre um tema. Qual a razão de se elaborar um artigo repetindo várias idéias que já foram escritas? Nesse aspecto a afirmação de Laudan (1993, 71) é esclarecedora quando exprime que o progresso da ciência “consiste em aceitar teorias que cada vez melhor resolvem problemas”. Na doutrina brasileira dos direitos sociais isso não ocorre. Há problemas cada vez mais complexos, porém continuamos basicamente com as mesmas idéias. Qual foi proposta inovadora para lidar com os direitos sociais? Qual o novo conceito engendrado? Qual é a nova leitura feita sobre a nossa realidade a qual teve o condão de modificar o entendimento sobre a aplicação, eficácia desses direitos?

Lopes é o primeiro a se atentar para a necessidade de inclusão de critérios de justiça distributiva na aplicação de direitos sociais pelo Judiciário. Sem discutir aqui se devemos ou não concordar com Lopes, o ponto é que outros autores acharam o tema relevante. Entretanto, nenhum deles evoluiu para além do que disse Lopes.

Poder-se-ia dizer que há uma agregação de novas teorias aos direitos sociais quando a doutrina refere-se a conceitos como mínimo existencial, núcleo essencial do direito e dignidade da pessoa humana. Sarlet é um dos expoentes das teses ligadas a esses conceitos. O autor reafirma (ver capítulo III) a todo o momento que (a) o Estado deve prestar certos tipos de bens (remédios, tratamento médico, etc), independentemente de outras considerações fáticas ou jurídicas, para garantir a dignidade da pessoa humana; (b) o princípio do retrocesso social impede que se revogue políticas públicas que firmam o núcleo essencial dos direitos sociais; (c) apesar de não saber exatamente quais são as prestações de direitos sociais devidas pelo Estado aos cidadãos, sabe-se que elas devem garantir a dignidade. Ora, o que é dignidade? O que é mínimo existencial? O que é núcleo essencial dos direitos? De que serve tudo isso para “progredir”? De que vale toda essa pretensa “parafernália” teórica a fim de se

compreender melhor os direitos sociais, de aplicá-los de forma mais adequada jurídica e faticamente?

Uma parte considerável da doutrina, embora não tenha como foco a história do direito, está sempre remontando às gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais ou ainda à descrição dos direitos sociais nas Constituições brasileiras desde 1824 ou ainda se escreve sobre a história da moradia, da saúde ou da educação. Para quê? Esses pontos são repetidos à saciedade em vários textos e não trazem nenhuma abordagem nova.

O que é preciso é uma pauta de debate que seja realmente nacional. Uma pauta de debate que tente fugir de temas estereotipados como reserva do possível, proibição do retrocesso, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana etc. Ou que realmente enfrente esses problemas de forma aprofundada e útil em relação à implementação dos direitos sociais. Se se pretende usar o conceito de dignidade da pessoa humana a fim de determinar quais os casos em que, por exemplo, as prestações estatais relativa ao direito à saúde devem necessariamente ser prestadas (independentemente de qualquer outra consideração), então, deve-se defini-lo de modo a operacionalizá-lo. Isso porque, atualmente ao se valer do conceito de dignidade da pessoa humana ou sequer há uma preocupação em dar um significado a tal conceito ou quando é atribuído um significado a tal expressão ele é tão genérico que não se torna útil tendo em vista sua utilização em casos concretos.

Quais são pontos que a doutrina deve debater? Por quê? Qual a agenda de debate da doutrina brasileira dos direitos sociais? Não parece haver uma agenda de debate clara na doutrina. No entanto, curiosamente, quando um ponto é qualificado como relevante para o debate o autor se retrai. Veja-se o exemplo de Ingo Sarlet ao tratar da dimensão positiva (obrigações de dar e fazer) do direito à moradia: “Voltando-se agora, ainda que de forma necessariamente sumária, ao problema da eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão prestacional, não há dúvida de que a pergunta mais angustiante e provavelmente a que coloca as maiores dificuldades para uma adequada resposta, diz com a possibilidade de o titular do direito à moradia (...) exigir do Poder Público (e eventualmente até mesmo de um particular) alguma prestação material que venha a lhe assegurar uma moradia compatível com as exigências de uma vida digna” (SARLET, 2003, 232) (grifei). Ora, se o autor admite e afirma que essa é a dimensão mais angustiante e difícil sobre a “eficácia e efetividade

do direito à moradia” qual o motivo de tratá-la de forma “necessariamente sumária”? Não havia falta de espaço para tratar do tema já que o artigo de Sarlet foi escrito em 50 páginas. Ademais, esse não é um artigo que trata genericamente dos direitos sociais, pelo contrário, o objeto de análise do trabalho em questão é o direito à moradia. Por que, então, não analisar o ponto, nas palavras do próprio autor, angustiante e difícil acerca do direito à moradia? A doutrina deve justamente tratar dessas questões mais espinhosas.

Por fim, gostaria de pontuar algumas conclusões:

Em primeiro lugar, a doutrina precisa realmente debater, discutir, trocar idéias e avançar.

Em segundo lugar, não se deve reproduzir idéias incontrovertidas ou amplamente aceitas. Ninguém duvida de que o Brasil é desigual. Ninguém questiona que educação, saúde e moradia são bens relevantes para os indivíduos. Essas idéias devem ser tomadas como pontos de partida. Se o Brasil é desigual como os direitos fundamentais poderiam alterar essa realidade? Qual é a resposta que os direitos sociais podem dar à desigualdade? Esse tipo de caminho que deveríamos seguir.

Em terceiro lugar, é preciso verificar até que ponto a descrição de leis, de relatos históricos, de normas constitucionais, de emendas constitucionais são realmente úteis para um assunto ou problema. Por que descrever normas constitucionais por várias páginas? O texto constitucional deve ser o ponto de partida para a resolução de problemas jurídicos e não de chegada.

Em quarto lugar, a importação de idéias deve ocorrer cuidadosamente.⁹⁰ É preciso pensar o Brasil e em seus problemas para criar uma doutrina com teorias verdadeiramente nacionais.

Em quinto lugar, percebe-se nitidamente que a doutrina padece de duas graves deficiências. Não identifica os problemas fáticos (como escassez de recursos) e jurídicos (como aplicação e interpretação) relacionados aos direitos sociais. Quando o faz não cria teorias para lidar com esses problemas. A doutrina brasileira dos direitos

⁹⁰ Como alerta Krell: “o mundo ‘em desenvolvimento’ ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos. Assim, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado” (KRELL, 2001, 54).

sociais precisa ser mais propositiva. Se o judiciário deve incluir em seus julgamentos critérios de justiça distributiva, quais critérios são esses? O judiciário é capaz de lidar com problemas distributivos em ações individuais? Os direitos sociais só devem ser garantidos por ações coletivas? Os pontos ficam em aberto sem uma proposta teórica mais acabada, “definitiva”.

Em sexto lugar, os discursos devem suspender conclusões com fórmulas vazias e frases de efeito.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- AFONSO, Túlio Augusto Tayano (2006). Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social. *Revista de direito do trabalho*, n. 124, out./dez., pp. 237-252.
- ALMEIDA, Dayse Coelho de (2006). A fundamentalidade dos direitos sociais. *Revista IOB: trabalhista e previdenciária*, v. 17, n. 207, set., pp. 86-96.
- ALEXY, Robert (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- _____ (1993). *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de (1998). *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina.
- ARANGO, Rodolfo (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- _____ (2003). Basic social rights, constitutional justice, and democracy. *Ratio juris*, v. 16, n. 2, jun., pp. 141-154.
- ARGÜELLES, Juan Ramon de Paramo (1984). *H. L. A. Hart y la teoria analítica del derecho*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- ARIZA, Santiago Sastre (2001). Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica. *Dóxa*, n. 24, pp. 579-601.
- ARNAUD, André-Jean (org.) (1999). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- ATIENZA, Manuel (2004). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- _____ (2001). *Cuestiones judiciales*. Cidade do México: Fontamara.
- _____ (2000). *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy.
- AWAD, Fahd Medeiros (2005). *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. Passo Fundo: UPF.
- BALEOTTI, Francisco Emilio (2003). Direito social à moradia e a impenhorabilidade do bem de família. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (coord.). *Efetivando direitos constitucionais*. Bauru: Edite, pp. 451-461.
- BARRETO, Vicente de Paulo (2003). Reflexões sobre direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 107-134.
- BARROS, Cassio Mesquita (1990). Direitos sociais. In: MARTINS, Yves Gandra da Silva (org.). *A Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

- BIGOLIN, Giovanni (2004). A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público*, n. 53, maio/set., pp. 49-70.
- BIX, Brian (2003). *Law, language, and legal determinacy*. Oxford: Oxford University Press.
- BOAVENTURA, Edivaldo M (1995). A Constituição e a educação brasileira. *Revista de informação legislativa*, n. 127, jul./set., pp. 29-42.
- _____. (1992). A educação na Constituição de 1988. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 116, out./dez., pp. 275-286.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1991). The basic rights: theory and interpretation. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *State, society and liberty*. Oxford: BERG.
- BOMENY, Helena M. B. (1999). Três decretos e um ministério: a propósito da educação no Estado Novo. In: PANDOLFI, Dulce (org.). *Estado Novo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de (1991). *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti (2005). *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá.
- BORJA, Rodrigo (1992). *Derecho político y constitucional*. Cidade do México: Fondo de cultura económica.
- BOROWSKI, Martin (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOSSUYT, Marc (1975). La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. *Revue des droits de l'homme*, v. 8, n. 4, pp. 783-820.
- BUSCHEL, Inês A (2003). O direito à saúde no Brasil após 1988. *Revista de direitos difusos*, maio/jun., n. 19, pp. 2553-2557.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2004). Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 97-114.
- _____. (2000). *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina.
- CARNEIRO, Walber Araújo (2004). Escassez, eficácia e direitos sociais: em busca de novos paradigmas. *Revista do programa da pós-graduação em direito da UFBA*, n. 11, jan./dez., pp. 371-388.
- CARR, Edward Hallet (2006). *O que é história?* 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra.
- CARRIÓ, Genaro R. (1994). *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- CARVALHO, Mariana Siqueira de (2003). A saúde como direito social fundamental na Constituição federal de 1988. *Revista de direito sanitário*, v. 4, n. 2, jul., pp. 15-31.
- CENEVIVA, Walter (2001). Aspectos do direito de morar. *Revista do advogado*, n. 63, jun., pp. 7-11.
- CHEVALLIER, Jacques (2002). Doctrine juridique et science juridique. *Droit et société*, n. 50, pp. 103-119.
- CIETTO, Luiz (2003). Considerações sobre princípios e regras constitucionais e o direito à saúde: normas programáticas ou operativas? *Revista jurídica*, v. 19, n. 1, pp. 79-103.
- _____ (2002). Proteção dos direitos humanos e o direito à saúde. *Revista jurídica*, v. 18, n.º 2, pp. 118-168.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin (2003). O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 3, pp. 291-300.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (2005). A teoria da constituição à luz da teoria da norma: um enfoque com destaque para as normas de direitos sociais. *Revista brasileira de direito constitucional*, jul./dez., n. 6, pp. 281-303.
- _____ (2004). Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (orgs). *Direito previdenciário e Constituição: homenagem a Wladimir Novaes Martinez*. São Paulo: Ltr.
- COSTA, Thaís Nogueira (2000). O direito fundamental à educação. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, v. 2, pp. 29-31.
- COURTIS, Christian (org.) (2006). *Observer la ley: ensayos sobre metodologia de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (2005). Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Revista do instituto de hermenêutica jurídica*, v. 1, n. 3, pp. 37-44.
- CRANSTON, Maurice (1979). *O que são direitos humanos?* São Paulo: Difel.
- CROSS, Frank (2001). The error of positive rights. *UCLA Law Review*, n. 48, pp. 857-924.
- CURY, Ieda Tatiana (2005). *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- DALLARI, Sueli Gandolfi (1995). *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec.
- _____ (1988 A). O direito à saúde. *Revista de saúde pública*, n. 22, pp. 57-63.
- _____ (1988 B). A responsabilidade pela saúde. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 83, pp. 44-53.
- DANTAS, Ivo (2003). Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 435-450.

- DEUS, Ana Beatriz Silva Carvalho de (2000). Exigibilidade do direito à educação. *Revista do curso de direito*, v. 1, n.1, jan./jul., pp. 17-18.
- DUARTE, Clarice Seixas (2004). Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em perspectiva*, n. 18, pp. 113-118.
- EIDE, Asbjørn (1995). Economic, social and cultural rights as human rights. In: EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catarine; ROSAS, Alan. *Economic, social and cultural rights: a textbook*. Boston: Nyhoff Publishers, pp. 21-40.
- _____ (1989). Realización de los derechos económicos y sociales estrategia del nivel mínimo. *La revista, comision internacional de juristas*, n. 43, dez., pp. 46-60.
- ELIAS, Liliane (2003). Problemas de eficácia social e de proporcionalidade nos direitos sociais. *Cadernos de direito - Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP)*, v.3, n.5, dez., pp. 98-106.
- FABRE, Cécile (1998). Constitutionalising social rights. *The journal of political philosophy*, v. 6, n. 3, pp. 263-284.
- FARALLI, Carla (2006). *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. São Paulo: Martins Fontes.
- FERRAJOLI, Luigi (2001). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2ª ed. Madrid: Trotta.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio (1998). *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad.
- _____ (1996). *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas.
- FISS, Owen (2005). Modelos de adjudicação. *Cadernos Direito-GV*, Nov., n. 8.
- _____ (2004). As formas de justiça. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____ (2004). A sedução do individualismo. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FRIED, Charles (1980). *Right and wrong*. Cambridge: Harvard University Press.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca (2001). A Constituição brasileira de 1988 e a justiciabilidade dos direitos sociais. *Advocacia dinâmica: boletim informativo semana*, n. 27, pp. 471-472.
- GALANTER, Marc (2005). Por qué los “poseedores” salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico. In: VILLEGAS, Mauricio García. *Teoría y sociología del derecho em Estados Unidos*. Bogotá: Unibiblos.
- GARCIA, Emerson (2006). O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. *Revista forense*, jan./fev., n. 383, pp. 83-114.

- _____. (2005). Princípio da separação de poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 30, pp. 129-167.
- GIANFORMAGGIO, Letizia (1984). Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio. *Dóxa*, n. 4, pp. 87-108.
- GIMÉNEZ, Teresa Vicente (2006). *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: PUV.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (2003). A antecipação de tutela no direito à saúde: aspectos relevantes. In: SCHWARTZ, Germano (org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF.
- GOMES, Dinaura Godinho Pimentel (2005). Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. *Revista do Tribunal Regional Federal da 9ª Região*, n. 55, jul./dez., pp. 55-77.
- GOMES, Marcos Correia (2006). O direito social à moradia e os municípios brasileiros. *Boletim de direito municipal*, v. 22, n. 5, maio, pp. 373-387.
- GONÇALVES, Claudia Maria da Costa (2006). *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente*. Curitiba: Juruá.
- GORDLEY, James (1994). Myths of the french civil code. *The american journal of comparative law*, v. XLII, n. 3, pp. 459-505.
- GOULART, Karine Borges (2001). Direitos fundamentais de segunda geração: direitos sociais, econômicos e culturais. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 8, n. 1, abr./jun., pp. 124-141.
- GREWE, Constance (2003). Les droits sociaux constitutionnels. In: GREWE, Constance; BENOÎT-ROHMER, Florence (org.). *Les droits sociaux ou la demolition de quelques poncifs*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, pp. 67-74.
- GUSY, Christoph (2003). Les droits sociaux sont-ils nécessairement injusticiables? In: GREWE, Constance; BENOÎT-ROHMER, Florence (org.). *Les droits sociaux ou la demolition de quelques poncifs*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, pp. 33-46.
- HART, Herbert L. A. (1994A). El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (orgs.). *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica.
- _____. (1994B). *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- HERRERA, Carlos Miguel (2004). Sur le statut des droits sociaux: la constitutionnalisation du social. *Revue universelle des droits de l'homme*, v. 16, n^{os} 1-4, out., pp. 32-39.
- HESPANHA, António Manuel (2007). *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina.

- HESSE, Konrad (1998). *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- HIGINO NETO, Vicente (2005). A efetividade dos direitos sociais. *Revista jurídica consulex*, n. 206, ag., pp. 60-63.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass (1999). *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company.
- HONÓRIO, Cláudia (2006). O custo dos direitos prestacionais. *Revista de direito administrativo e constitucional*, jul./set., n. 25, pp. 145-159.
- HORTA, Raul Machado (1998). Constituição e direitos sociais. *Revista brasileira de estudos políticos*, n. 6, pp. 7-47.
- JESUS, José Sérgio de (2006). A ação civil pública como proteção contra a mitigação da garantia constitucional do direito à educação. *Universitas JUS*, n. 13, jan-jun, pp. 3-28.
- JOAQUIM, Nelson (2001). Direito educacional no terceiro milênio. *Revista ciências sociais*, v. 7, jun., n. 1, pp. 195-223.
- KELLER, Arno Arnaldo (2001). *O descumprimento dos direitos sociais: razões políticas, econômicas e jurídicas*. São Paulo: LTr.
- KELSEN, Hans (1999). *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes.
- KRELL, Andréas J. (2002). *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio
- LARENZ, Karl (1997). *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- LAUDAN, Larry et al. Mudança Científica: modelos filosóficos e pesquisa histórica. *Estudos Avançados*, vol. 7, n. 19, set./dez., 1993, pp. 7-89.
- LEAL, Rogério Gesta (2006). A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. *Revista de direito administrativo e constitucional*, jul./set., n. 25, pp. 25-40.
- LEIVAS, Paulo (1998). O direito à saúde na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch (orgs.). *Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos*. Porto Alegre: Themis.
- LIBERATI, Wilson Donizeti (2004). Conteúdo material do direito à educação escolar. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). *Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Malheiros.
- LIMA, Maria Cristina de Brito (2003). *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____ (2001). A educação como direito fundamental. *Revista da EMERJ*, v. 4, n.º 13, pp. 212-233.

- LIMA FILHO, Francisco das C. (2006). Garantia constitucional dos direitos sociais e a sua concretização jurisdicional. *Revista do TRT da 24ª Região*, n. 11, pp. 19-54.
- LIRA, Ricardo Pereira (2002). Direito à moradia, cidadania e estatuto da cidade. *Revista trimestral de direito civil*, out./dez., n. 12, pp. 259-291.
- _____. (1998/1999). Direito à habitação e direito de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 6-7, pp. 79-90.
- LOPES, José Reinaldo de Lima (2008). Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 173-193.
- _____. (2006). *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método.
- _____. (2004A). *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídica moderno*. São Paulo: Editora 34.
- _____. (2004B) Direitos humanos e modernização do pensamento jurídico brasileiro. In: REIS, Elisa P.; ZILBERMAN, Regina (orgs.). *Retratos do Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS.
- _____. (2000). *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad.
- _____. (1994). Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, pp. 113-143.
- LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos (2009). *Curso de história do direito*. 2ª ed. São Paulo: Método.
- MACCORMICK, Neil (2006). *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. (2005). *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press.
- _____. (1981). *H. L. A. Hart*. Stanford: Stanford University Press.
- MACMILLAN, C. Michael (1986). Social versus political rights. *Canadian journal of political science*, v. 19, n. 2, jun., pp. 284-304.
- MACHADO JR., César Pereira da Silva (2003). *O direito à educação na realidade brasileira*. São Paulo: Ltr.
- MALLET, Estevão (1991). Aplicabilidade das normas constitucionais relativas a direitos sociais. *Revista Ltr: legislação do trabalho e previdência social*, n. 7, jul., pp. 1186-1190.
- MAPALUNGA-HULSTON, Jackbeth (2002). Examining the justiciability of economic, social and cultural rights. *The international journal of human rights*, v. 6, n.º4, pp. 29-48.
- MARMOR, Andrei (org.) (2000). *Direito e interpretação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes.

- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Os direitos sociais e a sua concepção como cláusula pétrea constitucional. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 27, mar., pp. 79-87.
- MELLO, Cláudio Ari (2005). Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, set./dez., pp. 105-138.
- _____. (2001). Os direitos sociais e a teoria discursiva. *Revista de direito administrativo*, n. 224, abr./jun., pp. 239-284.
- MICHELON Jr., Cláudio Fortunato (2004). *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento*. São Paulo: Revistas dos tribunais.
- MIGUEL, Alfonso Ruiz (1994). Derechos liberales y derechos sociales. *Doxa*, n.ºs 15-16, pp. 651-674.
- MIRANDA, Jorge (1998). *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MOISÉS, José Álvaro (1990). *Cidadania e participação: ensaio sobre o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular na nova Constituição*. São Paulo: Marco Zero.
- MORAES, José Luiz Bolzan de (2003). O direito da saúde! In: SCHWARTZ, Germano (org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Germano Schwartz (org.). Passo Fundo: UPF.
- MORAES, Marcus Vinicius (1989). O ensino na nova Constituição. *Revista Forense*, v. 85, jan./mar., n. 305, pp. 338-339.
- MORENO, Beatriz González (2002). *El Estado Social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas.
- MOTTA, Elias de Oliveira (1997). *Direito educacional e educação no século XXI*. Brasília: Unesco.
- MUNNÉ, Guillermo J. (2005). Quién pudiera ser positivista. Los modelos de ciência jurídica y el debate actual sobre el positivismo jurídico. *Revista de filosofía, derecho y política*, n. 2, pp. 101-118.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim (1987). A eficácia constitucional dos direitos sociais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, n. 38, jan./jun., pp. 45-70.
- NEUMANN, Ulfrid (2002). Teoria científica da ciência do direito. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- NEVES, Marcelo (2003). A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros.

- NINO, Carlos Santiago (1998). *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea.
- NOBRE, Marcos; COSTA, Judith Martins; SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* (2005). *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin.
- NOGUEIRA, Rafael Moreira (2006). Reflexões acerca da efetivação dos direitos sociais. *Revista de direito administrativo e constitucional*, jul./set., n.º25, pp. 41-66.
- NOVAIS, Jorge Reis (2006). *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora.
- OLIVECRONA, Karl (2002). *Lenguaje jurídico y realidad*. Cidade do México: Fontamara.
- OLIVEIRA, Aline Albuquerque Sant'Anna (2004). Direito à saúde: direito social ou direito fundamental? Implicações éticas da definição. *Revista de direito dos advogados da União*, n. 3, out., pp. 150-160.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de (2001). Direito à saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário. *Revista de direito sanitário*, v. 2, nov., n. 3, pp. 36-58.
- OLIVEIRA, Francisco (2000). Privatização do público, destituição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal. In: OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia (orgs.). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, pp. 55-81.
- OLIVEIRA, Lêda Maria Leal de (2001). Rumos e desafios: atenção à saúde como direito social. *Revista de Pós-Graduação em História da UNESP*, n. 9, pp. 239-257.
- OLIVEIRA, Luciano (2004). Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito.
http://www.esmape.com.br/downloads/Luciano_Oliveira_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.rtf
- OLIVEIRA, Romualdo Portela de (2001). O direito à educação. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ADRIÃO, Theresa (orgs.). *Gestão e financiamento e direito à educação: análise da LDB e da Constituição Federal*. São Paulo: Yamã.
- PALOMBELLA, Gianluigi (2005). *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- PASOLD, César Luiz (1987). Direito à saúde. *Seqüência: estudos de direito político e jurídico*, dez., n. 15, pp. 51-55.
- PERELMAN, Chaim (2000). *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- PETEV, Valentín (1997). *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PIERDONÁ, Zélia Luiza (2004). Objetivos constitucionais da educação e sua relação com os fundamentos do Estado brasileiro. In: FERREIRA, Dâmares (org.) *Direito educacional em debate*. V. 1. São Paulo: Cobra.

- PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (2003). *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: UPF.
- _____ (2001). A saúde como direito. *Justiça do direito*, n. 15, pp. 85-94.
- PIZZORUSSO, Alessandro (2003). *Les générations de droits*. In: GREWE, Constance; BENOÎT-ROHMER, Florence (org.). *Les droits sociaux ou la demolition de quelques poncifs*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, pp. 17-32.
- POLLETI, Ronaldo (2001). *Constituições brasileiras: 1934. Volume III*. 2ª ed. Brasília: Senado Federal.
- PORT, Otávio Henrique Martins (2005). *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS.
- RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva (2005). O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. *Revista de direito administrativo e constitucional*, out./dez., n.º5, pp. 147-165.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco (1994). Direito ao desenvolvimento e direito à educação: relações de realização e tutela. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, v. 2, n.6, jan./mar., pp. 124-134.
- RAZ, Joseph (1996). ¿Por qué interpretar? *Isonomía*, n. 5, oct., pp. 25-40.
- REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão (2005). Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 21, pp. 53-74.
- REIS, José Carlos Vasconcellos (2001). Normas programáticas e direitos fundamentais: algumas reflexões sobre o direito à saúde na Constituição 1988. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, n. 6, pp. 64-89.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (2005). O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, jan./jun., n. 5, pp. 439-461.
- ROCHA, Julio César de Sá da (1998). *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo (2002). Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes.
- SARAIVA, Paulo Lopo (1990). O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 27, n. 108, out./dez., pp. 77-92.
- _____ (1983). *Garantia constitucional dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Forense.
- _____ (1982). A garantia dos direitos sociais no Brasil. *R.T.J.E.*, n. 21, dez, pp. 3-15.

- SARLET, Ingo Wolfgang (2005). A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, jul./dez., 2005, pp. 319-369.
- _____ (2003A). O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de direito do consumidor*, n. 46, pp. 193-244.
- _____ (2003B). Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, jan./jun., n. 1, pp. 631-680.
- _____ (2002). Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, v. 25, n. 56, pp. 41-62.
- SARMENTO, Daniel (2001). Direitos sociais e globalização: limites éticos jurídicos ao realinhamento constitucional. *Revista de direito administrativo*, n. 223, jan./mar., pp. 153-168.
- SCHWARTZ, Germano (2001a). *Direito à saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado
- _____ (2001b). O Ministério Público e o direito à saúde. *Revista do direito*, n. 15, jan./jun., pp. 131-139.
- _____ (2001c). A saúde como direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. *Revista da AJURIS*, vol. XXVII, set., n. 83, pp. 179-199.
- _____ (2000). A efetivação do direito à saúde. *Revista do direito*, n. 13, jan./jun., pp. 115-128.
- SCHWARTZ, Germano A.; CLOECKNER, Ricardo Jacobsen (2003). A tutela antecipada no direito à saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica (de acordo com a lei 10.444/02). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- SEARLE, John R. (1995). *The construction of social reality*. New York: Free Press.
- SILVA, A. C. Pacheco e (1981). Direito à saúde no Brasil. *Trabalho apresentado no painel “direito mundial de saúde” do X Congresso Mundial de Direito*.
- SILVA, José Afonso (2003). *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros
- _____ (2002). *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros.
- SILVA, Virgílio Afonso da (2005). Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____ (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros.
- SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez (2004). Direito fundamental à saúde: tutela de urgência. *Revista forense*, v. 373, maio/jun., pp. 421-434.
- SOARES, Cleusa Ribeiro (2004). Os direitos sociais. *Revista jurídica da Universidade de Franca*, n. 13, pp. 25-47.

- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de (2004). *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SPITZCOVSKY, Celso (2006). O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, nov./dez., pp. 64-71.
- STRECK, Lenio Luiz (2004). A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em *terrae brasilis*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 4, jul./dez., pp. 272-308.
- _____. (2003). O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 169-213.
- SUNSTEIN, Cass R. (2001). *Designing democracy: what constitutions do*. Oxford: Oxford University Press.
- _____. (1996). *Legal reasoning and political conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- _____. (1993). *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- TERRA, Eugênio Couto (2001). Anotações sobre a (im)possibilidade de desconstitucionalização dos direitos fundamentais sociais. *Revista Ajuris*, n. 81, mar., pp. 66-76.
- TESSLER, Marga Inge Barth (2001). O direito à saúde: a saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n. 40, pp. 75-110.
- TORRES, Ricardo Lobo (2003A). A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Arquivo de Direitos Humanos*, n. 5, pp. 99-129.
- _____. (2003B). A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 1-46.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael (2007). *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo (2006). *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo (2000). O direito à moradia. *Revista de direito privado*, n. 2, abr./jun., pp. 9-16.
- VIDAL, Rogéria Caetano Arantes (2004). Direito fundamental à saúde: uma questão de consciência política. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (org.). *Direito público. 2ª coletânea de artigos*. Belo Horizonte: Castro Assessoria e Consultoria.
- VIDAL NETO, Pedro (1979). *Estado de direito: direitos individuais e direitos sociais*. São Paulo: Ltr.

- VIEIRA, Evaldo (2001). A política e as bases do direito educacional. *Cadernos Cedes*, n. 55, nov., pp. 9-29.
- VIEIRA, Oscar Vilhena; SCABIN, Flávia (2006). *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros.
- WAISMANN, Friedrich (1945). Verifiability. *Proceedings of the aristotelian society*, v. 19, pp. 119-150.
- WALDMAN, Ricardo Libel (2001). Análise da fundamentação jusfilosófica para atribuição de direitos sociais no caso concreto via procedimento judicial. *Cadernos de pós-graduação em direito*, n. 3, mar., pp. 53-60.
- WALDRON, Jeremy (1994). Vagueness in law and language: some philosophical issues. *California law review*, v. 82, n. 3, may, pp. 509-540.
- WEISCHEIMER, José Álvaro de Vasconcellos (2001). Direito à moradia. *Justiça do direito*, n. 15, pp. 257-287.

ANEXO - (DOCTRINA BRASILEIRA DOS DIREITOS SOCIAIS)

A) 1970-1979

BASTOS, Celso (1979). Supressão do ensino gratuito: limites constitucionais. *Revista de direito público*, n.^{os} 49-50, jan./jun., pp. 42-45.

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

B) 1980-1989

DALLARI, Sueli Gandolfi (1988A). O direito à saúde. *Revista de saúde pública*, n. 22, pp. 57-63.

_____ (1988B). A responsabilidade pela saúde. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 83, pp. 44-53.

FERREIRA, Pinto (1986). Educação e constituinte. *Revista de informação legislativa*, v. 23, n.º 92, out./dez., pp. 171-194.

FLORENTINO, Rosalvo (1982). A educação e a cultura nas Constituições brasileiras. *Revista de informação de legislativa*, n. 74, abr./jun., pp. 103-158.

MORAES, Marcus Vinicius (1989). O ensino na nova Constituição. *Revista forense*, v. 85, jan./mar., n. 305, pp. 338-339.

MOURA, Alexandrina Sobreira de (1983). Direito de habitação às classes de baixa renda. *Ciência e trópico*, v. 11, n. 1, jan./jun., pp. 71-78.

PASOLD, César Luiz (1987). Direito à saúde. *Seqüência: estudos de direito político e jurídico*, dez., n. 15, pp. 51-55.

RUSSOMANO, Rosah (1988). Dos direitos sociais e de seu perfil na nova Constituição. *Revista Forense*, v. 84, n. 304, out./dez., pp. 191-194.

SARAIVA, Paulo Lopo (1983). *Garantia constitucional dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Forense.

_____ (1982). A garantia dos direitos sociais no Brasil. *R.T.J.E.*, n. 21, dez., pp. 3-15.

SILVA, A. C. Pacheco e (1981). Direito à saúde no Brasil. *Trabalho apresentado no painel “direito mundial de saúde” do X Congresso Mundial de Direito*.

VIEIRA, José Ribas (1989). Os direitos individuais, sociais e coletivos no Brasil. *Revista de informação legislativa*, v. 26, n. 104, pp. 275-282.

C) 1990-1999

- ANDRADA, José Bonifácio Borges de (1991). A Constituição de 1988 e a liberdade de ensino. *Revista de direito público*, v. 25, out./dez., n.100, pp. 156-158.
- BALERA, Wagner (1992). O direito constitucional à saúde. *Revista de previdência social*, n. 134, jan., pp. 17-21.
- BOAVENTURA, Edivaldo M (1995). A Constituição e a educação brasileira. *Revista de informação legislativa*, n. 127, jul./set., pp. 29-42.
- _____. (1992). A educação na Constituição de 1988. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 116, out./dez., pp. 275-286.
- BOMFIM, Benedito Calheiros (1996). Direitos sociais fundamentais. In: *Direito, advocacia e mudança*, v. 5. Brasília: OAB, Conselho Federal, pp. 55-60.
- BRAZ, Petrônio (1994). Educação: direito público subjetivo. *Revista jurídica mineira*, n. 107, maio/jun., pp. 28-33
- BRUNO FILHO, Fernando Guilherme (1999). Eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais: o direito à habitação. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 26, jan./mar., pp. 241-256.
- BULOS, Uadi Lammêgo (1998). Direitos sociais constitucionais. *Trabalho & Doutrina*, n. 18, set., pp. 124-129.
- COSTA, José Rubens (1990). O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. São Paulo: Saraiva.
- DALLARI, Sueli Gandolfi (1995). *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec.
- DIAS, Carlos Eduardo Oliveira (1994). A revisão constitucional e os direitos sociais. *Ltr - suplemento trabalhista*, v. 30, n. 112, pp. 627-628.
- FIORANELLI JR., Adelmo (1994). Desenvolvimento e efetividade dos direito sociais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 44, jun., pp. 13-35.
- GARCIA, Maria (1998). Política urbana e a questão habitacional. *Revista dos tribunais*, n. 22, jan./mar., pp. 72-96.
- GRILO, Valéria Teixeira de Meiroz (1997). Direito à educação. Lei de diretrizes e bases da educação. *Revista trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente*, v. 5, n. XVI, pp. 18-27.
- HORTA, Raul Machado (1998). Constituição e direitos sociais. *Revista brasileira de estudos políticos*, n. 6, pp. 7-47.

- LEIVAS, Paulo (1998). O direito à saúde na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch (orgs.). *Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos*. Porto Alegre: Themis.
- LIRA, Ricardo Pereira (1998/1999). Direito à habitação e direito de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n.ºs 6-7, pp. 79-90.
- LOBATO, Anderson Cavalcante (1999). Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. *Estudos jurídicos*, v. 32, n. 86, pp. 5-24.
- LOPES, José Reinaldo de Lima (1994). Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, pp. 113-143.
- MALLET, Estevão (1991). Aplicabilidade das normas constitucionais relativas a direitos sociais. *Revista Ltr: legislação do trabalho e previdência social*, n. 7, jul., pp. 1186-1190.
- MAUÉS, Antonio Gomes (1995). Aspectos da realização dos direitos sociais e econômicos. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 6, jan./jul., pp. 1-16.
- MOSCOGLIATO, Marcelo (1998). Direito à saúde e tutela antecipada. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 1, n. 8, pp. 18-20.
- MOTTA, Elias de Oliveira (1997). *Direito educacional e educação no século XXI*. Brasília: Unesco.
- PASSOS, Edésio (1993). Revisão constitucional e os direitos sociais. *Instituto de Pesquisas Jurídicas BONIJURIS*, v. 5, n. 160, p. 1750.
- PERES, José Augusto (1991). *Introdução ao direito educacional*. João Pessoa: UFPB.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco (1994). Direito ao desenvolvimento e direito à educação: relações de realização e tutela. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, v. 2, n.6, jan./mar., pp. 124-134.
- ROCHA, Julio César de Sá da (1998). *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr.
- SANTOS, Lenir (1994). O direito à saúde na ordem jurídica. *Estudos e pareceres jurídicos*, n. 5, jan./dez, pp. 48-53.
- SARAIVA, Paulo Lopo (1990). O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 27, n. 108, out./dez., pp. 77-92.
- SAULE JR., Nelson (1996). O direito à moradia como responsabilidade do Estado Brasileiro. *Direito, advocacia e mudança*, v. 5, pp. 13-19.
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros (1999). Constituição dirigente de 1988 e direito à saúde. In: MORAES, Alexandre de (org.) *Os 10 anos de Constituição*. São Paulo: Atlas.

VARGAS, Angelo Luis (1998). Educação: direito subjetivo e privilégio de poucos. In: PEREIRA, Tânia da Silva (org.). *Estatuto da criança e do adolescente: lei 8069-90, estudos sócio-jurídicos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.

D) 2000-2006

AFONSO, Túlio Augusto Tayano (2006). Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social. *Revista de direito do trabalho*, n. 124, out./dez., pp. 237-252.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (2003). A dignidade da pessoa humana e o direito à educação na Constituição Federal de 1988. In: SEGALLA, José Roberto Martins; ARAÚJO, Luiz Alberto David (orgs.). *15 anos da Constituição Federal: em busca da efetividade*, pp. 433-482.

ALMEIDA, Dayse Coelho de (2006). A fundamentalidade dos direitos sociais. *Revista IOB: trabalhista e previdenciária*, v. 17, n. 207, set., pp. 86-96.

AWAD, Fahd Medeiros (2005). *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. Passo Fundo: UPF.

BALEOTTI, Francisco Emilio (2003). Direito social à moradia e a impenhorabilidade do bem de família. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (coord.). *Efetivando direitos constitucionais*. Bauru: Edite, pp. 451-461.

BARRETO, Vicente de Paulo (2003). Reflexões sobre direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 107-134.

BOAVENTURA, Edivaldo M. (2005). Direito à educação. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords.). *Direitos constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense.

BIGOLIN, Giovani (2004). A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público*, n. 53, maio/set., pp. 49-70.

BOITEUX, Elza (2001-2002). Estado regulador e direitos sociais. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n.ºs 2-3, pp. 97-113.

BONTEMPO, Alessandra Gotti (2005). *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá.

BUSCHEL, Inês A (2003). O direito à saúde no Brasil após 1988. *Revista de direitos difusos*, maio/jun., n. 19, pp. 2553-2557.

CARNEIRO, Walber Araújo (2004). Escassez, eficácia e direitos sociais: em busca de novos paradigmas. *Revista do programa de pós-graduação em direito da UFBA*, n. 11, jan./dez., pp. 371-388.

- CARVALHO, Mariana Siqueira de (2003). A saúde como direito social fundamental na Constituição federal de 1988. *Revista de direito sanitário*, v. 4, n. 2, jul., pp. 15-31.
- CENEVIVA, Walter (2001). Aspectos do direito de morar. *Revista do advogado*, n. 63, jun., pp. 7-11.
- CIETTO, Luiz (2003). Considerações sobre princípios e regras constitucionais e o direito à saúde: normas programáticas ou operativas? *Revista jurídica*, v. 19, n. 1, pp. 79-103.
- _____ (2002). Proteção dos direitos humanos e o direito à saúde. *Revista jurídica*, v. 18, n. 2, pp. 118-168.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin (2003). O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 3, pp. 291-300.
- COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes (2006). Direitos fundamentais sociais: reserva do possível e controle jurisdicional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 30, n. 63, jan.-jun, pp. 123-138
- COMPARATO, Fábio Konder (2003). O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (orgs.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, pp. 244-260.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (2005). A teoria da constituição à luz da teoria da norma: um enfoque com destaque para as normas de direitos sociais. *Revista brasileira de direito constitucional*, jul./dez., n. 6, pp. 281-303.
- _____ (2004). Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (orgs). *Direito previdenciário e Constituição: homenagem a Wladimir Novaes Martinez*. São Paulo: Ltr.
- COSTA, Thaís Nogueira (2000). O direito fundamental à educação. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, v. 2, pp. 29-31.
- CURY, Ieda Tatiana (2005). *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- DAMINIANO, Henrique (2005). O Estado Social e o reconhecimento dos direitos sociais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 27, pp. 19-35.
- DANTAS, Ivo (2003). Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 435-450.
- DEUS, Ana Beatriz Silva Carvalho de (2000). Exigibilidade do direito à educação. *Revista do curso de direito*, v. 1, n.1, jan./jul., pp. 17-18.
- DUARTE, Clarice Seixas (2004). Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em perspectiva*, n. 18, pp. 113-118.

- ELIAS, Liliane (2003). Problemas de eficácia social e de proporcionalidade nos direitos sociais. *Cadernos de direito - Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP)*, v.3, n.5, dez., pp. 98-106.
- FEITOZA, Rita de Cássia Brígido (2001). As favelas e os direitos sociais. *Suffragium, informativo do TRE/Ceará*, v. 23, n. 252, jul., pp. 29-32.
- FERRAGINI, Albino (2005). Direito fundamental à saúde e a atuação do Ministério Público. *Revista do curso de mestrado em direito*, v. 5, n. 1, pp. 62-83.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pieroni (2000). O direito constitucional à moradia e os efeitos da emenda constitucional n.º 26/2000. *Revista de direitos difusos*, v. 2, pp. 201-203.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca (2001). A Constituição brasileira de 1988 e a justiciabilidade dos direitos sociais. *Advocacia dinâmica: boletim informativo semana*, n. 27, pp. 471-472.
- GARCIA, Emerson (2006). O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. *Revista forense*, jan./fev., n. 383, pp. 83-114.
- _____. (2005). Princípio da separação de poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 30, pp. 129-167.
- GLANZ, Aída (2002). Os direitos sociais e a moderna teoria da Constituição. *Cidade e justiça*, v. 5, n. 9, jul./dez., pp. 109-114.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (2003). A antecipação de tutela no direito à saúde: aspectos relevantes. In: SCHWARTZ, Germano (org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF.
- GOMES, Dinaura Godinho Pimentel (2005). Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. *Revista do Tribunal Regional Federal da 9ª Região*, n. 55, jul./dez., pp. 55-77.
- GOMES, Marcos Correia (2006). O direito social à moradia e os municípios brasileiros. *Boletim de direito municipal*, v. 22, n. 5, maio, pp. 373-387.
- GONÇALVES, Claudia Maria da Costa (2006). *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente*. Curitiba: Juruá.
- GOULART, Karine Borges (2001). Direitos fundamentais de segunda geração: direitos sociais, econômicos e culturais. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 8, n. 1, abr./jun., pp. 124-141.
- HIGINO NETO, Vicente (2005). A efetividade dos direitos sociais. *Revista jurídica consulex*, n. 206, ag., pp. 60-63.
- HONÓRIO, Cláudia (2006). O custo dos direitos prestacionais. *Revista de direito administrativo e constitucional*, jul./set., n. 25, pp. 145-159.

- JESUS, José Sérgio de (2006). A ação civil pública como proteção contra a mitigação da garantia constitucional do direito à educação. *Universitas JUS*, n. 13, jan-jun, pp. 3-28.
- JOAQUIM, Nelson (2001). Direito educacional no terceiro milênio. *Revista ciências sociais*, v. 7, jun., n. 1, pp. 195-223.
- KELLER, Arno Arnaldo (2001). *O descumprimento dos direitos sociais: razões políticas, econômicas e jurídicas*. São Paulo: LTr.
- KRELL, Andréas J. (2002). *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- LEAL, Rogério Gesta (2006). A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. *Revista de direito administrativo e constitucional*, jul./set., n. 25, pp. 25-40.
- LIBERATI, Wilson Donizeti (2004). Conteúdo material do direito à educação escolar. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). *Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Malheiros.
- LIMA, Maria Cristina de Brito (2003). *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____ (2001). A educação como direito fundamental. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 13, pp. 212-233.
- LIMA FILHO, Francisco das C. (2006). Garantia constitucional dos direitos sociais e a sua concretização jurisdicional. *Revista do TRT da 24ª Região*, n. 11, pp. 19-54.
- LIRA, Ricardo Pereira (2002). Direito à moradia, cidadania e estatuto da cidade. *Revista trimestral de direito civil*, out./dez., n. 12, pp. 259-291.
- LOCATELLI, Paulo Antonio (2002). O termo de compromisso de ajustamento de conduta na proteção dos direitos sociais. *Atuação jurídica*, v. 4, n. 10, pp. 23-36.
- LOPES, José Reinaldo de Lima (2006). Os tribunais e os direitos sociais no Brasil (saúde e educação): um estudo de caso revisitado. In: LOPES, José Reinaldo de Lima (org.). *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, pp. 221-264.
- MACHADO JR., César Pereira da Silva (2003). *O direito à educação na realidade brasileira*. São Paulo: Ltr.
- MALISKA, Marcos Augusto (2001). *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- MATOS, João Batista (2001). Mandado de injunção e os direitos sociais. *Revista jurídica da Universidade de Franca*, n. 7, 2º semestre, pp. 85-92.
- MEDEIROS, Fabiani Oliveira de (2006). A eficácia dos direitos sociais em face da reserva do possível. *Revista de administração municipal*, v. 52, n. 260, out.-dez, pp. 68-70.

- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Os direitos sociais e a sua concepção como cláusula pétrea constitucional. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 27, mar, pp. 79-87.
- MELLO, Cláudio Ari (2005). Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 56, set./dez., pp. 105-138.
- _____. (2001). Os direitos sociais e a teoria discursiva. *Revista de direito administrativo*, n. 224, abr./jun., pp. 239-284.
- MÖLLER, Max (2006). Igualdade substancial e titularidade dos direitos sociais prestacionais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 30, n. 63, jan./jun., pp. 139-160
- MORAES, Décio (2006). Direito à saúde da criança - incumbência do poder público, intervenção do Ministério Público e o papel do Poder Judiciário. *De Jure, Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 7, jul./dez, pp. 406-411.
- MORAES, Jose Luis Bolzan de; SCHWARTZ, Germano; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (2003). Análise jurídico-constitucional do direito à saúde. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso (orgs.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. T. 2. Santa Cruz do Sul: EDUNISC.
- MORAES, José Luiz Bolzan de (2003). O direito da saúde! In: SCHWARTZ, Germano (org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Germano Schwartz (org.). Passo Fundo: UPF.
- NOGUEIRA, Rafael Moreira (2006). Reflexões acerca da efetivação dos direitos sociais. *Revista de direito administrativo e constitucional*, jul./set., n. 25, pp. 41-66.
- NOLASCO, Loreci Gottschalk (2000). Teoria constitucional: uma abordagem sobre os direitos sociais, especialmente sobre o direito à moradia no Brasil. *Revista jurídica Unigran*, v.2, n.4, jul./dez, p.51-92.
- OLIVEIRA, Aline Albuquerque Sant'Anna (2004). Direito à saúde: direito social ou direito fundamental? Implicações éticas da definição. *Revista de direito dos advogados da União*, n. 3, out., pp. 150-160.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de (2001). Direito à saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário. *Revista de direito sanitário*, vol. 2, nov., n. 3, pp. 36-58.
- OLIVEIRA, Lêda Maria Leal de (2001). Rumos e desafios: atenção à saúde como direito social. *Revista de Pós-Graduação em História da UNESP*, n. 9, pp. 239-257.
- OLIVEIRA, Paulo de Tarso (2003). Município, ensino e o direito à educação na Constituição brasileira de 1988. *Revista jurídica da Universidade de Franca*, v. 6, jan./jun., n. 10, pp. 184-196.
- OLIVEIRA, Romualdo Portela de (2001). O direito à educação. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ADRIÃO, Theresa (orgs.). *Gestão e financiamento e direito à educação: análise da LDB e da Constituição Federal*. São Paulo: Yamã.

- OMMATI, José Emílio Medauar (2005). O desafio posto pelos direitos sociais no paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, jul./dez., n. 6, pp. 469-484.
- PACHECO, Gláucia Baleroni (2006). Direito à educação - uma questão de justiça. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, jan./jun., pp. 537-580.
- PANCOTTI, José Antonio (2006). Aspectos da hermenêutica constitucional dos direitos sociais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n.29, p.21-38
- PESSANHA, Érica (2006). A eficácia dos direitos sociais prestacionais. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, v. 7, n. 8, jan./jun pp. 287-333.
- PIERDONÁ, Zélia Luiza (2004). Objetivos constitucionais da educação e sua relação com os fundamentos do Estado brasileiro. In: FERREIRA, Dâmares (org.) *Direito educacional em debate*. V. 1. São Paulo: Cobra.
- PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (2003). Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista. Passo Fundo: UPF.
- _____ (2001). A saúde como direito. *Justiça do direito*, n. 15, pp. 85-94.
- PIOVESAN, Flávia (2006). Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista do instituto de hermenêutica jurídica*, maio, n. 4, pp. 111-128.
- PORT, Otávio Henrique Martins (2005). *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS.
- RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva (2005). O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. *Revista de direito administrativo e constitucional*, out./dez., n. 5, pp. 147-165.
- REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão (2005). Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 21, pp. 53-74.
- REIS, José Carlos Vasconcellos (2001). Normas programáticas e direitos fundamentais: algumas reflexões sobre o direito à saúde na Constituição 1988. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, n. 6, pp. 64-89.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (2005). O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, jan./jun., n. 5, pp. 439-461.
- RODRIGUES, Cibele Maria Lima (2004). Direito à moradia é direito humano? *Bahia, análise & dados*, v. 14, n. 1, jun., pp. 197-207.
- RODRIGUES, Maria Elena (2002). Os direitos econômicos sociais e culturais: uma realidade inadiável. *Proposta*, v. 31, n. 92, mar./maio, pp. 18-27.

- SARLET, Ingo Wolfgang (2005). A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, jul./dez., 2005, pp. 319-369.
- _____ (2003a). O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de direito do consumidor*, n. 46, pp. 193-244.
- _____ (2003b). Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, jan./jun., n. 1, pp. 631-680.
- _____ (2002). Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, v. 25, n. 56, pp. 41-62.
- SARMENTO, Daniel (2001). Direitos sociais e globalização: limites éticos jurídicos ao realinhamento constitucional. *Revista de direito administrativo*, n. 223, jan./mar., pp. 153-168.
- SAULE JR., Nelson (2004). *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- SCHWARTZ, Germano (2001A). *Direito à saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado
- _____ (2001B). O Ministério Público e o direito à saúde. *Revista do direito*, n. 15, jan./jun., pp. 131-139.
- _____ (2001C). A saúde como direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. *Revista da AJURIS*, vol. XXVII, set., n. 83, pp. 179-199.
- _____ (2000). A efetivação do direito à saúde. *Revista do direito*, n. 13, jan./jun., pp. 115-128.
- SCHWARTZ, Germano A.; CLOECKNER, Ricardo Jacobsen (2003). *A tutela antecipada no direito à saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica (de acordo com a lei 10.444/02)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez (2004). Direito fundamental à saúde: tutela de urgência. *Revista forense*, v. 373, maio/jun., pp. 421-434.
- SOARES, Cleusa Ribeiro (2004). Os direitos sociais. *Revista jurídica da Universidade de Franca*, n. 13, pp. 25-47.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de (2004). *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SPITZCOVSKY, Celso (2006). O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, nov./dez., pp. 64-71.

- STRECK, Lenio Luiz (2004). A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em *terrae brasilis*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 4, jul./dez., pp. 272-308.
- _____. (2003). O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 169-213.
- TALAVERA, Glauber Moreno (2001). Direito à moradia. *Revista do curso de direito do Centro Universitário da FMU*, v. 15, n. 23, pp. 61-74.
- TANAMATIS, Roseli Waldschmidt; FERREIRA, Myriam Ruth Mourão Andrade; FALBOT, José Rubens; CARDOSO, Clovis (2002). Saúde: um direito de todos? *JURISRONDON*, n. 1, pp. 75-78.
- TERRA, Eugênio Couto (2001). Anotações sobre a (im)possibilidade de desconstitucionalização dos direitos fundamentais sociais. *Revista Ajuris*, n. 81, mar., pp. 66-76.
- TESSLER, Marga Inge Barth (2001). O direito à saúde: a saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n. 40, pp. 75-110.
- TORRES, Ricardo Lobo (2003A). A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Arquivo de Direitos Humanos*, n. 5, pp. 99-129.
- _____. (2003B). A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 1-46.
- VELLOSO, Andrei Pitten (2003). O papel dos princípios na interpretação: argumentação jurídica e sistema jurídico. Concretização judicial de direitos sociais originários e o princípio da universalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 27, n. 58, pp. 9-34.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo (2000). O direito à moradia. *Revista de direito privado*, n. 2, abr./jun., pp. 9-16.
- VIDAL, Rogéria Caetano Arantes (2004). Direito fundamental à saúde: uma questão de consciência política. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (org.). *Direito público. 2ª coletânea de artigos*. Belo Horizonte: Castro Assessoria e Consultoria.
- VIEIRA, Evaldo (2001). A política e as bases do direito educacional. *Cadernos Cedes*, n. 55, nov., pp. 9-29.
- WALDMAN, Ricardo Libel (2001). Análise da fundamentação jusfilosófica para atribuição de direitos sociais no caso concreto via procedimento judicial. *Cadernos de pós-graduação em direito*, n. 3, mar., pp. 53-60.
- WEISCHEIMER, José Álvaro de Vasconcellos (2001). Direito à moradia. *Justiça do direito*, n. 15, pp. 257-287.

Resumo

O presente trabalho pretende sistematizar e analisar a doutrina brasileira dos direitos sociais (direito à saúde, educação e moradia) produzida entre os anos de 1964 e 2006. O seu desenvolvimento ocorre em quatro capítulos. No capítulo I, apresento quais foram os critérios utilizados para a coleta dos textos jurídicos (artigos de revistas, capítulos de livro e livros). Um dos pontos importantes para esta pesquisa é justamente o levantamento bibliográfico. Assim detalhei todos os procedimentos seguidos para obter os textos que compõem o que denomino “doutrina brasileira dos direitos sociais”. O capítulo II traz o arcabouço teórico necessário para uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais. Dedico o capítulo III para retratar a doutrina brasileira dos direitos sociais. Esse retrato está construído em dois momentos distintos. No primeiro momento, exponho tal doutrina em números mostrando a produção de textos referente aos anos de 1964-2006. No segundo momento, sistematizo-a a partir de temas que são abordados pela própria doutrina. Assim, mostro (a) quais são os temas considerados relevantes; (b) quais são as respostas construídas para os problemas relacionados aos direitos sociais. Assim, retrato a doutrina a partir dela própria sem pressupor quais seriam os temas mais importantes. Pretendi dar voz completa aos textos sem aparecer como doutrinador neste momento. Por fim, no capítulo IV, analiso a doutrina a partir da minha lente teórica criticando-a, propondo uma agenda de debate e destacando suas características.

Abstract

This thesis surveys and analyses Brazilian legal scholarship on social rights (rights to healthcare, education and housing) between 1964 and 2006. Chapter I presents the methodology for the selection of the texts used (journal articles, book chapters and books) so as to explain in detail the criteria for the formation of a corpus of what I call ‘the Brazilian social rights doctrine’. Chapter II examines the theory used in this thesis. Chapter III examines such doctrine first by presenting data on the volume of texts published between 1964 and 2006 and then by organizing them according to their subject matter. This strategy allows one to (a) identify topics considered relevant by scholars in different moments; (b) identify the answers offered by scholars to the problem of social rights. Chapter IV critically analyses the Brazilian social rights doctrine and offers an agenda for future debate.