

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

LUIZ AUGUSTO ALMEIDA MAIA

**IGUALDADE, JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE
DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL A PARTIR DE DWORKIN**

MARÍLIA
2017

LUIZ AUGUSTO ALMEIDA MAIA

**IGUALDADE, JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE
DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL A PARTIR DE DWORKIN**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação da Prof^a. Dr^a. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches.

MARÍLIA
2017

Maia, Luiz Augusto Almeida

Igualdade, justiça distributiva e políticas públicas: uma análise dos direitos sociais no Brasil a partir de Dworkin / Luiz Augusto Almeida Maia. - Marília: UNIMAR, 2017.

102f.

Dissertação (Mestrado em Direito - Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais) – Universidade de Marília, Marília, 2017.

Orientação: Prof^ª. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra N. Sanches

1. Igualdade de Recursos 2. Ronald Dworkin 3. Direitos Sociais 4. Políticas Públicas I. Maia, Luiz Augusto Almeida

CDD – 341.2

LUIZ AUGUSTO ALMEIDA MAIA

**IGUALDADE, JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE
DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL A PARTIR DE DWORKIN**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob orientação da Prof^a. Dr^a. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches.

Aprovada pela Banca Examinadora em: ____/____/_____.

Prof^a. Dr^a. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches
Orientadora

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Dedico este trabalho a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a minha formação acadêmica e pessoal, em especial aos meus pais, Luiz Fernando e Ligia.

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, pelo incentivo e confiança, desde os primeiros anos na faculdade de direito, motivos determinantes para a continuidade de meus estudos e aperfeiçoamento acadêmico; eternas referências de vida honrada, ética e digna.

A professora Doutora Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches, pelas importantes orientações, sem as quais este trabalho sequer existiria, bem como pela infindável paciência e compreensão quanto as minhas inúmeras limitações.

Aos professores e mestrandos da turma de 2015, pelo aprendizado adquirido durante estes anos de convívio, suas inestimáveis participações mudaram para sempre a minha visão, profissional e acadêmica, sobre o direito.

Aos colegas de escritório, por terem suprido, tantas vezes, a minha ausência no ambiente de trabalho por conta dos compromissos acadêmicos, espero um dia poder fazer o mesmo por vocês.

Enfim, a todos o meu apreço e gratidão.

*“O que você tem, todo mundo pode ter.
Mas o que você é... Ninguém pode ser.”*

(Clarice Lispector)

RESUMO

A presente dissertação se dedica em avaliar os direitos sociais, no contexto contemporâneo dos direitos fundamentais, a partir da perspectiva igualitária, defendida por Dworkin. Com efeito, inicialmente são expostos alguns pressupostos essenciais sobre a igualdade, em sua vertente distributiva, com destaque para as teorias liberais de Amartya Sen e de Ronald Dworkin, com as razões que levaram por optar-se pela segunda, ou seja, pela teoria da igualdade de recursos. Em seguida, são apresentados conceitos e características relacionadas ao fenômeno histórico e cultural dos direitos fundamentais, objetivando o enquadramento dos direitos sociais dentro da teoria geral, bem como demonstrar a exigibilidade de tais direitos, ainda que de índole prestacional. Por fim, após a discussão de problemas de ordem prática relativos à implementação de políticas públicas é que são feitas proposições quanto a aplicabilidade, com ressalvas, da teoria dworkiana à realidade concreta dos direitos sociais no Brasil. Assim, a pesquisa foi desenvolvida a partir do método dedutivo e de investigações de cunho qualitativo, tornando possível concluir que, mesmo com certas adaptações, a teoria da igualdade de recursos não só pode ser compatibilizada com a realidade brasileira, como também pode contribuir como um importante parâmetro de racionalidade para às decisões políticas e jurídicas envolvendo os direitos sociais e o problema distributivo, de uma maneira geral.

Palavras-chave: Igualdade de recursos. Ronald Dworkin. Direitos sociais. Políticas públicas.

ABSTRACT

The present dissertation is dedicated to evaluating social rights, in the contemporary context of fundamental rights, from the egalitarian perspective defended by Dworkin. In fact, some basic assumptions about equality, in its distributive aspect, are highlighted, especially the liberal theories of Amartya Sen and Ronald Dworkin, with the reasons for opting for the second, that is, the theory of Equality of resources. Then, concepts and characteristics related to the historical and cultural phenomenon of fundamental rights are presented, aiming at framing social rights within the general theory, as well as demonstrating the enforceability of such rights, even if of a utilitarian nature. Finally, after discussion of practical problems related to the implementation of public policies, proposals are made regarding the applicability, with reservations, of Dworkian theory to the concrete reality of social rights in Brazil. Thus, the research was developed based on the deductive method and qualitative investigations, making it possible to conclude that, even with certain adaptations, the theory of equality of resources can not only be compatible with the Brazilian reality, but can also contribute as a An important parameter of rationality for political and juridical decisions involving social rights and the distributive problem, in a general way.

Keywords: Equal resources. Ronald Dworkin. Social rights. Public policy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. PRESSUPOSTOS PARA A ADOÇÃO DE UM MODELO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	14
1.1 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E O LIBERALISMO IGUALITÁRIO	14
1.2 RONALD DWORKIN E A IGUALDADE DE RECURSOS	18
1.3 AMARTYA SEN E DWORKIN: UMA APROXIMAÇÃO POSSÍVEL	24
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
2.1 CONTEÚDO E SIGNIFICADO	28
2.1.1 Conceituando os Direitos Fundamentais.....	28
2.1.2 Fundamentalidade formal e material.....	32
2.2 PERSPECTIVA HISTÓRICA	34
2.3 PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
2.3.1 Direitos Fundamentais de primeira, segunda e terceira “geração” ou “dimensão”	39
2.3.1.1 <i>O problema das chamadas “gerações” ou “dimensões” de Direitos Fundamentais</i>	40
2.3.2 Direitos Fundamentais individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e cidadania.....	42
2.3.3 Direitos Fundamentais de cunho defensivo e prestacional.....	43
3 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	46
3.1 CONCEITO DE DIREITOS SOCIAIS.....	46
3.2 FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	48
3.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	49
3.4 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL	52
3.5 A “RESERVA DO POSSÍVEL” COMO LIMITE DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	56
3.6 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.....	58
3.7 A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS.....	61
3.8 O DÉFICIT DE EFETIVIDADE BRASILEIRO.....	63
4 RESPONSABILIDADE POLÍTICA E A ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	68
4.1 O CUSTO DOS DIREITOS E A CRISE DO ESTADO SOCIAL.....	68
4.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E AS PEÇAS ORÇAMENTÁRIAS.....	73
4.3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO	78
4.4 DWORKIN E O ESTADO BRASILEIRO.....	82
CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

Apesar do intenso debate acerca de diversas correntes da filosofia política, como o liberalismo, o marxismo ou mesmo de certas posturas utilitaristas, os juristas, de uma maneira geral, não atribuem muita relevância prática para tais questões, cindindo, de forma indevida, o “mundo” do Direito e da Política.

Entretanto, quando nos deparamos com os chamados “casos difíceis” (*Hard Cases*), o conceito positivista de validade se mostra claramente insuficiente para a solução do problema, demandando uma teoria do justo para melhor compreensão do sistema jurídico.

É nessa perspectiva que a teoria de Dworkin, um dos maiores filósofos do direito contemporâneo, pode contribuir em um campo ainda pouco explorado pelos juristas brasileiros.

Isto porque, apesar da popularidade adquirida pelo referido autor, junto aos meios acadêmicos, o mesmo vem sendo trabalhado, no cenário nacional, tão somente em relação a sua teoria do direito, a partir do debate iniciado com Hart, nos anos sessenta, com a edição do ensaio intitulado “o modelo de regras I”, onde são enunciadas as suas primeiras críticas ao positivismo jurídico.

Todavia, o que poucos compreendem é que o pensamento do mencionado autor evoluiu durante várias décadas, avançando para outras áreas, dentre as quais a teoria política, indo muito além da dicotomia entre regras e princípios.

Isso não significa que se esteja tratando de um outro Dworkin, pois as premissas de seus trabalhos anteriores, como a aproximação entre o direito e moral, bem como sua concepção de direito como integridade, são percebidas como partes integrantes de uma obra coesa, onde é possível se chegar a uma resposta correta, mesmo em assuntos que possuam elevada carga valorativa, como é o caso de questões que envolvem a ideia de justiça distributiva.

Não obstante, é curioso observar que muitos dos trabalhos que versam a respeito do tema, justificam o mesmo a partir de uma perspectiva de igualdade com um viés ideológico da “velha esquerda”, marcada por uma distribuição uniforme, pouco sensível a liberdade individual.

Justamente por essa razão, o presente trabalho se utiliza de uma concepção liberal da igualdade, na qual a questão distributiva de bens e oportunidades se

mostra mais factível, já que não se pode conceber, utopicamente, a existência de indivíduos que não possuam suas particularidades e seus próprios projetos de vida.

Neste sentido, apenas para que não fiquem dúvidas, é importante registrar, desde já, que quando se faz menção ao termo liberalismo, é possível se ter em mente diversos fenômenos, não, necessariamente, relacionados. Isso porque o significado desse vocábulo se modifica, conforme a perspectiva abordada.

Com efeito, para fins do presente estudo, o que assume especial importância é a distinção entre o liberalismo clássico, do chamado liberalismo igualitário ou liberalismo de princípios, já que é justamente nessa segunda acepção que se trabalha com a ideia de igualdade.

Assim sendo, no primeiro capítulo serão expostos os pressupostos para a adoção de um modelo de justiça distributiva, compatível com a perspectiva liberal, descrevendo, em sua primeira parte, a mutação que ocorre com a ideia de igualdade, do pensamento clássico para a perspectiva contemporânea, com ênfase à mudança paradigmática que ocorre a partir de John Rawls, que estabelece as bases do liberalismo igualitário, através de sua teoria da justiça como equidade.

Em seguida, conforme já adiantado alhures, são apresentadas as ideias expressadas por Ronald Dworkin, que servirão como marco teórico ao estudo, sintetizadas como igualdade de recursos, analisando em que medida suas teses se aproximam às de Rawls e, em que parte, se diferenciam, uma vez que inegável a influência de seu antecessor.

Ao final deste capítulo, serão analisadas algumas teses expostas por outro autor contemporâneo, Amartya Sen, visando mitigar o que aparenta ser uma lacuna no pensamento de Dworkin a respeito da igualdade e o enfoque dado a questão das capacidades.

Sem embargo, não se pode desprezar que o tratamento igualitário atribuído aos cidadãos em geral, é resultado de uma ordem jurídica, confundindo-se com a noção de direitos. É por esse motivo que o segundo capítulo deste trabalho, se dedica em analisar o fenômeno histórico e cultural dos direitos fundamentais, traçando seu conteúdo jurídico e principais classificações, não só para demonstrar a razão da prevalência desses direitos na ordem jurídica, mas também a sua importância axiológica, que deve, inclusive, nortear a atuação pública, em todos os níveis, até porque, em última análise, tais direitos é que garantem a distribuição dos bens primários de uma sociedade.

Desta feita, é com a incorporação de um extenso rol de direitos fundamentais nas constituições modernas, que o positivismo jurídico, em sua versão inclusiva, procura responder a algumas das antigas críticas de Dworkin, em relação a cisão entre direito e moral.

Já no terceiro capítulo, será delimitado o espaço ocupado pelos direitos sociais, na teoria geral dos direitos fundamentais, para que não existam dúvidas quanto a fundamentalidade e exigibilidade dos referidos direitos, mesmo os de cunho prestacional, até porque intimamente ligados a dignidade da pessoa humana; visto que um dos maiores desafios trazidos pelo constitucionalismo moderno é a concretização dos direitos fundamentais sociais, que mesmo representando conquistas históricas, possuem baixa normatividade, o que se deve a problemas de cunho jurídico e político, especialmente no Brasil, ante a flagrante omissão inconstitucional do Estado.

A esse respeito, serão analisados alguns conceitos e teorias que são “chaves” para a aplicação dos direitos sociais, como a própria dignidade da pessoa humana, além do mínimo existencial, reserva do possível e vedação ao retrocesso social, tudo visando desmistificar algumas falácias normalmente utilizadas para se negar a eficácia de tais direitos, explicando, em certa medida, o déficit na concretização dos mesmos.

Enfim, no quarto e último capítulo, é que a discussão sobre a implementação de políticas públicas se aprofunda, com problemas de ordem prática, relacionados à escassez de recursos orçamentários e a atuação dos respectivos legitimados, que impactam, inclusive, na própria separação de poderes, levando-se a refletir sobre como deve se portar o Poder Judiciário nessas situações.

Dito isto, é na parte final que são feitas algumas proposições acerca da aplicabilidade das ideias de Dworkin em relação à realidade concreta dos direitos sociais no Brasil, demonstrando como a falta de critérios para a adoção de políticas públicas que objetivam a concretização de tais direitos, quanto ao nível de satisfação dos mesmos, cria distorções e impede uma distribuição de bens e oportunidades mais justa e racional, justificando a utilização da teoria da igualdade de recursos, ainda que sejam necessárias adaptações em função de diferenças de contexto.

Neste sentido, o escopo deste trabalho é discutir os direitos sociais, a partir de uma concepção determinada de justiça distributiva, com base em um modelo específico, comprometido com a igualdade, visando demonstrar que as políticas

sociais não se justificam por si mesmas, devendo contribuir, em primeiro lugar, para uma distribuição e utilização mais igualitária dos bens existentes.

Desta feita, o presente estudo será desenvolvido à luz do método dedutivo e a partir de investigações de cunho qualitativo, através de pesquisa bibliográfica, por meio de fontes doutrinárias e legislativas, permitindo, assim, que, ao final, sejam apresentadas as conclusões deste trabalho.

1 PRESSUPOSTOS PARA A ADOÇÃO DE UM MODELO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Neste capítulo inicial, serão apresentadas algumas noções essenciais a respeito de justiça distributiva e liberalismo igualitário, possibilitando a compreensão da evolução do pensamento liberal, bem como as ideias centrais da teoria da igualdade de recursos, de Ronald Dworkin, além da superação de críticas a respeito de possíveis falhas e debilidades da mencionada teoria.

Desta feita, o presente capítulo constitui a base política e filosófica deste trabalho, explicando as premissas do modelo distributivo adotado pelo mesmo.

1.1. JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E O LIBERALISMO IGUALITÁRIO

Há um consenso razoável entre os estudiosos de que o Estado deve proporcionar a seus cidadãos certo nível de bem-estar material, não se podendo dizer o mesmo quando se busca determinar qual seria este nível.

Com efeito, entende-se, atualmente, a justiça distributiva, como um modelo em que o Estado está obrigado a proporcionar um mínimo de bem-estar material a todos os integrantes da sociedade, normalmente atrelado à concretização dos direitos fundamentais, que devem ser garantidos, cujo nível de proteção se relaciona com a ideia de preservação da dignidade da pessoa humana.

Sem embargo, essa concepção é uma construção contemporânea, pois para Aristóteles, por exemplo, a justiça distributiva estava relacionada à ideia de mérito e não continha o caráter de obrigatoriedade.

[...] todas as pessoas concordam em que o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito; os democratas identificam a circunstância de que a distribuição deve ser de acordo com a condição de homem livre, os adeptos da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os adeptos da aristocracia com a excelência.¹

Todavia, como já foi mencionado, não é esta a visão atual de justiça distributiva, isto porque não faz parte da discussão aristotélica a questão da

¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 96.

distribuição de recursos escassos, a fim de satisfazer as necessidades primárias de todos os indivíduos, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Em um sentido liberal igualitário, a distribuição de recursos básicos aos indivíduos está compreendida na noção de direitos, cabendo principalmente ao Estado à concretização dos mesmos, partindo da premissa de que esta distribuição seja factível, sem prejuízo a uma dimensão mitigadora das iniquidades sociais.

Desta feita, a partir da ideia de diversos autores, como Rousseau, Smith e Kant, a concepção aristotélica foi sendo abandonada.

Neste sentido, é importante notar, por exemplo, a influência da filosofia kantiana na transformação da justiça distributiva em um verdadeiro imperativo, ainda que de forma limitada.

No que concerne o dever meritório para com outrem, o fim natural que todos os homens têm é a sua própria felicidade. Ora, é verdade que a humanidade poderia subsistir se ninguém contribuísse para a felicidade dos outros, contanto que também não lhe subtraísse nada intencionalmente; mas se cada qual se não esforçasse por contribuir na medida das suas forças para os fins de seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a humanidade como fim em si mesmo. Pois que se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins têm de ser quanto possível os meus, para aquela ideia poder exercer em mim toda a sua eficácia.²

Entretanto, é a partir de Rawls e do desenvolvimento de sua teoria da justiça como equidade, que a concepção contemporânea de justiça distributiva é forjada.

Para Rawls, “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais”, o que deixa claro que mesmo uma concepção utilitarista de bem comum, não pode justificar a violação da liberdade de uma pessoa.³

Note-se, por conseguinte, que, na teoria de Rawls, o indivíduo, singularmente considerado, ganha importância primordial, cabendo às instituições a distribuição de direitos e deveres, com a divisão das vantagens decorrentes da cooperação.

Neste contexto, Rawls define os princípios de justiça como aqueles “que as pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos

² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edição 70, 2007. p. 71.

³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves: Martins Fontes, 2002. p. 3.

fundamentais de sua associação”.⁴

Logo, a teoria de Rawls é uma teoria contratualista, que busca apresentar uma alternativa às teses utilitaristas. Não obstante, Rawls deixa claro que sua teoria não corresponde a uma teoria contratualista completa, já que, no mais das vezes, se ocupa apenas dos princípios de justiça.

Quanto ao utilitarismo, o ensinamento de Vita:

O utilitarismo é uma teoria ética teleológica, isto é, uma teoria que define o que é correto ou justo fazer em função de uma concepção de boa vida humana. Essa concepção, no caso do utilitarismo, é vazia de conteúdo próprio, já que resulta da agregação de preferências e desejos de facto dos agentes, sem que a motivação ou a validade dessas preferências e desejos sejam colocadas em questão.⁵

Como se vê, o utilitarismo prega o predomínio da ideia de bem sobre a ideia de justo, julgando determinado ato de acordo com os seus resultados, a partir da concepção de maximização da utilidade.

Rawls, como dito anteriormente, rejeita o utilitarismo, pois sua teoria é deontológica, baseada em princípios que são frutos de um consenso original, motivo pelo qual sua conclusão é totalmente inversa, ou seja, deve ter prioridade aquilo que é justo sobre eventual concepção de bem.

Tal como autores que lhe sucederam, como Dworkin, Rawls para demonstrar quais princípios seriam escolhidos, cria um ambiente imaginário, hipotético, segundo os ideais políticos da liberdade e da igualdade.

Para demonstrar a sua teoria, Dworkin lança mão da estratégia comum na filosofia política de imaginar uma situação hipotética na qual os indivíduos devem decidir, como se fosse a primeira vez, regras justas de convivência social (isto é, devem firmar um “contrato social” a partir de um “estado de natureza” onde todos são iguais, como em Rousseau, Locke, Hobbes e, modernamente, Rawls).⁶

Assim, os princípios de justiça, escolhidos na posição original, sob o manto do “véu da ignorância”, garantiriam a imparcialidade das instituições em escolhas políticas fundamentais, inclusive com relação a distribuição de recursos.

Desta feita, para ordenação de tais princípios, Rawls estabelece uma

⁴ *Ibidem*. p. 127-128.

⁵ DE VITA, Álvaro. **Justiça liberal**: argumentos liberais contra o neoliberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 13.

⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Justiça distributiva para formigas e cigarras**. Novos estudos - CEBRAP [online]. 2007, n.77. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/nec/n77/a13n77.pdf>. Acesso em: 09 de junho de 2017.

prioridade da liberdade, definida da seguinte forma:

A prioridade da liberdade significa que, sempre que as liberdades podem ser efetivamente estabelecidas, não é permitido trocar uma liberdade menor ou desigual por uma melhoria de bem-estar econômico. Só quando as circunstâncias sociais não permitam o estabelecimento efetivo desses direitos básicos é que podemos consentir com sua limitação.⁷

É de se observar, entretanto, que essa ideia de hierarquia entre princípios não foi seguida, nem por Dworkin, que coloca a liberdade e a igualdade em um mesmo patamar, por comporem um mesmo ideal político, nem por Amartya Sen, que entende a liberdade de uma forma mais ampla, como sinônimo de funcionamentos, sendo mais uma variável para uma melhor distribuição de recursos sociais.

Com efeito, a formulação de Rawls, é a seguinte:

Primeiro princípio:

[...] Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos [...].

Segundo princípio

[...] As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo [...]: (a) Tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (b) Sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira regra de prioridade (Prioridade da liberdade)

[...] Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e, portanto as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade [...].

Existem dois casos:

(a) Uma redução da liberdade deve fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos;

(b) Uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor.

Segunda regra de prioridade (A prioridade da justiça sobre a eficiência e sobre o bem-estar)

[...] O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. Existem dois casos [...]: (a) Uma desigualdade de oportunidade deve aumentar as oportunidades daqueles que têm uma oportunidade menor; (b) Uma taxa excessiva de poupança deve, avaliados todos os fatores, tudo é somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo.⁸

Importante destacar que, por tais princípios, especialmente o princípio da

⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves: Martins Fontes, 2002. p. 164.

⁸ *Ibidem*, p. 333-334.

diferença, Rawls propõe uma distribuição de bens primários sociais e não naturais (como a saúde e talentos), embora estes últimos possam influenciar em relação aos primeiros.

Muito embora a teoria de Rawls seja um importante paradigma e possua seus méritos, seus críticos apontam diversas contradições da mesma, como o fato da igualdade substancial estar alocada em uma posição inferior à liberdade, a questão da insuficiência dos bens primários para uma distribuição justa e a pouca importância que os grupos vulneráveis recebem.

1.2. RONALD DWORKIN E A IGUALDADE DE RECURSOS

Desde Rawls, duas questões interligadas predominam nas discussões teóricas a respeito da distribuição de recursos: que bens devem ser distribuídos? E quanto desses bens todos devem ter?

Neste contexto, Ronald Dworkin, com sua teoria da igualdade de recursos, apresenta pontos de contato e de divergência com o liberalismo de Rawls. Convergem quanto ao ideal de igualar as pessoas em suas circunstâncias, sem que isso implique ao Estado a obrigação de custear “gastos dispendiosos”; na rejeição do bem-estar como medida da igualdade e no fato de que o Estado deve permanecer neutro em questões éticas.

Em relação ao último ponto, cumpre mencionar:

Presumo que todos aceitamos os seguintes postulados de moral política. O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e com igual respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão.⁹

⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2 ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 419.

Assim sendo, toda a construção teórica de Dworkin está alicerçada em uma ideia muito particular de justiça, em que a noção de “igual respeito” e “igual consideração” é fundamental.

Devemos insistir em uma teoria da justiça contínua extraída de dois princípios éticos centrais, e que os respeite. O primeiro afirma que, do ponto de vista objetivo apropriado ao governo de uma comunidade política, é importante que as vidas das pessoas sigam bem, e é igualmente importante que a vida de cada pessoa transcorra bem. O segundo, não obstante, afirma que cada pessoa tem responsabilidade especial pela própria vida, uma responsabilidade que consiste em decidir que tipo de vida lhe é apropriado e como utilizar melhor os recursos para garanti-lo. Qualquer sociedade fiel a esses dois princípios deve adotar estruturas jurídicas e institucionais que expressem igual consideração por todos os habitantes da comunidade, mas deve também fazer questão de que o destino de cada um, por respeito ao segundo princípio, seja sensível a suas próprias escolhas.¹⁰

De outro lado, é possível assinalar a crítica feita por Dworkin à teoria de Rawls, que considera uma concepção insensível aos dons e às ambições, muito embora o próprio autor não considere os talentos para efeitos de distribuição, já que os indivíduos, depois de receberem seus “pacotes de recursos”, estão livres para fazerem suas escolhas de acordo com o que entenderem conveniente para o seu plano de vida.

Neste sentido, observa-se que, para Dworkin, igualdade e liberdade não são, de modo algum, valores antagônicos, mas sim, complementares.

[...] ter um direito político à liberdade, de tal forma que toda restrição diminui ou infringe tal direito, mas somente em um sentido tão fraco de direito, que o assim chamado direito à liberdade não entra de modo algum em competição com direitos fortes, como o direito à igualdade. Não existe nenhum direito geral à liberdade, em qualquer sentido forte de direito que possa competir com o direito de igualdade.¹¹

Logo, é incompreensível atribuir eventuais desigualdades sociais a liberdade democrática, sendo, em realidade, este o ambiente propício para o desenvolvimento de qualquer sociedade plural.

Se países razoavelmente democráticos convivem com as maiores desigualdades, e com parcela de sua população na miséria mais abjeta, não se devem responsabilizar por isso a democracia, a

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 456/457.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2 ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 414/415.

propriedade privada nem os mercados. [...]. A economia subdesenvolvida atual pode vir a ser no futuro uma economia desenvolvida com bons indicadores sociais e razoável distribuição de renda. Não precisamos abrir mão da liberdade para tanto; pelo contrário, ela é o melhor caminho para a realização das nossas utopias pessoais.¹²

Há outras diferenças, sendo de relevo destacar que enquanto Dworkin pensa a igualdade no plano eminentemente individual, Rawls, através do princípio da diferença, está vinculado à ideia de classe.

Nesta esteira, a seguinte reflexão de Dworkin¹³, a respeito dos aspectos individuais e coletivos do igualitarismo que lhe precedeu:

Os velhos igualitaristas afirmavam que a comunidade política tem a responsabilidade coletiva de demonstrar igual consideração por todos os cidadãos, pois definiram essa igual consideração de maneira que ignore as responsabilidades pessoais desses cidadãos. responsabilidade pessoal, porém eles a definiriam de maneira que ignorasse a responsabilidade coletiva.

Voltando o foco à teoria de Dworkin, desenvolvida em vários escritos, mas agrupados, principalmente, na obra *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, verificasse que o objetivo do autor é encontrar uma concepção de igualdade alternativa às teorias da igualdade de bem-estar, segundo o qual “afirma[m] que o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar”.¹⁴

A respeito da igualdade de bem-estar, Dworkin, após examinar suas diversas vertentes, conclui que estas devem ser rejeitadas pela impossibilidade de as mesmas compatibilizarem a igualdade com uma ideia de justiça, afirmando, ao final, que a “igualdade ideal consiste em circunstâncias nas quais as pessoas não são iguais em bem-estar, mas nos recursos de que dispõem”.¹⁵

Embora atraente, pensar em um ideal político por meio qual o Estado concederia a todos tudo o que fosse necessário ao bem-estar de cada um, além de não ser factível, também seria uma tese injusta.

¹² FEIJÓ, Ricardo. **Desenvolvimento econômico**: modelos, evidências, opções políticas e o caso brasileiro. São Paulo, Atlas, 2007, p. 32.

¹³ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVIII.

¹⁴ *Ibidem*, p. 4.

¹⁵ *Ibidem*, p. 156.

Se qualquer sociedade se dedicasse a alcançar qualquer versão da igualdade de êxito (ou de satisfação), realizaria, na melhor das hipóteses, um serviço tosco, e só poderia ter uma idéia tosca de seu próprio progresso.¹⁶

Para exemplificar a igualdade de recursos, Dworkin cria uma situação imaginária, a partir de um leilão hipotético que seria realizado por náufragos que tivessem chegado a uma ilha deserta e isolada e que teria como objetivo a distribuição dos recursos lá existentes.

Definidas as regras, os bens seriam leiloados, cabendo aos indivíduos arrematar os mesmos, em substância e na quantidade que entendessem convenientes, respeitada a igualdade (pelo seu valor e pelo total que coubesse a cada náufrago) entre os diversos lotes. O Leilão prosseguiria até que a divisão pudesse satisfazer o chamado “teste de cobiça”, ou seja, até ninguém preferir lotes que não fossem os seus.¹⁷

Quanto a questão do “seguro”, preconizada por Dworkin, assinala Gargarella:

Uma vez encerrado o leilão – satisfeito o “teste da inveja” -, garante-se às diferentes pessoas uma parcela adicional (e igual) de meios para a aquisição de bens, com a finalidade de que sejam utilizados para dois objetivos principais. Um, o de poder perseguir o plano de vida que cada um deles escolheu. O outro, prévio e mais importante, o de contratar seguros para enfrentar eventuais desvantagens futuras surgidas fundamentalmente a partir das diferentes capacidades com as quais as pessoas nascem dotadas.¹⁸

De forma sintética, a teoria de Dworkin aponta a igualdade de recursos como igualdade de todos os recursos que os indivíduos possam possuir privativamente. Sem embargo, do ponto de vista prático, a teoria faz mais sentido quando consideramos que a citada distribuição se refere a recursos (bens e oportunidades) fundamentais.

Assim, mais do que separar os recursos em pessoais e impessoais, é preciso limitar a distribuição aos recursos impessoais fundamentais, preservando a liberdade de fazer escolhas.

A comunidade comprometida com a igualdade de recursos, de modo que o povo possa tomar suas próprias decisões acerca da vida que melhor lhe convier, incentiva, em vez de subverter os princípios

¹⁶ *Ibidem*, p. 17.

¹⁷ *Ibidem*, p. 81.

¹⁸ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. 1. ed. Trad. Alonso Reis Freire, rev. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 69

adequados da responsabilidade individual. Aceita que a intervenção do governo seja às vezes necessária para proporcionar as circunstâncias nas quais é justo pedir aos cidadãos que assumam responsabilidade pela própria vida. Contudo respeita os juízos pessoais de necessidade e valor que os cidadãos tenham formulado nas condições adequadas, no exercício da responsabilidade¹⁹

Outrossim, diferentemente de Rawls, a teoria de Dworkin pressupõe que, no momento da distribuição, a escolha das pessoas é feita com base em todas as informações disponíveis, de modo consensual e racional, não sendo empregado o chamado “véu da ignorância”.

Da mesma forma, embora Dworkin também parta de uma posição inicial, sua teoria contempla a realização de ajustes que são feitos depois da distribuição dos recursos, bem como por causa da utilização dos mesmos.

Assim sendo, admite-se a existência de desigualdades a partir da utilização dos recursos iniciais distribuídos, em razão das escolhas e talentos dos indivíduos, mas com a possibilidade de diferenças decorrentes da “sorte”, serem compensadas por mecanismos como seguros e tributação.

Não é por outra razão, o enfoque de Dworkin em relação a responsabilidade pessoal.

O destino das pessoas é decidido por suas escolhas e circunstâncias. As escolhas expressam sua personalidade, que também tem dois ingredientes principais: aspiração e caráter. [...] as aspirações fornecem os motivos ou as razões para fazer determinada escolha, e não outra. O caráter consiste nas características da personalidade que não oferecem motivações, porém afetam a tentativa de realização das aspirações [...] cada uma dessas qualidades pode ser, para qualquer pessoa, positiva ou negativa. As circunstâncias consistem nos recursos pessoais e impessoais de que a pessoa dispõe²⁰

Como um desdobramento natural do que foi enunciado acima, Dworkin aduz ainda a respeito da existência de uma responsabilidade consequencial.

Se não nos responsabilizarmos pelas consequências de nossos gostos “dispendiosos”, argumentando que não os escolhemos, então não somos responsáveis por nenhum deles, e a comunidade é obrigada [...] a cuidar para que não soframos nenhuma desvantagem financeira comparativa devido a eles.²¹

No que tange às citadas circunstâncias, que estariam fora do âmbito da

¹⁹ DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 449.

²⁰ *Ibidem*, p. 454.

²¹ *Ibidem*, p. 405

responsabilidade pessoal, esclarece Dworkin:

Os recursos pessoais são a saúde e a capacidade física e mental - o estado geral dessas capacidades, inclusive o talento para a riqueza, isto é, a capacidade inata de produzir bens ou serviços pelos quais outras pessoas queiram pagar. Os recursos impessoais são os que possam ser transferidos de uma pessoa para outra - a riqueza e outros bens materiais que possua, e as oportunidades que lhe são oferecidas, segundo o sistema jurídico, para uso de tais bens.²²

Com efeito, a grande diferença da teoria de Dworkin, em relação a Rawls, é pensar em uma distribuição inicial, que contempla ajustes, dos recursos, mais igualitária que, como dito, deve ser concebida na perspectiva de recursos fundamentais.

Ademais, é importante observar que Dworkin reconhece que algumas condições dos indivíduos, que estão presentes não por opção destes, podem fazer com que, mesmo em uma distribuição igualitária, haja diferenças.

Assumimos responsabilidade por nossas escolhas de variadas maneiras. Quando essas escolhas são feitas livremente, e não ditadas ou manipuladas por outros, nós nos culpamos se concluímos que deveríamos ter escolhido de modo diverso. [] Nossas circunstâncias são outra história: não faz sentido assumir responsabilidade por elas a não ser que sejam o resultado de nossas escolhas. Ao contrário, se estamos insatisfeitos com nossos recursos pessoais e não nos culpamos por nenhuma escolha que afetou nossa parcela nesses recursos, é natural que reclamemos dos outros geralmente os oficiais de nossa comunidade foram injustos conosco. A distinção entre escolha e circunstância é não só familiar, mas fundamental na ética em primeira pessoa. [...] Não podemos planejar ou julgar nossas vidas senão pela distinção entre aquilo sobre o que devemos assumir responsabilidade, porque o escolhemos, e aquilo sobre o que não devemos porque vai além de nosso controle.²³

Neste sentido, seria legítima a existência de ajustes e compensações para fazer com que essas condições particulares que envolvam qualquer situação que conduza à vulnerabilidade no acesso a bens fundamentais (ex.: deficiência).

Não se trata, entretanto, de proporcionar tudo o que seja necessário para que alguém, nessas condições, alcance o que considere ser a “vida boa”, de acordo com o seu plano de vida, mas sim para que possa usufruir da mesma igualdade de recurso dos demais.

Logo, não se pode falar em igualdade de recursos se a distribuição feita não considera o custo que qualquer pessoa em situação vulnerável tem para fazer suas

²² *Ibidem*, p. 455.

²³ *Ibidem*, p. 455.

escolas, em comparação com os outros. A este respeito, assinala Dworkin:

Quem nasce com uma deficiência grave encara a vida com menos recursos, nesse aspecto, do que os outros, conforme admitimos. Essa circunstância justifica a compensação, em um esquema dedicado à igualdade de recursos, e embora o mercado hipotético de seguros não restabeleça o equilíbrio – não pode fazê-lo – procura remediar um aspecto da injustiça resultante.²⁴

Com isso, Dworkin preconiza que a compensação só seria feita em um momento posterior, de acordo com a ideia de mercado hipotético de seguros, e não quando da distribuição dos recursos.

Entretanto, não parece ser impossível identificar, desde o primeiro momento, que a diversidade entre os indivíduos pode resultar em desequilíbrios, antecipando esses ajustes para compensar a desigualdade, razão pela qual a teoria de Dworkin é passível de complementação, como e verá a seguir.

1.3. AMARTYA SEN E DWORKIN: UMA APROXIMAÇÃO POSSÍVEL

Amartya Sen, economista e filósofo indiano, em seu livro *Desigualdade reexaminada*²⁵, apresenta ideias que podem ser consideradas um complemento às ideias de Dworkin, no aspecto de considerar a diversidade das pessoas no momento de fazer a distribuição dos recursos de forma igualitária.

Sen inicia a análise indicando que a questão central na questão da igualdade é discutir que tipo de igualdade se pretende, pois, de uma forma ou de outra, todas as teorias da justiça têm a igualdade interferindo em sua construção. Exemplifica com os libertários, entre eles Robert Nozick, que exigem igualdade em relação a toda uma classe de liberdades. Assim, mais importante do que discutir “por que a igualdade” é analisar o problema de “igualdade de quê”.

A questão, então, é definir que igualdade deve ser considerada preferível ou a mais valiosa. Para o autor, no nível prático, a pergunta que lança decorre da diversidade humana e optar pela igualdade em determinada variável, que também denomina de variável focal (renda, riqueza, felicidade, entre outras), significa não poder pretendê-la em outra. A escolha do “espaço da avaliação”, para Sen, então, é

²⁴ *Ibidem*, p. 101.

²⁵ SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

uma questão que indica “ser crucial para analisar a desigualdade”.

Sua opção é pela capacidade humana de realizar funcionamentos, sendo que, para o autor, focar nessa variável, ou trabalhar nesse espaço determinado, é diferente dos focos mais tradicionais.

Neste sentido, assinala o autor:

Apesar do papel crucial das rendas nas vantagens desfrutadas por diferentes pessoas, a relação entre, de um lado, a renda (e outros recursos) e, de outro, as realizações e liberdades substantivas individuais não é constante nem, em nenhum sentido, automática e irresistível. Diferentes tipos de contingências acarretam variações sistemáticas na “conversão” das rendas nos “funcionamentos” distintos que podemos realizar, e isso afeta os estilos de vida que podemos ter. Para ir da comparação dos meios na forma de diferenças de renda a algo que possa ser considerado valioso em si mesmo (como bem-estar ou liberdade), precisamos levar em conta variações circunstanciais que afetam as taxas de conversão.²⁶

Abra-se parêntese para destacar que, na visão de Sen, funcionamentos são estados, sendo relevante para o indivíduo a capacidade de realizar os mesmos:

O bem-estar de uma pessoa pode ser concebido em termos da qualidade [...] do “estado” da pessoa. Viver pode ser visto como consistindo num conjunto de “funcionamentos” inter-relacionados, que compreendem estados e ações [...] os funcionamentos relevantes podem variar desde coisas elementares como estar nutrido adequadamente, estar em boa saúde, livre de doenças que podem ser evitadas e da morte prematura etc., até realizações mais complexas, tais como ser feliz, ter respeito próprio, tomar parte na vida da comunidade, e assim por diante. A asserção é de que os funcionamentos são constitutivos do “estado” [...] de uma pessoa, e uma avaliação do bem-estar tem de assumir a forma de uma apreciação desses elementos constituinte.²⁷

Para Sen, a igualdade não deve ser julgada a partir de bens primários, como faz Rawls, o que vale também para os recursos, como quer Dworkin, pois isso equivale a dar prioridade aos meios para a liberdade do indivíduo de buscar a sua respectiva concepção de bem, e isso, considerando esse aspecto e a diversidade dos indivíduos, não representaria a igualdade, pois as pessoas podem ter o mesmo pacote de bens ou de recursos, e ainda assim não ter as mesmas condições de utilizá-los para alcançar a vida boa, em razão de uma série de fatores, como sexo, classe e outros.

Sen exemplifica essa questão por diversas vezes, ao longo do texto: em

²⁶ SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Editora Schwarcz, 1999, p. 133.

²⁷ SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 79.

relação a uma pessoa incapacitada, que não poderia realizar funcionamentos da mesma forma que outra pessoa, em relação a uma mulher grávida, ou com filhos para cuidar, que com idêntico pacote de bens primários teria menor liberdade para realizar seus planos que um homem sem tais responsabilidades, ou quando, tratando da renda, afirma: “a extensão da privação comparativa de uma pessoa fisicamente deficiente frente outras não pode ser adequadamente julgada considerando-se a sua renda, pois a pessoa pode estar em grande desvantagem para converter a renda em realizações que valoriza”.

Para o autor, ignorar as “diversidades interpessoais” pode até simplificar a análise concreta, permitindo a transição entre uma variável e outra, e reduzindo a complexidade da discussão dos diferentes aspectos da igualdade, mas implicaria em uma generalização indevida, com o conseqüente subdimensionamento das desigualdades reais, decorrentes das circunstâncias pessoais e sociais distintas, entre as pessoas.

Referida diversidade, também é contemplada, em certa medida, por Dworkin, embora não com a amplitude que é própria da teoria de Sen. É preciso, então, levar em consideração a diversidade dos indivíduos e o seu pertencimento a grupos determinados na hora de estabelecer, ao menos quanto a bens fundamentais, as estratégias a fim de obter igualdade entre as pessoas.

Ocorre que a proposta de Sen, embora possa servir de um ideal político atraente, não é factível, em termos mais práticos, se pensado de forma isolada, pois não há como distribuir o que quer que seja levando em consideração, em todos os casos, a multiplicidade de características dos indivíduos e a diversidade humana.

Pretender assim agir geraria políticas de tal subjetividade e de tal amplitude que se acabaria por reconhecer que a proposta de Sen nada mais seria que mais uma das formas de conceber a igualdade de bem-estar que não tem aplicação no mundo real, ou, se tivesse, só geraria maior desigualdade e exclusão.

É por isso que a teoria de Sen deve ser utilizada como uma complementação da teoria da igualdade de recursos de Dworkin, por possibilitar a inclusão de um elemento que faz com que a distribuição de recursos seja mais igualitária, no sentido de reconhecer que determinadas pessoas, por sua situação peculiar ou por pertencerem a grupos vulneráveis, precisam de condições adicionais para que com o mesmo pacote de recursos possam realizar as ações necessárias para alcançar a sua concepção de bem.

Não se trata, como pretende Sen, de trabalhar a partir de outra variável, mas sim de incorporar, na que é adotada por Dworkin, os recursos, a consideração de que, em alguns casos, será preciso observar a necessidade de criar condições diferenciadas para o acesso e uso de bens e oportunidades.

A este respeito, o próprio Dworkin parece fornecer a abertura necessária a teoria das capacidades e funcionamentos, mas sempre lembrando que os recursos são escassos, demandando um limite concreto quando se trata de observar as diferenças entre os indivíduos.

(1) um sistema redistributivo baseado no hipotético mercado de seguros compensaria qualquer desordem metabólica que torna os alimentos necessários para a sobrevivência particularmente caros ou abundantes.

(2) Por outro lado, seria impossível se prover através de políticas públicas mais dinheiro para compra de comidas baseado em deficiências metabólicas, pois os custos políticos seriam muito altos.²⁸

Com efeito, os recursos continuam sendo a base para a obtenção da igualdade, mas, em determinados casos, olhar mais atentamente para a diversidade dos indivíduos será indispensável para que essa igualdade possa se tornar mais real.

Assim, a teoria desses autores se mostra plenamente compatível, como, aliás, já assinalou Dworkin:

O governo deve esforçar-se por garantir que quaisquer diferenças no grau em que as pessoas não sejam igualmente capazes de alcançar a felicidade e as outras realizações “complexas” devem ser atribuíveis às diferenças em suas escolhas e personalidade e as escolhas e a personalidade das outras pessoas, e não a diferenças nos recursos pessoais e impessoais que possuem. Se entendermos a igualdade de capacidades dessa forma, ela não é uma alternativa à igualdade de recursos, mas apenas o mesmo ideal exposto com outra terminologia.²⁹

Daí a razão para a adoção do modelo Dworkiano, sem prejuízo a outras abordagens filosóficas complementares.

²⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 301.

²⁹ *Ibidem*, p. 426.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fixadas as premissas políticas e filosóficas do capítulo anterior, esta segunda parte do estudo tem como objetivo apresentar, didaticamente, os contornos da teoria geral dos Direitos Fundamentais, possibilitando um entendimento a respeito deste fenômeno histórico e cultura que assume especial importância nos ordenamentos jurídicos do Brasil e do mundo.

Tais considerações, além de fornecer o substrato necessário a respeito de toda a dinâmica que envolve os Direitos Fundamentais, também fornece “chaves” importante para a aplicação destes direitos.

2.1 CONTEÚDO E SIGNIFICADO

2.1.1 O conceito de Direitos Fundamentais: a busca pelo consenso

Embora seja comum falar sobre direitos, muitas vezes o significado intrínseco do termo se perde em meio à abstração do fenômeno jurídico. Com efeito, é muito mais simples compreender o que é ter um objeto, vendo ou tocando o mesmo, do que ter direito à propriedade, para citar somente este exemplo.

Não obstante, sabemos, até mesmo instintivamente, que as pessoas devem respeitar o direito de propriedade do outro, abstendo-se de praticar atos que o violem. Daí o porquê de se dizer que ter um direito é ser beneficiário de deveres de outras pessoas ou do Estado.

Neste sentido, a feliz ilustração de Vieira³⁰:

[...] se eu tenho o direito de andar pelas ruas, conclui-se que as demais pessoas têm, por alguma razão, o dever de respeitar esse meu direito, não podendo restringir a minha liberdade. Se eu sou um deficiente físico, por exemplo, e as calçadas não têm rampas que permitam que me locomova com minha cadeira de rodas, alguém está deixando de cumprir o seu dever, e, portanto, restringindo ou violando o meu direito. Se tenho direito à educação, isto justifica que alguém tenha uma obrigação, para comigo, de estabelecer escolas e bibliotecas, treinar e pagar professores, para que eu possa aprender. Se cada um de nós tem o direito de votar, estes votos devem ser levados em consideração na escolha dos que irão nos governar, e

³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos. **Boletim Científico da EMSPU**, Brasília, ano 1, n. 4, p. 13-33, jul./set. 2002, p. 13-14.

mais do que isto, significa que aqueles que foram eleitos têm uma obrigação de nos representar.

Sem embargo, as pessoas possuem direitos a coisas distintas, que, por sua vez, vinculam terceiros também de forma diferente. Há direitos, por exemplo, que podem obrigar apenas uma única pessoa, como aqueles decorrentes de determinados tipos de contratos. Outros que se destinam ao Estado, por expressa disposição constitucional, como o direito à educação básica. E, ainda, direitos que criam obrigações universais, como veremos mais adiante.

Sem prejuízo, alguns direitos, por sua especial relevância dentro do ordenamento jurídico, possuem certa superioridade em relação aos demais, motivo pelo qual são classificados como pertencentes a uma categoria própria e dotados de características que facilitam a sua proteção e efetivação.

São os chamados “Direitos Fundamentais”, expressão esta que servirá como base semântica para a presente pesquisa, a qual, apesar de relativa banalização em relação ao seu uso, mostra-se como sendo a mais adequada para a designação dos direitos que serão objetos de análise.

Todavia, tendo em vista a multiplicação de termos utilizados, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, cumpre, inicialmente, distinguir-se a expressão, Direitos Fundamentais, de outros fenômenos correlatos, tais como: Direitos do Homem e Direitos Humanos.

Senão vejamos.

A expressão *droits fondamentaux* aparece, na França, por volta da década de 1770, durante o movimento que culminou com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mas é com o surgimento do constitucionalismo moderno, com a positivação do termo junto aos textos constitucionais, no direito alemão (identificado como *Grundrechte*), a partir da Constituição de Frankfurt (1848), que o mesmo assumiu a formulação jurídica que conhecemos hoje³¹.

Não obstante, é certo que não se pode ignorar que a reivindicação de determinados direitos, tidos como “fundamentais”, em um dado momento histórico, é muito mais antiga do que a concepção atual de Direitos Fundamentais, uma vez que sempre houve, na consciência humana, a noção de que certos direitos, em função de sua importância axiológica, deveriam ser garantidos a todos, pelo simples fato de

³¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995, p. 30.

pertencerem à espécie *homo sapiens*.

Desta feita, a terminologia, Direitos do Homem, cuja noção é tão antiga quanto o surgimento da própria sociedade, é empregada para designar os valores ético-políticos, inerentes e essenciais à condição humana, em sentido semelhante ao do direito natural.

Note-se, não se está aqui tratando de direitos positivados, mas sim de direitos em estágio de pré-positivação, que evoluem em decorrência de sua relação dinâmica com a realidade³².

Assim sendo, os Direitos do Homem existem na sociedade, independentemente de serem positivados, formando o senso comum de justiça, através de códigos morais e religiosos, mesmo sem o reconhecimento formal do Direito Estatal.

Em outras palavras, os Direitos do Homem são a matéria-prima de que são feitos os Direitos Fundamentais, ou, ainda, dito de outra forma, os Direitos Fundamentais são os Direitos do Homem positivados no plano constitucional³³.

Já a expressão Direitos Humanos, identifica, para a maioria dos autores³⁴, os valores que foram positivados na esfera do direito internacional, através de tratados ou pactos internacionais.

Como se vê, tratam-se de direitos que já passaram pelo processo de positivação, tal como os Direitos Fundamentais. Entretanto, o reconhecimento destes direitos se deu no plano supranacional, não se destinando, objetivamente, a uma determinada ordem interna, mas possuindo uma pretensão de universalidade, mesmo que em contextos regionais.

Quanto às citadas diferenças e aproximações, Marcelo Benacchio e Samyra Haydée Dal Farra Naspoli Sanches³⁵ ensinam que:

³² Evidentemente, a luta pelos Direitos do Homem se traduz em um processo histórico, sendo que a própria noção da sociedade sobre conceitos como liberdade, muda de acordo com o contexto da época. Daí, talvez, o porquê, sociedades antigas aceitavam a escravidão, sem maiores questionamentos.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 73.

³⁴ Utiliza-se a locução “a maioria dos autores” em razão do fato de existirem exceções, como é o caso de Alexandre de Moraes, para quem “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos” são expressões equivalentes, conforme pode ser verificado em: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2010.

³⁵ SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Naspoli; BENACCHIO, Marcelo. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. In: Baez, Narciso Leandro Xavier; Branco, Gerson Luis e Porciuncula, Marcelo. **A problemática dos direitos humanos fundamentais na América latina e na Europa**. Joaçaba: Unoesc, 2012. p 384.

[...] tanto os Direitos Humanos quanto os Direitos Fundamentais destinam-se a conferir dignidade à existência humana, porém não podem ser compreendidos como sinônimos, pois possuem âmbitos de aplicação diferenciados. Os Direitos Humanos, a partir dos espaços de luta, foram sendo normatizados em Tratados Internacionais e pretendem a característica da universalidade. Por outro lado, os Direitos Fundamentais são direitos essenciais à pessoa humana, definidos na constituição de um Estado, contextualizados conforme a política do país, ou seja, os Direitos Fundamentais são Direitos Humanos constitucionalizados.

Na mesma esteia, a lição sintetizadora de Sarlet³⁶:

Assim com base no exposto, cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as três expressões “direitos do homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).

Outrossim, é de se destacar, ainda, que termos como: liberdades públicas, direitos públicos subjetivos e direitos da pessoa humana, também são inadequados para nos referirmos aos direitos que servem como escopo deste estudo, seja por serem muito restritivos, ou, ao contrário, excessivamente amplos.

Desta feita, justificada a opção terminológica deste trabalho, necessária a apresentação de um conceito, mesmo que de forma provisória, de Direitos Fundamentais. Não para que seja assimilado acriticamente pelo leitor, mas para que sirva como ponto de partida de sua própria parada filosófica, em busca da construção deste conhecimento.

Dimoulis e Martins³⁷ definem direitos fundamentais da seguinte forma:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Entretanto, mencionados autores também são os primeiros a reconhecer e criticar as *aporias da definição*, por fazer referência apenas a direitos individuais, além de dar a impressão de que o único destinatário de tais direitos seria o Estado.

Assim, optou-se, para esta etapa do trabalho, pelo conceito trazido por

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 30.

³⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

Lima³⁸, segundo o qual:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Isto porquê, apesar de ser vaga a linguagem utilizada, estão presentes todos os elementos necessários para a identificação da existência de um direito fundamental, mesmo que este não seja apresentado desta forma pelo texto constitucional.

Com efeito, sempre que uma determinada norma jurídica possuir ligação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito, é muito provável que se trate de uma norma de direito fundamental.

Cumprido ressaltar que a referida concepção de direitos fundamentais também é compartilhada por outros autores, na doutrina nacional, dentre os quais, Farias³⁹, segundo o qual:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: ele constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados no título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último.

Logo, os Direitos Fundamentais se apresentam como a base do Estado constitucional, os vetores de suas ações e também os seus limites, na medida em que este não existe como um fim em si mesmo, mas sim como um instrumento para viabilizar que os indivíduos possam usufruir de seus direitos, da forma mais ampla possível.

2.1.2 Fundamentalidade formal e material

A partir das considerações tecidas acima, assume especial importância a

³⁸ LIMA, George Marmelstein. **Curso de direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20.

³⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação**. 2 ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000, p. 66.

distinção entre forma e substância, até porque já admitida a existência de preceitos, tidos como direitos fundamentais, fora do respectivo catálogo constitucional, sendo possível se afirmar, pela mesma lógica, que existem direitos, assim catalogados, que, sem prejuízo de seu valor jurídico supremo, não integram este grupo de direitos, pelo menos sob o prisma material, uma vez que não estão diretamente vinculados com a proteção da dignidade das pessoas e a limitação do poder.

Evidentemente, a presunção sempre será de que todos os direitos enunciados no rol de direitos fundamentais integram este sistema, mesmo que em sua essência isto não ocorra, até porque compreensível que determinado assunto ou domínio da vida social, por uma questão de proximidade, oportunidade ou até de conveniência, se confunda com preceitos relativos a direitos fundamentais.

De outro lado, conforme já mencionado alhures, também se mostra forçoso o reconhecimento da existência de direitos fundamentais esparsos, fora do respectivo catálogo constitucional, mas que pela sua relevância, merecem igual tratamento, ainda mais considerando, no direito pátrio, a existência de regra de abertura prevista no artigo 5º, § 2º⁴⁰, da Constituição Federal, da qual se valeu, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, na ADIn 939-7/DF, para reconhecer que o princípio da anterioridade tributária, previsto no artigo 150⁴¹, da Constituição Federal, e, portanto, fora do título II, também consubstancia um direito fundamental.

Por oportuno, importante mencionar a distinção feita por de Sarlet⁴², quanto aos direitos fundamentais em sentido formal e material:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), [...] c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata

⁴⁰ “Art. 5º. [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁴¹ “Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes que decorridos de noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b”.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 74/75

as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre de circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente constitucionais, assim como os direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal.

Assim sendo, a fundamentalidade formal de um direito decorre de sua simples positivação no campo próprio da Constituição destinado a proteção dos direitos fundamentais, por uma opção do Poder Constituinte Originário, que, por tal razão, passa a assumir um *status* jurídico especial.

Já a fundamentalidade material se mostra como uma consequência lógica da própria essencialidade de um direito, independentemente de ter sido ou não assim considerado pelo Poder Constituinte Originário.

É bem verdade que a concepção de direitos materialmente fundamentais é impregnada por certa carga de relatividade e subjetividade, haja vista as diversas nuances da vinculação de um direito a valores tão amplos, como dignidade humana, motivo pelo qual não são poucos os doutrinadores a buscarem um critério para a identificação de tais direitos.

Sem embargo, este trabalho não irá se aprofundar nesta questão, sendo de relevo apenas compreender que, ao menos em relação ao ordenamento constitucional brasileiro, sejam os direitos formalmente ou materialmente fundamentais, estarão resguardados pela garantia de proteção contra modificações que impliquem na abolição dos mesmos, por serem considerados cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal), bem como o *status* de normas jurídicas ápices do sistema, além de serem dotados de aplicabilidade imediata.

2.2 PERSPECTIVA HISTÓRICA

Como já mencionado anteriormente, a ideia de justiça, de igualdade, de solidariedade, de dignidade da pessoa humana, sempre esteve presente, em maior ou menor grau, em todas as sociedades, mas apenas a partir da assimilação desses

valores, pelo Direito, através de uma evolução gradativa, a partir de certos marcos históricos, é que se torna possível compreender o fenômeno dos Direitos Fundamentais.

A esse respeito, pertinente a ideia do processo da dinamogenesis:

No processo da dinamogenesis, a comunidade social inicialmente reconhece como valioso o valor que fundamenta os direitos humanos (dignidade da pessoa humana). Reconhecido como valioso, este valor impulsiona o reconhecimento jurídico, conferindo orientação e conteúdos novos (liberdade, igualdade, solidariedade etc.) que expandirão o conceito de dignidade da pessoa. Essa dignidade, por sua vez, junto ao conteúdo dos direitos humanos concretos, é protegida mediante o complexo normativo e institucional representado pelo direito.⁴³

Outrossim, embora existam autores que façam referência ao direito da Babilônia, desenvolvido por volta do ano 2000 a.C., ao direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana, bem como que enfatizem a importância da teologia cristã, refletida no direito medieval, como antecedentes remotos dos direitos fundamentais, só é possível falar em tais direitos a partir da criação do Estado moderno⁴⁴.

Neste sentido, importante a contribuição de Thomas Hobbes na teorização do chamado Estado “Leviatã”, em contrapartida a fragmentação medieval do poder político, o qual serviu de fundamento filosófico do absolutismo, durante os séculos XV a XVIII.

Assim sendo, somente com o desenvolvimento da noção de Estado, indivíduo e de um texto normativo regulador da relação entre esses dois primeiros elementos, que são criadas as condições necessárias para o surgimento dos direitos fundamentais⁴⁵.

Sem embargo, ainda na Idade Média surgem os primeiros documentos jurídicos, que reconheciam a existência de direitos das comunidades locais ou de corporações, através de forais ou cartas de franquia, destacando-se, dentre os mesmos, a *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215, pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Sua relevância histórica está relacionada ao fato de ser referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como a proporcionalidade entre o delito e a sanção, garantia do devido processo legal, a

⁴³ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos:** conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 199.

⁴⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.* p. 22.

⁴⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.* p. 22/24.

liberdade de locomoção e a liberdade da igreja⁴⁶.

Da mesma forma, as declarações de direitos inglesas do século XVII, tais como a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, e a *Bill of Rights*, de 1689, promulgados pelo Parlamento, que entraram em vigor no reinado de Guilherme d'Orange, ampliaram o conteúdo das liberdades reconhecidas e estenderam a sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses⁴⁷.

Porém, embora todos esses documentos tenham sido importantes para a positivação dos direitos fundamentais, na realidade, não consagravam os direitos dos cidadãos, mas sim, dos barões e proprietários de terras.

Desta forma, apenas no século XVIII, com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, em 1776, uma das treze colônias inglesas na América, são reconhecidos direitos mais amplos, como a vida, a liberdade, a propriedade, o devido processo legal, o tribunal do júri, o princípio do juiz natural e imparcial, à liberdade de imprensa e à liberdade religiosa, servindo a referida Declaração como uma espécie de protótipo das declarações de direito modernas⁴⁸.

Alguns anos depois, em 1791, os Estados Unidos da América, que não traziam nenhuma declaração de direitos fundamentais em sua Constituição, corrigem tal situação, editando dez emendas, acrescentando direitos, como a liberdade de religião e de culto, a propriedade, a igualdade perante a lei, etc⁴⁹.

No entanto, com a Revolução Francesa, sob o lema liberdade, igualdade e fraternidade, os direitos fundamentais assumiram uma nova dimensão, sendo editada, em 26 de agosto de 1789, em decorrência da mesma, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que reconhecia direitos a todos os homens e não apenas a uma parcela da sociedade, direitos imprescritíveis e irrenunciáveis, por serem ínsitos à própria natureza humana. Esta declaração consagra, dentre outros, o direito à liberdade, à propriedade e a garantia da legalidade⁵⁰.

Entretanto, os direitos fundamentais, nos documentos citados, não se

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32.

⁴⁹ RUBIO, Valle Labrada. **Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos**: Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948. Madrid: Civitas, 1998. p. 85.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43/44.

encontravam inseridos nas Constituições dos Estados.

Note-se que em todas as revoluções liberais, dos séculos XVII e XVIII, resultaram, de alguma forma, do descontentamento com o Estado absoluto, que sufocava a sociedade em todos os setores, sendo de relevo a citação de pensadores como Montesquieu, Locke e Rousseau, que contribuíram para criação do que chamamos hoje de Estado de Direito⁵¹.

A constitucionalização dos direitos fundamentais iniciou-se na França, com a Constituição francesa de 1791, que trouxe novas formas de controle do poder estatal, no entanto, foi a Constituição francesa de 1793 que melhor regulamentou os direitos fundamentais, inserindo em seu texto o direito à igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, devido processo legal, liberdade de imprensa, presunção de inocência, proporcionalidade entre delitos e pena, direitos políticos, liberdade de profissão e direitos de petição.

Porém, diante da revolta dos operários que se verificou na França, face aos excessos do capitalismo do reinado de Luís Felipe de Orléans, que se encontrava no trono desde 1830 e, ainda, pelo agravamento da fome no campo, em razão da péssima colheita de 1846 e 1847, em 23 de fevereiro de 1848 instalou-se um governo provisório e foi convocada imediatamente uma assembleia constituinte, sendo que, esta manifestou grande resistência à reintrodução, no texto constitucional em elaboração, dos direitos sociais declarados em 1791 e 1793⁵². Exemplificam esta nova fase da história, o surgimento da Constituição do México, de 1917, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1918 e, a Constituição alemã de Weimar, de 1919, todas voltadas à conquista de direitos fundamentais sociais⁵³.

Na Constituição mexicana de 1917, é possível notar um quadro global de direitos sociais, diversamente da perspectiva que havia durante o Estado Liberal, reconhecendo-se, pela primeira vez, que a efetivação de tais direitos poderia levar ao início de limitações de interesse geral à propriedade privada.

⁵¹ LIMA, George Marmelstein. *op. cit.* p. 39/40.

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 101.

⁵³ MACHADO NETO, Manoel Cabral. Neoconstitucionalismo e pós-positivismo: fundamentos teóricos para o controle judicial de políticas públicas, *In*: COELHO NETO, Ubirajara (Org.), **Temas de direito constitucional**: estudos em homenagem ao prof^o Carlos Rebelo Júnior. Aracaju: EVOCATI, 2013, p. 101

Com a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, o Estado passa a ser visto como agente transformador, deixando de lado a abstenção estatal e passando a uma postura mais atuante, emergindo, assim, os direitos à prestação social⁵⁴.

Logo, pode-se considerar que a Constituição do México de 1917 foi a primeira a tentar conciliar os direitos de liberdade com os direitos sociais, porém, sem dúvida, foi a Constituição alemã de Weimar, de 1919, o texto constitucional mais importante e que melhor refletiu o novo estatuto dos direitos fundamentais, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social⁵⁵.

A Constituição de Weimar de 1919 inspirou, além da Constituição brasileira de 1934, várias outras constituições, como a Constituição Republicana da Espanha de 1931, a Constituição francesa de 1946, a Constituição italiana de 1947, a Constituição de Portugal de 1976, a Constituição da Espanha de 1978, dentre outras⁵⁶.

Quanto a importância histórica de tais documentos, ressalta Fabio Konder Comparato⁵⁷:

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria.

Entre a Constituição mexicana e a *Weimarer Verfassung*, eclode a Revolução Russa, um acontecimento decisivo na evolução da humanidade do século XX. O III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunido em Moscou, adotou em 4 (17) de janeiro de 1918, portanto antes do término da 1ª Guerra Mundial, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Nesse documento são afirmadas e levadas

⁵⁴ TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002. p. 156.

⁵⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 39

⁵⁶ *Ibidem*, p. 40

⁵⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **A constituição mexicana de 1917**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>

às suas conseqüências, agora com apoio da doutrina marxista, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo sócio-econômico quanto no político.

Sem embargo, referidas Constituições e Declarações não foram suficientes para evitar as duas grandes guerras.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada em 10 de dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas, inaugurou uma nova concepção mundial no trato dos direitos fundamentais.

No Brasil, importantes avanços ocorreram na implementação dos direitos fundamentais, sendo a Constituição Federal de 1988 um marco no reconhecimento formal desses direitos, haja vista que, na história de nosso País nunca se pormenorizou tantos direitos fundamentais.

2.3 PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.3.1 Direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira “geração” ou “dimensão”

Ao contrário do que muitos podem pensar, os valores que representam os direitos fundamentais não são imutáveis, nem eternos, estando sujeitos a evoluções e retrocessos históricos, uma vez que acompanham o próprio avanço cultural da sociedade.

Objetivando ilustrar essa evolução, o jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak, inspirado pelo lema da Revolução Francesa, desenvolveu a internacionalmente conhecida “teoria das gerações de direitos”, que apesar de conter certos equívocos, que serão devidamente esclarecidos mais adiante, merece ser citada no presente trabalho⁵⁸.

Segundo a mencionada teoria, os direitos fundamentais poderiam ser classificados em direitos de primeira, segunda e terceira geração, levando-se em conta o surgimento de tais direitos.

Assim sendo, os direitos civis e políticos, que tiveram origem nas revoluções burguesas, pertenceriam a primeira geração, por estarem fundamentados na liberdade (*liberté*).

⁵⁸ LIMA, George Marmelstein. *op. cit.* p. 41.

De outro lado, os direitos econômicos, sociais e culturais, impulsionados pela Revolução industrial e pelos problemas sociais dela decorrentes, seriam de segunda geração, já que baseados na igualdade (*égalité*).

Por fim, a última geração seria dos direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, que ganharam força após a segunda guerra mundial, completando a tríade com a fraternidade (*fraternité*).

É perceptível, entretanto, que a evolução dos direitos fundamentais não parou nos direitos de terceira geração, até porque a luta pela dignidade humana é constante, devendo se adaptar as novas aspirações sociais e culturais.

Daí o porquê de se falar atualmente em novas gerações, além daquelas imaginadas por Karel Vasak, decorrentes da globalização, dos avanços tecnológicos e descobertas da genética.

Neste sentido, alguns autores chegam a apontar a existência de uma quarta, quinta, sexta e até sétima geração de direitos fundamentais. Bonavides⁵⁹, a título de exemplo, sustenta que o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo comporiam a quarta geração dos direitos fundamentais.

2.3.1.1 O problema das chamadas “gerações” ou “dimensões” de Direitos Fundamentais

A utilização da expressão *gerações de direitos* tem sofrido diversas críticas, uma vez que pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, como se, por exemplo, os direitos de liberdade desaparecessem quando surgissem os direitos sociais e assim por diante, o que, evidentemente, não ocorre, pois o processo é sempre de acumulação e não de sucessão.

Sobre o tema, esclarecem Dimoulis e Martins⁶⁰:

Muitos autores referem-se a “gerações” dos direitos fundamentais, afirmando que sua história é marcada por uma gradação, tendo surgido, em primeiro lugar os direitos clássicos individuais e políticos, em seguida os direitos sociais e, por último, os “novos” direitos difusos e coletivos como os de solidariedade, ao desenvolvimento econômico (sustentável) e ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, havendo também direitos de quarta geração relacionados ao cosmopolismo e a democracia universal. Essa visão

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 578/589.

⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. op. cit. p. 31.

é predominante na doutrina brasileira dos últimos anos e encontrou aceitação em decisões do Supremo Tribunal Federal.

Tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores “gerações” como indica claramente a Constituição brasileira de 1988 que incluiu indiscriminadamente direitos de todas as “gerações”.

Além disso, o termo “gerações” não é cronologicamente exato.

Ademais, o vocábulo também pode induzir a uma equivocada compreensão de que o reconhecimento de uma nova geração somente poderia se dar quando a geração anterior estivesse suficientemente madura. Se assim o fosse, evidentemente, países em desenvolvimento teriam enormes dificuldades para que fossem reconhecidos novos direitos, gerando a sensação de que somente os países ricos poderiam “se dar ao luxo” de oferecer, por exemplo, direitos de segunda geração.

Em razão disso, a doutrina recente tem preferido utilizar o termo *dimensões* em vez de *gerações* de direitos fundamentais, afastando a falsa ideia de sucessão, em que uma geração substitui a outra.

Não obstante, incorre-se ainda no mesmo erro de se querer classificar determinados direitos como se os mesmos fizessem parte de uma dimensão determinada, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais.

Isto porque todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão), na dimensão democrática (quarta dimensão) e assim sucessivamente, até porque fazem parte de uma mesma realidade dinâmica.

A este respeito, precisos os exemplos citados por Lima⁶¹:

Veja-se, a título de exemplo, o direito à propriedade: na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), a propriedade tem seu sentido tradicional, de natureza essencialmente privada, tal como protegida no Código Civil; já na sua acepção social (segunda dimensão), esse mesmo direito passa a ter uma conotação menos individualista, de modo que a noção de propriedade fica associada à ideia de função social (art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal), por fim, com a terceira dimensão, a propriedade não apenas deverá cumprir uma social, mas também uma função ambiental.

A mesma análise pode ser feita com os direitos sociais, como, por

⁶¹ LIMA, George Marmelstein. *op. cit.* p. 60/62.

exemplo, o direito à saúde. Em um primeiro momento, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos etc) ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil). Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial as pessoas carentes. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde encontra alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda a população mundial. E se formos ainda mais além, conseguimos dimensionar a saúde em sua quarta dimensão (democracia), exigindo a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 198, III).

Assim sendo, a teoria das dimensões, vista sob esta nova perspectiva, demonstra uma interessante afinidade estrutural entre todos os direitos fundamentais, obrigando que se faça uma abordagem múltipla sobre cada um deles, reforçando a ideia de indivisibilidade e interdependência.

2.3.2 Direitos Fundamentais individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e cidadania

Outra classificação que costuma ser mencionada pela doutrina clássica⁶², parte da própria estrutura topográfica dos direitos fundamentais, junto ao texto constitucional, estabelecida nos Capítulos I à V, do Título II.

Desta feita, segundo o referido enfoque, os direitos fundamentais poderiam ser subdivididos em direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e de organização partidária.

Neste sentido, a lição sintetizadora de Araújo e Nunes Júnior⁶³, a respeito do significado básico dos mencionados termos:

Pode-se dizer, desse modo, que o enfoque do nosso direito constitucional positivo é peculiar, daí a especificação abaixo realizada:

a) *direitos individuais*, assim entendidos como as cláusulas

⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 254/255; SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 184.

⁶³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 114/115.

constitucionais destinadas à limitação do Estado. Sua finalidade é atribuir ao indivíduo direitos de liberdade, fruíveis e reivindicáveis individualmente;

b) *direitos coletivos*, entendidos como os transindividuais e indivisíveis de que são titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato (difusos) ou grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (coletivo em sentido estrito), ou ainda os provenientes de origem comum (individuais homogêneos, tidos como formalmente coletivos). Pode-se entender que a expressão direitos coletivos alude ainda aos chamados direitos de exercício coletivo, a saber: os direitos de associação e reunião;

c) *direitos sociais*, que, a teor do que dispõe o art. 6º da Constituição Federal, são: “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”.

d) *Direitos de nacionalidade*, entendidos como derivados do vínculo jurídico-político, que relaciona um indivíduo e seu país. Neste capítulo, rege-se a aquisição da nacionalidade primária e da secundária, as hipóteses de perda da nacionalidade etc.;

e) *direitos políticos*, que substanciam as formas reguladoras da intervenção popular no governo, envolvendo institutos como o direito de sufrágio, as inelegibilidades, os sistemas eleitorais e as hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos;

f) *partidos políticos*, cujas regras constitucionais de existência e funcionamento merecem regulação destacada, onde são regrados aspectos como a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos.

Sem embargo, também criticável a citada classificação, uma vez que, conforme mencionado alhures, o sistema de direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988 vai muito além das proposições normativas explicitadas no Título II.

Ademais, como reportado anteriormente, uma leitura constitucionalmente adequada, não permite que os direitos fundamentais sejam classificados, em abstrato, como individuais, coletivos ou sociais, pois somente a partir de um determinado caso concreto é possível definir as proporções e significados que este pode vir a assumir.

Não obstante, ainda assim se mostra relevante a classificação em questão, já que evidencia o tratamento que o constituinte atribuiu aos direitos fundamentais, quando da elaboração do texto constitucional de 1988.

2.3.3 Direitos Fundamentais de cunho defensivo e prestacional

Conforme discorrido anteriormente, de forma superficial, ter direito a algo,

significa, antes de tudo, compreender a existência de uma relação, ainda que implícita, envolvendo pelo menos três elementos, os quais podem ser identificados, sinteticamente, pelas figuras de um portador ou titular do direito, um destinatário do direito e um objeto do direito.

Note-se que o objeto do direito será sempre uma ação do destinatário, seja ela positiva ou omissiva, o que decorre da própria estrutura triádica dos elementos em questão.

Neste sentido, a lição de Alexy⁶⁴:

A distinção entre ações negativas e positivas é o principal critério para a divisão dos direitos a algo com base em seus objetos. No âmbito dos direitos em face do Estado, que serão analisados em seguida, os direitos a ações negativas correspondem àquilo que comumente é chamado de “direitos de defesa”. Já os direitos em face do Estado a uma ação positiva coincidem apenas parcialmente com aquilo que é chamado de “direitos a prestações”.

Assim sendo, a leitura dos direitos fundamentais como direitos de defesa leva a compreensão dos mesmos como instrumentos de proteção da liberdade individual contra interferências ilegítimas⁶⁵. A respeito de tais direitos, exemplificam Dimoulis e Martins⁶⁶:

Trata-se de direitos que permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado. Nesta hipótese, E (esfera do Estado) não deve interferir (“entrar”) em I (esfera do indivíduo), sendo que indivíduo pode repelir eventual interferência estatal, resistindo com vários meios que o ordenamento jurídico lhe oferece. Estes direitos protegem a liberdade do indivíduo contra uma possível atuação do Estado e, logicamente, limitam as possibilidades de atuação do Estado.

Exemplo: o Estado não pode censurar a atividade jornalística. Os jornalistas, editores e outros titulares deste direito podem valer-se da possibilidade de resistência (direito fundamental) a uma intervenção estatal, que representa, por exemplo, a prática de censura anterior ou posterior à publicação feita por qualquer autoridade estatal, incluindo os órgãos da administração pública indireta.

Sem embargo, tão somente a referida concepção, não é suficiente para assegurar a efetividade do sistema de proteção dos direitos fundamentais, pois o próprio exercício das mencionadas liberdades individuais se encontra condicionado à redução das desigualdades fáticas, através de prestações de natureza jurídica e

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 195/196.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

⁶⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

material, que visem a garantir a chamada igualdade substantiva.

Com efeito, ao contrário dos direitos de defesa, que objetivam assegurar um espaço de liberdade ao cidadão, contra interferências indevidas, os direitos prestacionais se voltam mais a conformação do futuro do que para a preservação do *status quo*⁶⁷. Neste mesmo sentido, parece ser a lição de Sarlet⁶⁸:

[...] enquanto os direitos de defesa (*status libertatis e status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).

Assim sendo, a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos prestacionais assume grande importância, na medida em que os últimos, estão intimamente relacionados a noção de direitos sociais, embora não se confundam com os mesmos.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 185.

3 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste terceiro capítulo, que se apresenta como um desdobramento do capítulo anterior, se ingressará, propriamente, a temática dos direitos sociais, para o delineamento desta categoria de Direitos Fundamentais e a apresentação de questões jurídicas complexas, da atualidade, que, em certa medida, guardam relação o problema da escassez de recursos e oportunidades.

Ao final deste capítulo, serão tecidas algumas considerações a respeito do cenário brasileiro em relação a efetivação destes direitos.

3.1 CONCEITO DE DIREITOS SOCIAIS

Por superficial análise do texto constitucional brasileiro, verifica-se que o constituinte não reservou o adjetivo “sociais” apenas aos direitos prestacionais, uma vez que também receberam idêntica denominação direitos que asseguram e protegem determinados seguimentos da sociedade, motivo pelo qual nem todos os direitos sociais são caracterizados como exigências materiais em relação ao Estado, próprias ou decorrentes do *Welfare State*.

Não obstante, é relativamente comum a constatação da existência de diversas conceituações que se baseiam na referida dimensão prestacional para demarcarem a noção de direitos sociais, desprezando, de certa forma, o caráter híbrido de tais direitos.

Neste sentido, Silva⁶⁹, ao definir direitos sociais como:

[...] 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 pressuposto 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 condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade.

Todavia, embora a nota distintiva dos direitos sociais não sejam as prestações positivas, tanto os direitos sociais prestacionais como os direitos sociais

⁶⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286/287.

de defesa, tem como ponto de partida comum o ser humano em sua relação concreta com a sociedade.

Desta feita, seja através de determinadas prestações materiais, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio das forças sociais, os direitos sociais objetivam, em princípio, o estabelecimento de uma igualdade e liberdade material. Assim sendo, não há como deixar de concordar com Sarlet⁷⁰, ao aduzir que:

Os direitos sociais, ou foram como tal designados por serem direitos a prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante a compensação de desigualdades fáticas e garantia do acesso a determinados bens e serviços por parte de parcelas da população socialmente vulneráveis, ou mesmo, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (que incluem uma série de direitos típicos de liberdade e de igualdade, no sentido de proibições de discriminação), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à garantia de tutela de uma determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria.

Note-se, entretanto, que muitos dos direitos sociais, reconhecidos na constituição brasileira, estão fundamentados, direta ou indiretamente, no princípio da solidariedade e, portanto, não devem ficar adstritos ao Estado, até porque relacionados com a própria dignidade humana. Com efeito, de relevo mencionar a conclusão de Mateus⁷¹, segundo a qual:

Podemos definir os direitos sociais como direitos vinculados à garantia do bem-estar social das pessoas, devendo o Estado e os particulares os respeitarem e promoverem, comportando tanto uma dimensão positiva, quanto negativa. Possuem como núcleo a dignidade humana (igualdade multidimensional), o que por si só, já é, pelo menos, um indicativo de sua material fundamentalidade, prestando-se a garanti-la, ainda que sob alguns aspectos, bem como, também e em alguns casos, à liberdade, sem, entretanto, e por isso, resumir-se a ela.

Cumprido destacar, no que tange aos direitos sociais prestacionais, que durante muito tempo, estes foram tratados apenas como normas de eficácia programática, destituídos de uma maior eficácia jurídica, pois, segundo a tese de então, dependeriam de escolhas políticas para serem concretizados.

Posteriormente, esta, noção calcada em uma interpretação equivocada de separação de poderes, foi substituída por uma não menos equivocada leitura de que os direitos sociais teriam sempre que ser aplicados como direitos subjetivos,

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 217/218.

⁷¹ MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52/53.

independentemente do caso concreto e da existência de recursos.

Todavia, o que tem prevalecido atualmente é a interpretação segundo a qual os direitos sociais são direitos subjetivos *prima facie*, motivo pelo qual sua aplicação em um determinado caso concreto depende da realização de um juízo de ponderação de interesses, nos moldes da teoria de Alexy.

3.2 FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Considerando que a grande maioria dos direitos sociais foram positivados, pelo constituinte brasileiro, dentro do catálogo de direitos fundamentais, não resta qualquer dúvida quanto a fundamentalidade formal dos mesmos.

Com efeito, o comentário de Sarlet⁷²:

A Constituição de 1988 – e isto pode ser tido como mais um de seus méritos – acolheu os direitos fundamentais sociais expressamente no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), concedendo-lhes capítulo próprio e reconhecendo de forma inequívoca o seu “status” de autênticos direitos fundamentais, afastando-se, portanto, da tradição anterior do nosso constitucionalismo, que, desde a Constituição de 1934, costumava abrigar estes direitos (ao menos parte dos mesmos), no título da ordem econômica e social, imprimindo-lhes reduzida eficácia e efetividade, ainda mais porquanto eminentemente consagrados sob a forma de normas de cunho programático.

Basta, contudo, uma breve mirada sobre o extenso rol de direitos sociais da nossa Constituição, para que não se possa desconsiderar que o nosso Constituinte, sob a denominação genérica de “Direitos Sociais”, acolheu dispositivos (e, portanto, normas neles contidas) da natureza mais diversa possível, o que evidentemente suscita uma série de dificuldades quando se cuida da tarefa de obter uma definição constitucionalmente adequada, assim como uma correta classificação dos direitos fundamentais sociais na nossa ordem constitucional vigente. Diversamente de outras ordens constitucionais, inexistem dúvidas quanto à terminologia a ser adotada, já que o Constituinte expressamente utilizou a expressão “direitos sociais” (leia-se direitos fundamentais sociais). A problemática restringe-se, portanto, à pergunta sobre qual o sentido (conteúdo) a ser imprimido à expressão, o que, de outra parte, nos remete também para o problema da classificação dos direitos fundamentais sociais.

Não obstante, conforme já assinalado, isto não exclui a existência de outros

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1998. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de atualização jurídica, v.1, nº1, 2001, p. 26. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. p. 17.

direitos sociais que, apesar de não terem sido positivados dentro do catálogo de direitos fundamentais, são tidos como tais. Afinal, os direitos sociais são instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa, motivo pelo qual não há como se admitir que estes direitos não sejam materialmente fundamentais.

Outrossim, mesmo que não estivessem expressos no texto constitucional, os direitos sociais ainda seriam direitos fundamentais, haja vista a já citada cláusula de abertura material prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, por estarem previstos em inúmeros tratados internacionais que o Brasil ratificou.

Ademais, os direitos sociais são uma materialização dos direitos de igualdade e de solidariedade que, por sua vez, são direitos fundamentais, merecendo, portanto, o mesmo *status*. Neste sentido, a lição de Mateus⁷³:

Ora, se a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, como objetivos da República Federativa do Brasil, são todos princípios fundamentais no âmbito brasileiro, não é crível admitir-se, com algum grau de fidelidade aos ditames constitucionais brasileiros, que os direitos sociais não sejam materialmente fundamentais.

Assim sendo, tanto formal, como materialmente, os direitos sociais devem ser tidos como direitos fundamentais, lhes sendo devidos, independentemente de eventuais adequações, o mesmo tratamento dado aos demais direitos desta mesma hierarquia, em especial naquilo que é consagrado como a garantia do mínimo existencial, a qual será tratada mais adiante, em tópico específico.

3.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Determinar o conteúdo da dignidade humana não é uma tarefa simples, até porquê a mesma assume diferentes significados, de acordo com a perspectiva analisada, tratando-se, portanto, de um conceito aberto e indeterminado.

Sem embargo, a dignidade humana costuma ser caracterizada como um atributo inerente ao ser humano, cuja proteção constitui um dos objetivos permanentes de toda a coletividade, razão pela qual sua noção antecede ao seu

⁷³ MATEUS, Cibele Gralha. op. cit., p. 57/58.

próprio reconhecimento no campo do direito positivo. Neste sentido, Silva⁷⁴ expõe que:

[...] a dignidade humana é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.

Portanto, continua o emérito constitucionalista:

[...] a dignidade da pessoa humana não é criação constitucional, pois ele é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Na mesma esteira, o ensinamento de Pereira⁷⁵:

[...] E a dignidade da pessoa humana é, e sempre será um valor idêntico que todo ser humano tem porque é racional. Não há relatividade da capacidade que permita eliminar a razão de um ser humano; é por isso que, do ponto de vista ético, no Direito todo ser humano tem o mesmo valor.

Neste sentido, de relevo a concepção kantiana⁷⁶, segundo a qual o ser humano não pode existir como um simples instrumento para uso arbitrário, mas sim como um fim em si mesmo; que ganha importância a partir do fim da segunda guerra mundial, com o chamado giro kantiano, promovendo um reencontro do direito, até então norteado pelo convencionalismo, com os princípios éticos e de justiça, que se consolida com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Daí o porquê de se dizer, de maneira simplificada, que diferentemente das coisas que possuem um preço, os seres humanos são dotados de dignidade. Quanto à importância do pensamento de Kant para densificação deste conceito, menciona Steinmetz⁷⁷ que:

[...] inegavelmente a teoria moral de Kant oferece elementos úteis para a densificação semântica do conceito de dignidade da pessoa.

⁷⁴ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 38.

⁷⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 98.

⁷⁶ [...] *seres racionais estão pois todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si* (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 76).

⁷⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 116.

Tais elementos são: o valor intrínseco da pessoa, não funcionalização da pessoa, irredutibilidade do *status* de pessoa, autonomia (autodeterminação) da pessoa, autofinalidade da pessoa, liberdade da pessoa, 'insubstituibilidade' da pessoa, respeito à promoção da pessoa etc.

Referido raciocínio é desenvolvido por Sarlet⁷⁸, que acentua o fato de que a responsabilidade pela proteção da dignidade humana deve ser de todos, ou seja, do Estado e dos particulares:

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

Importante destacar, que o referido pensamento continua servindo de base para a maioria dos ordenamentos jurídicos vigentes, proibindo a disponibilidade da pessoa, tanto em relação ao poder estatal, como em relação ao poder social.

Assim, a dignidade deve ser entendida como o núcleo intangível do ser humano, que faz com que ele seja respeitado por outros, simplesmente por sua condição enquanto pessoa.

Com efeito, no momento em que este valor é incorporado ao direito, em função de sua integração ao texto constitucional, a dignidade humana passa a assumir a natureza jurídica de princípio e norma, desempenhando diversas funções dentro do sistema, seja legitimando o mesmo, exercendo papel integrador e hermenêutico, ou servindo como limite à restrição dos direitos fundamentais e, finalmente, ao poder social e do Estado.

Corroborando com tal entendimento, Sarlet⁷⁹:

Consoante já anunciado, dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional [...].

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 8, vol. 29. p. 53-93, jan./mar. 2007. p. 62.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 77.

Mais adiante, o referido autor conclui seu pensamento ao afirmar que:

O que se pretende demonstrar, neste contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição⁸⁰.

Como se vê, é essa posição de centralidade da pessoa humana, frente ao ordenamento jurídico, observada, principalmente, após o segundo pós-guerra, é que justifica a existência de prestações materiais que assegurem o mínimo necessário ao desenvolvimento dos indivíduos, pouco importando a natureza intrínseca ou cultural do atributo da dignidade.

3.4 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Embora não prevista expressamente no texto constitucional, a garantia do mínimo existencial é reconhecida pela doutrina como um direito fundamental vinculado a dignidade humana, na medida em que visa assegurar condições mínimas necessárias ao desenvolvimento da pessoa. Quanto à origem do mencionado instituto, no direito germânico, leciona Sarlet⁸¹:

Adentrando desde logo a este aspecto do tema, é possível afirmar que a noção de um direito fundamental (e, portanto, também de uma garantia fundamental) às condições materiais que assegurem uma vida com dignidade teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha, onde, de resto, obteve também um relativamente precoce reconhecimento jurisprudencial.

Com efeito, em que pese não existirem, de um modo geral, direitos sociais típicos, notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) – excepcionando-se a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, bem como a imposição de uma atuação positiva do Estado no campo da compensação das desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais (para muitos não considerados propriamente direitos sociais) – a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde

⁸⁰ *Ibidem*, p. 101

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 8, vol. 29. p. 53-93, jan./mar. 2007. p. 64/65.

foi desenvolvida pela doutrina, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial. Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro publicista de renome a sustentar a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa ficaria sacrificada.

Com efeito, este piso mínimo de direitos, relacionado a aspectos como saúde e autonomia individual, não pode ser definido abstratamente, uma vez que é preciso levar em consideração uma situação concreta, conforme salienta Sarlet⁸²:

[...] quando for o caso, esse próprio conteúdo existencial (núcleo essencial = mínimo existencial) não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social etc.) não dispensando, portanto, a necessária contextualização e interpretação tópico-sistemática em cada oportunidade que se pretende extrair alguma consequência jurídica em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana.

Sem embargo, o referido autor conceitua a garantia do mínimo existencial como sendo:

[...] as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico, o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial” e, também, um mínimo existencial sociocultural, que objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade – na vida social.⁸³

Note-se que referida garantia atua tanto como limite a prática de atos que subtraem condições indispensáveis a uma vida digna, como também como conjunto de direitos prestacionais necessários a sua implementação.

Outrossim, em relação a fundamentação da existência deste mínimo, Sarmento⁸⁴ apresenta três teses, mencionadas a seguir.

(a) A ideia fundamental é a de que sem o atendimento de certas condições materiais básicas esvazia-se a liberdade, pela impossibilidade concreta de seu exercício. A liberdade nessa visão não se esgota na ausência de impedimentos externos à ação do agente, envolve também a possibilidade real de seu exercício. Esta,

⁸² *Ibidem*, p. 72.

⁸³ *Ibidem*, p. 68.

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 202/203.

por sua vez, demanda que sejam garantidas certas condições materiais mínimas para os necessitados (teóricos afins: Ricardo Lobo Torres, Robert Alexy); (b) a tese central é a de que a democracia não se confunde com o predomínio da vontade da maioria, exigindo a garantia de certos direitos que viabilizem a participação do cidadão no espaço público. Dentre os direitos garantidos, é necessário que figure a satisfação das necessidades materiais básicas das pessoas mais carentes, sem o que restaria comprometida a sua capacidade real de participar das deliberações adotadas na sociedade (teóricos afins: Friedrich Müller e Habermas); (c) o argumento não instrumental afirma que o atendimento as necessidades vitais básicas é uma exigência autônoma da justiça, que se impõe independentemente de suas consequências para a promoção de outros objetivos, como a garantia da liberdade ou a promoção da democracia (teóricos afins: Paulo Cogo Leivas e o próprio Daniel Sarmento.

Importante destacar que a teoria do mínimo existencial encontrou boa receptividade no Brasil, em especial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podendo ser citados os julgamentos da ADPF nº 45 e do RE nº 410.715/SP como casos paradigmáticos, ambos envolvendo o direito a educação como mínimo existencial à luz da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, cumpre transcrever a ementa da ADPF nº 45:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (STF. ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgamento, 29/04/2004. Diário de Justiça Eletrônico, 04/05/2004).

Note-se que é a partir da ADPF nº 45, que os tribunais passaram a tratar as políticas públicas de acordo com o contexto em que as mesmas estão inseridas e não apenas por um viés legalista, estabelecendo, a partir do voto do Ministro Celso de Mello, algumas importantes premissas a respeito da análise dos casos envolvendo a garantia do mínimo existencial e a chamada "reserva do possível".

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. [...] É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma *injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário*, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Também nessa esteira, o RE nº 410.715/SP, mencionado alhures:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse

direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina (RE nº 410.715/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 3/2/2006).

De relevo observar, a partir da análise dos precedentes acima colacionados, que a garantia do mínimo existencial não se submete à chamada reserva do possível, na medida em que a mesma decorre de escolhas realizadas pelo administrador público, não sendo crível que ainda se sustente, nos dias de hoje, a intangibilidade de atos discricionários do Poder Público.

Ademais, cumpre deixar consignada a posição no sentido de que as expressões mínimo existencial e mínimo vital não são sinônimas, uma vez que a última é mais restritiva de que a primeira, já que se refere apenas a proteção das condições mínimas para sobrevivência humana, sem explicitar qualquer preocupação com a dignidade dessa vida.

Tal distinção, também é referida por Sarlet⁸⁵:

[...] não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente.

Portanto, verifica-se que a garantia do mínimo existencial é um importante vetor de interpretação em relação aos conflitos envolvendo os direitos sociais.

3.5 A “RESERVA DO POSSÍVEL” COMO LIMITE DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 68/69.

A chamada teoria da “reserva do possível”, começou a ser invocada na década de 1970, pelo Tribunal Constitucional alemão, tendo em vista a possibilidade financeira do Estado para prestações positivas, compreendidas pelos direitos sociais, que são dependentes de recursos públicos. Desde então, diversos entes passaram a defender que a implementação dos direitos sociais seria limitada, discricionariamente, à determinadas agendas de políticas públicas em conformidade com as previsões orçamentárias.

Sem embargo, o próprio Tribunal Federal alemão, revisou a referida orientação, para entender, por exemplo, que o direito de acesso ao ensino superior não deveria ficar exclusivamente a cargo das definições estatais, sendo um direito do cidadão, reivindicar que o Estado cumpra o referido direito fundamental, dentro de um patamar razoável.

Não obstante, no contexto brasileiro, a doutrina é objeto de certo deslumbramento, na medida em que sua importação, pelos juristas, é feita sem qualquer tipo de crítica ou “filtro hermenêutico”.

Todavia, a tese propalada pela teoria da reserva do possível, pelo menos do modo pelo qual a mesma foi recepcionada no Brasil, é falsa, na medida em que se os recursos são, sabidamente, insuficientes, é necessário alocá-los de áreas menos importantes para que sejam aplicados em áreas mais sensíveis. Neste mesmo sentido, a lição de Ingo Sarlet⁸⁶:

[...] falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a reserva do possível, significa especialmente impor o ônus de comprovação do poder público de que inexistem recursos indispensáveis a satisfação dos direitos em comento, bem como deve ser comprovada a eficiente aplicação dos mesmos.

Com efeito, a teoria da reserva do possível pode ser vista a partir de um conteúdo fático, relacionado a real e efetiva disponibilidade dos recursos, ou de um conteúdo jurídico, que se refere a existência de autorização orçamentária.

Quanto ao conteúdo fático, é preciso adotar a razoabilidade como critério

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 28.

acerca da existência de recursos, em termos de universalização, em relação a indivíduos que estejam na mesma situação, pois não se pode exigir que o Estado forneça uma determinada prestação, seja na área da saúde, educação ou moradia, apenas a um de seus cidadãos.

De outro lado, o conteúdo jurídico da teoria da reserva do possível está atrelado ao princípio da legalidade da despesa, admitindo um certo grau de discricionariedade dos poderes públicos dotados de legitimidade democrática, não podendo, entretanto, servir de amparo para que o Estado se exonere de suas funções essenciais, negando a própria eficácia normativa da Constituição.

Cumprir destacar que este também é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal⁸⁷:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Desta feita, o que se percebe, a partir do pensamento de Dworkin, é que, na verdade, a discussão sobre a reserva do possível ou do mínimo existencial esconde um problema de escolha política quanto a alocação de recursos, bem como a inexistência de programas de curto, médio e longo prazo, voltados à concretização dos direitos sociais.

3.6 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Caracterizado como um limite material implícito, o princípio da vedação ou proibição do retrocesso, é compreendido pela doutrina como a impossibilidade de supressão de direitos fundamentais sociais, assegurados pela Constituição, que estejam consolidados, sem a existência de algum tipo de compensação.

Neste mesmo sentido, Barroso⁸⁸:

⁸⁷ ADPF – 45 MC/DF, Relator: Min. Celso De Mello, publicada no DJU de 4.5.2004.

⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional e a efetividade das normas**. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p. 158-15

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançado a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.

Com efeito, o referido princípio se relaciona diretamente com a garantia do mínimo existencial e a proteção da confiança. A este respeito, leciona Faria⁸⁹

Como é sabido, essas despesas, uma vez efetivadas, convertem-se em direitos sociais que acabam não podendo mais ser suprimidos sem o risco de grandes tensões – sob forma de greves por vezes selvagens, protestos por vezes violentos, e grandes mobilizações – para a sustentação dos governos e para a legitimidade do próprio sistema político.

Note-se que, normalmente, sua aplicação está voltada para uma perspectiva negativa, na medida em que atribui ao legislador a obrigação de observar o grau de densidade normativa alcançado pelos direitos sociais, no processo de elaboração das normas jurídicas. Quanto à referida perspectiva, esclarece Dayse Coelho de Almeida:

O conteúdo impeditivo deste princípio torna possível brecar planos políticos que enfraqueçam os direitos fundamentais. Funciona até mesmo como forma de mensuração para o controle de inconstitucionalidade em abstrato, favorecendo e fortalecendo o arcabouço de assistência social do Estado e as organizações envolvidas no processo. [...] Em um país tão marcado pela desigualdade social como o Brasil, os impactos do processo de globalização econômica e as matizes neoliberais políticas fazem brotar no constitucionalismo contemporâneo a necessidade de elaborar formas de proteger os direitos sociais, em especial os trabalhistas, (aqui em especial acrescentaria também o direito a saúde) garantindo o mínimo necessário à dignidade da vida.⁹⁰

⁸⁹ FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 1.^a ed. 4.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 119/120.

⁹⁰ ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. **Inclusão Social**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 118-124, out. 2006/ mar. 2007. p. 22

Sem embargo, também é possível vislumbrar, no citado princípio, a existência de deveres positivos, relacionados ao dever do Poder Público de concretização dos direitos sociais, reduzindo, assim, as desigualdades, e promovendo o avanço social.

Isso não significa, evidentemente, que o citado princípio constitua um obstáculo absoluto à modificações legislativas em matéria de direitos fundamentais, uma vez que o que se protege é o núcleo essencial do respectivo direito. Neste sentido, a lição de Luis Roberto Barroso⁹¹:

[...] o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política pública substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio no seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.

Com efeito, é de relevo salientar que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão do princípio da vedação ao retrocesso social, já firmou o entendimento de que a instituição das chamadas cláusulas pétreas pelo Constituinte de 1988 não tem o condão de impossibilitar a realização de qualquer alteração nos objetos alcançados por essas cláusulas, mas sim a definição de uma esfera mínima de proteção, que preserve os seus elementos essenciais. Nesse sentido, a ADI 2.024, na qual restou decidido que:

[...] as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. (ADI 2.024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 3-5-2007, Plenário, DJ de 22-6-2007).

Nem por isso o princípio da vedação ao retrocesso perde a relevância no ordenamento jurídico pátrio, constituindo uma importante barreira na eterna luta

⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. "O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro", in: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 502.

pelos direitos fundamentais, em especial os de cunho social.

3.7. A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Da constatação de que os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos fundamentais, surge uma intensa discussão acerca da possibilidade de efetivação dos mesmos por parte do Poder Judiciário.

Afinal, referidas proposições normativas possuem o condão de atribuir a seus titulares, direitos subjetivos?

Analisando o modelo brasileiro, é possível verificar que, diferentemente de outros países, o constituinte de 1988 não fez nenhuma distinção entre o regime de proteção dos direitos sociais, inclusive prestacionais, em relação aos demais direitos fundamentais. No mesmo sentido, posiciona-se Lima⁹²:

Em alguns países, como Espanha e Portugal, existe, por escolha do próprio constituinte, uma distinção bem nítida sobre os direitos de liberdade e os direitos sociais, sendo que apenas aos primeiros foi conferido um tratamento processual privilegiado. Daí por que para muitos juristas portugueses e espanhóis os direitos sociais, previstos nas constituições dos respectivos países, não são considerados como direitos fundamentais.

Esse argumento, no entanto, não se aplica ao modelo brasileiro, uma vez que a Constituição Federal de 88 não fez distinção, quanto ao regime de proteção jurídica, entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. No Brasil, tanto um quanto o outro podem ser considerados como legítimos direitos fundamentais e, em razão disso, todos os meios processuais disponíveis (mandado de segurança, ação civil pública, ação popular, mandado de injunção, arguição de descumprimento de preceito fundamental etc.) podem ser utilizados para protê-los indistintamente. Essa foi uma e escolha clara do constituinte brasileiro.

Também acerca da referida dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais, assevera Canotilho⁹³:

Resulta da consagração constitucional desses direitos como direitos fundamentais dos cidadãos e não apenas como direito objetivo expressos através de normas programáticas ou imposições constitucionais (direitos originários de prestações); da radiação subjetiva de direitos através da criação por lei de prestações,

⁹² LIMA, George Marmelstein. **Curso de direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 60/62.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 347.

instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos. [...] que justificam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social.

Assim sendo, também em relação aos direitos sociais, o intérprete deve se pautar pelo princípio da máxima efetividade, até porque, caso contrário, a constituição perderia força normativa.

Neste sentido, propõe Samantha Ribeiro Meyer-Pflug⁹⁴:

O intérprete deve, portanto, adotar uma solução que confira à norma constitucional a máxima efetividade, é dizer, a sua plena operatividade e eficácia. Ressalte-se que este princípio é utilizado para a interpretação de todas as normas constitucionais, sendo de grande valia, principalmente, em face das normas programáticas e de direitos fundamentais. Trata-se, na verdade, de um reforço ao princípio da unidade da Constituição. Nesse sentido busca-se atribuir eficácia a todas as normas constitucionais, evitando-se assim a existência de “normas não jurídicas”.

Com efeito, os mesmos meios processuais disponíveis para a tutela de direitos de liberdade, também podem ser utilizados para a proteção de direitos sociais.

Sem embargo, a problemática da eficácia dos direitos sociais não para por aí, pois as discussões mais interessantes se situam no campo da dimensão prestacional de tais direitos, uma vez que ligadas a aspectos econômicos e jurídicos.

Quanto ao tema, Sarlet⁹⁵ resume a questão aos seguintes termos:

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação de recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada a possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos

⁹⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **A interpretação Constitucional suas especificidades e seus intérpretes**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em 04/09/2017.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 30.

existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

Todavia, nem por isso é correta a afirmação de que os direitos fundamentais sociais, ainda que relacionados a prestações materiais, não estariam aptos a produzirem direitos subjetivos originários, até mesmo porque impossível não se desconsiderar a importância de tais direitos quanto a garantia de uma vida digna, ainda mais quando estiverem em jogo valores compreendidos no conceito de mínimo existencial.

A esse respeito, esclarece Clève⁹⁶:

É evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

Logo, os direitos sociais, tal como qualquer outro direito fundamental, são dotados de eficácia direta e imediata, conferindo a seus titulares direitos subjetivos, ainda que para sua efetivação seja necessário a utilização de critérios de razoabilidade.

3.8 O DÉFICIT DE EFETIVIDADE BRASILEIRO

Como visto, os direitos sociais, por estarem intimamente ligados ao princípio da dignidade humana, não podem ser vistos como meras “promessas”, destituídos de qualquer eficácia, razão pela qual a concretização dos mesmos não está na esfera de discricionariedade do Estado, traduzindo um verdadeiro dever.

Sem embargo, no caso brasileiro, há de se reconhecer que o catálogo de direitos sociais, trazidos pela Constituição de 1988, é muito amplo, contemplando

⁹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**. Curitiba, p. 17-29, n. 22, jul.-dez. 2003. p. 28

diversas áreas; como moradia, lazer, saúde, educação, cultura, desporto e previdência social, entre outros.

Neste sentido, é possível identificar o compromisso do constituinte em instituir um verdadeiro programa, objetivando implementar uma cultura de mudança social:

A Constituição de 1988 possui expressamente um plano de transformação da sociedade brasileira, com o reforço dos direitos sociais, a proteção ao mercado interno (artigo 219), o desenvolvimento e a erradicação da miséria e das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º e 170) como objetivos da República, isto é, com a inclusão do programa nacional-desenvolvimentista no seu texto⁹⁷

Todavia, é certo que, para serem perseguidos alguns dos objetivos fundamentais da República, como a redução das desigualdades e a promoção da justiça social, é necessária a realização de uma série de medidas positivas, por parte do Estado.

Tais medidas são chamadas de políticas públicas, podendo ser compreendidas tanto do ponto de vista do agir do Estado, como pelos resultados obtidos pelo mesmo.

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.

[...]

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.⁹⁸

⁹⁷ BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição Social no Brasil: O silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BIENENBOJM, Gustavo (orgs). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 732/733.

⁹⁸ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006. p. 24/26

Assim sendo, é possível definir políticas públicas, de maneira simplificada, para os fins deste trabalho, como um:

[...] programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.⁹⁹

Sem embargo, se não bastasse a complexidade intrínseca que envolve o processo de concretização progressiva dos direitos sociais, o contexto brasileiro apresenta certos contornos que potencializam as dificuldades, contribuindo diretamente para a baixa densidade normativa dos comandos constitucionais, como a falta de planejamento, de recursos, e, por que não dizer, de vontade política.

Releva registrar, nessa quadra, e colocando os olhos em terrae brasilis, que o Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia.¹⁰⁰

Ora, se no processo de planejamento do gasto público, não houver um mínimo de priorização dos direitos sociais, em detrimento de outras rubricas, menos essenciais, o projeto desenvolvimentista, previsto na Constituição, nunca começará a ser implementado, o que refletirá em agravamento da desigualdade social.

[...] não se pode afastar da questão que se apresenta ao Estado, no que se refere à primordial e árdua tarefa de eleger quais direitos serão promovidos ou protegidos pelo Poder Público, mormente a limitação de recursos, devendo, contudo, o Estado considerar a premissa de que as políticas públicas não se reportam tão somente ao terreno da definição política, mas, sobretudo, devem estar subordinadas aos postulados constitucionais estabelecidos, não com vagueza, mas com precisão e condições de exigibilidade nos mais variados campos dos Direitos Fundamentais¹⁰¹

⁹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.p.39

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 88

¹⁰¹ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde – o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 147.

Todavia, conforme mencionado alhures, inexistente qualquer priorização, de forma que os recursos escassos e limitados são utilizados para subsidiar um sistema de poder baseado no clientelismo, resultando na violação sistemática da Constituição, no tocante ao seu núcleo essencial.

Aliás, sequer existem dados confiáveis a respeito do grau de efetivação dos direitos sociais no Brasil, o que seria uma premissa básica de qualquer planejamento de médio e longo prazo.

E se há o dever de diagnosticar o grau de efetivação dos direitos sociais e monitorá-lo, decorre daí uma primeira conclusão: o levantamento dessas informações deverá ser exigido pela sociedade como pré-requisito para o planejamento das ações estatais e, conseqüentemente, para a estruturação racional de metas por parte do Poder Executivo, o que, em termos práticos, refletir-se-á na alocação de verbas no orçamento e na formulação de políticas públicas para o seu atingimento, sob pena de responsabilidade do agente público.¹⁰²

Um exemplo disso, é que, até bem pouco tempo, o IBGE e o governo consideravam quem recebia o benefício do bolsa família como “empregado” e quem tinha renda de R\$ 300,00 (trezentos reais) como “classe média”.

Constata-se a violação ampla dos direitos fundamentais sociais e o déficit de concretização, em face da omissão inconstitucional do Estado, bem como da má gestão das verbas públicas, que mais se preocupa em “maquiar” a realidade do que promover uma efetiva mudança do quadro social.

Outrossim, mesmo projetos que poderiam ser melhor aproveitados, como o próprio bolsa família, acabam sendo instrumentalizados para fins eleitoreiros, pois em vez de aumentarem o grau de cidadania de seus beneficiários, os tornam eternos dependentes dos “favores” do Estado.

O resultado da falta de políticas públicas adequadas pode ser sentido no crescimento das favelas; na precariedade das escolas públicas; e nos corredores dos hospitais.

Assim sendo, o que se percebe no Brasil é um processo de marginalização e exclusão social crescente, de que com diferentes modos de expressão, caracterizado pela privação de direitos sociais.

¹⁰² GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 245

Este cenário representa uma situação intolerável do ponto de vista da igualdade Dworkina, na medida em que trata cidadãos como merecedores de mais ou menos consideração por parte do Estado.

Sem embargo, o caso brasileiro demonstra que os problemas normativos, de ordem constitucional, são secundários, se considerarmos as gravíssimas questões de poder político e de planejamento.

Não obstante, se o orçamento público, que será objeto de análise posterior, não atende aos preceitos da Constituição, é imprescindível a intervenção dos demais poderes e do controle social.

4 RESPONSABILIDADE POLÍTICA E A ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Sendo este o último capítulo deste trabalho, nele serão discutidos, com base em tudo que foi desenvolvido até aqui, verdadeiros dilemas da atualidade, que envolvem não só a compatibilização do *Welfare State* com cenário de crise e recessão sentido em diversas partes do globo, como também o papel do Estado, em suas diferentes esferas e funções.

Enfim, será desenvolvido o raciocínio sobre em que medida as ideias de Dworkin, acerca da igualdade de recursos, podem contribuir para que a sociedade brasileira seja mais justa e igualitária, em matéria de direitos sociais e políticas públicas.

4.1 O CUSTO DOS DIREITOS E A CRISE DO ESTADO SOCIAL

Como já mencionado anteriormente, os direitos fundamentais são comumente divididos em direitos positivos e direitos negativos, ou seja, direitos de defesa e direitos de cunho prestacional, conforme a natureza do respectivo dever jurídico.

Não obstante, em uma análise mais abrangente, é possível concluir que até mesmo os direitos individuais demandam, em certa medida, posturas ativas de seus destinatários.

Veja-se, por exemplo, a política de cotas, no mercado de trabalho, para pessoas com deficiência. Seria possível assegurar a igualdade material a um cadeirante, em uma determinada relação de emprego, sem qualquer investimento em acessibilidade?

Ora, todos os direitos, em maior ou menor grau, possuem um “custo”, pois envolvem o dispêndio de recursos financeiros, sejam eles sociais ou individuais.

Desta feita, incorreto o argumento segundo o qual a incidência de direitos sociais prestacionais não se mostraria viável, pois ao contrário dos direitos de *status* negativo, que consubstanciarium uma “obrigação de não fazer”, estes, por natureza, demandariam custos, o que oneraria demasiadamente os particulares.

Isso não significa que não existam diferenças relevantes, ou mesmo que a quantidade de recursos para satisfaçam desses direitos seja a mesma. Neste

sentido, a pertinente constatação de Virgílio Afonso da Silva¹⁰³:

Não parece ser difícil perceber a diferença que há - em termos de alocação de recursos públicos - entre decisões judiciais que visem a garantir ou a realizar um direito civil ou político, de um lado, e decisões que visem a realizar ou a garantir um direito social ou econômico de outro. Usando um exemplo do estudo de caso a ser exposto brevemente a seguir, basta comparar os custos decorrentes de decisões que obriguem o Estado a pagar remédios para o tratamento de pacientes portadores de HIV com decisões que obriguem o Estado a não interferir na liberdade de expressão ou de associação de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. Pagar remédios, construir hospitais, construir escolas ou construir casas custa, sim, mais dinheiro do que exigir uma abstenção estatal, sobretudo se partirmos do pressuposto de que os gastos institucionais devem ser divididos por igual na conta comum de todos os direitos.

Sem embargo, a concretização de direitos depende de escolhas fundamentais de uma sociedade, que entendendo relevante a proteção de certos valores, em um dado momento histórico, decide alocar recursos para proteção dos mesmos, não se podendo reduzir o direito à economia.

Com efeito, embora inegável a importância de uma análise micro e macroeconômica quando da efetivação de direitos prestacionais, não se pode usar a retórica da escassez como “desculpa” para, simplesmente, aniquilar qualquer efeito desses direitos fundamentais, como, por exemplo, sustenta, Galdino¹⁰⁴:

[...] os custos devem integrar o conceito de direito fundamental. Se o custo condiciona todos os direitos fundamentais e, além disso, é elemento vital nas operações de aplicação do Direito, parece razoável a conclusão de que eles serão mais úteis integrando o próprio conceito de direito fundamental. Sob o ponto de vista prático, essa integração otimiza a atividade jurídica, em especial a judiciária. Deste modo, antes de se afirmar que uma pessoa determinada possui um direito fundamental determinado, há que se analisar os custos desse direito e, somente diante da confirmação de que há possibilidades reais de atendimento ao ainda então invocado direito, reconhecer-se-á o mesmo como direito fundamental. [...] Deste modo, só se reconhecerá um alegado direito como fundamental, quanto dentre outras condições, houver possibilidade real de torna-lo efetivo, ou seja, quando a análise dos respectivos custos autorizar o reconhecimento de direito em questão.

¹⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599. p. 593.

¹⁰⁴ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 341/343.

Assim sendo, mesmo a escassez de recursos para satisfação integral das necessidades humanas, não pode servir de desculpa para que se deixe de assegurar o mínimo existencial a todos àqueles que se encontram em situações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana, nem que para a efetivação de tais direitos seja preciso uma realocação dos riscos sociais.

O que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar com aquele mesmo “direito”. A compreensão dos custos como meios de promoção dos direitos, e a observação empírica de que tais meios são insuficientes para atender a todas as demandas, leva necessariamente à conclusão de que não é propriamente a “exaustão da capacidade orçamentária” que impede a realização de um determinado direito subjetivo fundamental (embora isso também seja possível). O referido argumento usualmente presta-se a encobrir as trágicas escolhas que tenham deixado de fora do universo do possível a tutela de um determinado bem invocado na qualidade de “direito” fundamental.¹⁰⁵

No caso brasileiro, verifica-se que, levando em consideração o princípio da solidariedade, o próprio constituinte originário indicou que os direitos sociais devem ser custeados por todos, em especial através da arrecadação tributária.

Quanto à eficácia do princípio da solidariedade, enquanto norma jurídica, ressalta Moraes¹⁰⁶ que:

[...] a expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade.

Todavia, em função do individualismo contemporâneo, muito presente na vida em sociedade, os objetivos constitucionais se tornam cada vez mais difíceis de serem alcançados; o que gera, como consequência, a proliferação da exclusão social. Neste sentido, a crítica feita por Canotilho¹⁰⁷:

É, porém, o peso ideológico, do proprietarismo individualista que ainda hoje intervém quando, perante a necessidade de fazer vigorar

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 235.

¹⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os princípios na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 167-190, 2001. p. 169.

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 592.

nas relações privadas os princípios e normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais (o direito civil seria assim, e cada vez mais, um direito constitucional concretizado), se reage emocionalmente, denunciando as metástases <<cancerígenas>> do direito constitucional no âmbito do ordenamento civil, se invoca a perversão do direito civil, da autonomia privada e a do livre desenvolvimento da personalidade, perante a <<coação>> feita nas relações privadas pelas normas constitucionalmente referentes a direitos fundamentais.

Neste contexto, a propagação da ideia de solidariedade pode representar o início de um movimento de transformação efetiva da sociedade, na qual a mesma, direcionada pelo referido valor, passará a ter uma postura mais ativa na superação das desigualdades, e injustiças sociais.

Ora, é curioso observar que apesar do lema da revolução francesa, que conjuga liberdade, igualdade e fraternidade, ser constantemente invocado quando se trata de direitos humanos e direitos fundamentais, esses vetores dos direitos fundamentais sequer dialogam na prática.

Desta feita, se houvesse maior ênfase no princípio da solidariedade e na fraternidade, os custos financeiros dos direitos fundamentais seriam vistos de outra forma.

[...] não se pode desconhecer que o desenvolvimento histórico do Estado Social reconhece, portanto, a responsabilidade coletiva (=solidariedade) em relação ao bem-estar das pessoas, capacitadas ou incapacitadas, considerando que ninguém é completamente auto-suficiente. Sente-se a necessidade de subministrar um nível razoável de segurança para que as pessoas possam sentir-se apoiadas, não totalmente entregues à lógica do individualismo e da competitividade e aos riscos do mercado.¹⁰⁸

Não se pode desconsiderar, todavia, a necessidade de uma rigorosa disciplina fiscal, por parte do Estado, pois ainda que o *Welfare State* seja um importante remédio para o individualismo capitalista, difundido pelo liberalismo clássico, é comum verificarmos situações em que as despesas públicas crescem em uma velocidade maior do que as receitas, comprometendo intervenções em áreas sensíveis.

Neste sentido, é que foi ganhando força, no Brasil e no mundo, desde a década de 70, o que se convencionou como sendo a “crise do Estado de Bem Estar

¹⁰⁸ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Fortaleza, v. 26, p. 171-184, jan./jun. 2007. p. 179

Social”, levando alguns a decretar, de maneira precipitada, o fim do Estado Social.

Contemporaneamente, os direitos sociais básicos, uma vez desatendidos, se tornam os grandes desestabilizadores das Constituições. Tal acontece sobretudo nos países de economia frágil, sempre em crise. Volvidos para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da ordem social, esses direitos se inserem numa esfera de luta, controvérsia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime. Alojados na própria Constituição concorrem materialmente para fazê-la dinâmica, sujeitando-a ao mesmo passo a graves e periódicas crises de instabilidade, que afetam o Estado, o governo, a cidadania e as instituições.¹⁰⁹

Não obstante, ainda que deva ser tratado o problema do déficit público, parece muito mais razoável cuidar da questão a partir de uma perspectiva de responsabilidade fiscal, do que, simplesmente, eliminar, sistematicamente, conquistas sociais importantes. A esse respeito, cite-se:

Os sucessivos *déficits* orçamentários, as exacerbadas subvenções ao capital privado e o volume de receitas incompatíveis com as despesas a serem despendidas, dentre outros fatores, conduziram à crise do Estado de Bem-estar Social a partir dos anos 70. Atualmente, desenham-se modelos de superação da crise do Welfare State. Para o discurso conservador, o neoliberalismo tem sido a alternativa. Redução dos gastos sociais e redução de intervenção estatal na ordem econômica compõe algumas das características desse Estado Mínimo. Para outros, a alternativa estaria fundada na redução dos excessos provenientes duma época em que a doutrina Keynesiana dominava a política econômica e fiscal dos Estados. Na formação dessa nova concepção fiscal, retoma-se a preocupação com a compatibilização entre receitas e despesas, inaugurando um modelo em que a saúde financeira do Estado é mantida por suas próprias fontes. A Lei de Responsabilidade Fiscal reforçaria essa perspectiva.

Do ponto de vista dos investimentos sociais, parece-nos que a melhor interpretação é aquela que procura redirecionar os gastos públicos para os setores mais carentes de cidadania. A própria Constituição Federal de 1988, numa interpretação calcada na vedação do retrocesso, desautoriza a interpretação que propõe a redução dos gastos sociais. Contrariamente, os gastos sociais devem ser empregados em maior volume e de forma mais racional.¹¹⁰

Assim sendo, a mencionada equação entre custos e benefícios sociais deve se equilibrar, motivo pelo qual a sustentabilidade das políticas sociais deve ter prioridade sobre eventuais expansionismos populistas.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 393

¹¹⁰ SEGUNDO, Rinaldo. **Breves Considerações sobre o Orçamento Público**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4505>. Acesso em: 03.06.2017.

4.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E AS PEÇAS ORÇAMENTÁRIAS

Apesar da Constituição Federal de 1988 ser detalhista em matéria de orçamentária, na prática, as peças orçamentárias acabam por se distanciarem dos princípios que deveriam lhe orientar.

Nesse sentido, também a visão de Ricardo Lobo:

Se interpretada corretamente, poderá conduzir ao equilíbrio orçamentário, ao desmonte do patrimonialismo e do cartorialismo – com a derrubada generalizada dos incentivos fiscais, - à transparência dos gastos e à moralidade no emprego do dinheiro público. Se se abrir à leitura intervencionista e estatizante, conduzirá a uma prática orçamentária cada vez mais afastada das linhas mestras da atividade financeira hodierna.¹¹¹

Tanto é assim que, embora aberto a participação popular, tornou-se comum vislumbrar, nesta peça de natureza jurídica, um verdadeiro “loteamento” de recursos públicos, em função de objetivos privados.

Sem embargo, é de se destacar a importância do orçamento público, que contém a previsão de receitas e a autorização das despesas, conforme clássica definição de Aliomar Baleeiro:

Nos Estados democráticos, o orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.¹¹²

Todavia, com a evolução do próprio Estado, e conseqüente aumento de sua interação com a economia e os problemas sociais, o orçamento passou a ser considerado um instrumento de política pública, razão pela qual, em sua versão moderna, assumiu um papel orientador da sociedade, contemplando aspectos democráticos participativos. A esse respeito, cite-se:

Poderia dizer-se que adquiriu uma condição dinâmica de que antes carecia, pois em sua concepção tradicional o orçamento equilibrado não era forçosamente neutro em suas repercussões sobre a econômica; a diferença sedia-se no que o efeito outrora admitido é,

¹¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 6.

¹¹² BALEEIRO, Aliomar. **Ciência das finanças e direito financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 411.

agora, deliberado, intencional, de modo tal que passou a ser instrumento mediante o qual o Estado atua sobre a economia.¹¹³

Desta feita, mais do que prever receitas e autorizar despesas, o orçamento, politicamente elaborado pelo legislativo, para ser cumprido pelo executivo, deve, de acordo com a Constituição, ser compatibilizado com os ditames da justiça social.

Neste aspecto, parece pertinente a observação de Dworkin quanto a ausência de neutralidade do Estado, que parece ainda mais verdadeira quando pensamos na Lei orçamentária:

[...] a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muita das leis promulgadas em sua comunidade não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos, mas suas leis de previdência social, fiscais de direitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais.¹¹⁴

Entretanto, mesmo com toda a compreensão moderna, a respeito da função primordial desempenhada pelo orçamento, ainda que muitos repasses sejam obrigatórios, observa-se que, na prática, referido instrumento não dialoga com as demandas sociais a respeito de políticas públicas, possuindo um caráter fortemente autoritário.

Assim sendo, apesar de, formalmente, existir um espaço para o exercício da cidadania e da soberania popular, em relação ao acompanhamento da elaboração e execução orçamentária, a falta de hábito da população em geral, causa uma dicotomia entre a retórica dos direitos sociais e o modo como os mesmos são tratados efetivamente.

Não obstante, sempre há tempo para o engajamento dos cidadãos quanto aos assuntos orçamentários do país, pois só assim a classe política se movimentara para alterar as práxis adotadas atualmente, ajustando a destinação de recursos para áreas mais sensíveis e alterando o *status quo*.

Em complemento, a visão ideal de Ricardo Lobo¹¹⁵:

A vida financeira e orçamentária do País deve se ajustar ao culto da justiça e dos direitos humanos. Com efeito, duas idéias básicas, de conteúdo ético e jurídico, passam a orientar a humanidade na virada do século e do milênio: a da supremacia dos direitos fundamentais e a da busca da justiça. O constitucionalismo hodierno não tem por

¹¹³ OLIVEIRA, Régis Fernandes, HORVARTH, Estevão. **Manual de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 96.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX.

¹¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. op. cit., p. 387.

missão apenas garantir uma ordem financeira equilibrada, senão que se orienta no sentido de obtê-la e sustentá-la com vista à defesa dos direitos humanos e à procura de justiça material. E não há sustentação dos direitos fundamentais se não se respeitam as condições da liberdade, ou seja, se não se garantem os condições mínimas de sobrevivência digna para todos os cidadãos.

Outrossim, recentemente, a partir da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 55, passou a vigorar no Brasil um “teto” impondo um limite aos gastos primários da União, cujo somatório corresponderá àqueles efetivamente ocorridos no ano anterior, corrigidos pela inflação medida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

Desta feita, é possível que despesas, associadas a alguma rubrica específica, possam subir acima do mencionado índice, desde que outras tenham um crescimento mais lento, uma vez que a limitação se aplica ao agregado das despesas da União.

Importante esclarecer que alguns gastos não estão dentro desse limite, principalmente os decorrentes de algumas transferências constitucionais da União para Estados e municípios; bem como com educação e saúde, que devem crescer, no mínimo, ao mesmo ritmo da inflação.

Quanto ao tema, é preciso compreender que, independentemente de qualquer questão ideológica, de preferência pelo modelo econômico keynesiano ou neoliberal, o déficit público está longe de ser uma “virtude”, principalmente quando chega a níveis insustentáveis.

Com efeito, até mesmo para se evitar o endividamento crônico do Estado, é que existe todo um arcabouço jurídico de mecanismos de controle, como a Lei de Diretrizes Orçamentárias, o Plano Plurianual e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

O orçamento é uma lei editada anualmente, contendo a estimativa de receita e a autorização para realização dos gastos públicos. É no orçamento que se tomam as decisões fundamentais – acerca de investimentos, obras públicas, projetos sociais – e se fazem escolhas trágicas acerca da alocação de recursos escassos. É nele que se materializam as escolhas éticas e políticas de uma sociedade. Quanto vai ser gasto com educação, saúde, pesquisa científica, infraestrutura, publicidade institucional. Estranhamente, o orçamento público no Brasil é tratado com grande indiferença pela sociedade e pelos formadores de opinião. É ruim que seja assim. A transparência na elaboração e na execução do orçamento são instrumentos fundamentais para que uma democracia possa funcionar adequadamente. Nos últimos anos, foi vitoriosa no Brasil a cultura de que o equilíbrio fiscal não tem ideologia. Adquirida esta consciência,

resta agora dar o passo seguinte: fazer do orçamento uma instância política decisiva. Isso significa dar visibilidade à sua elaboração – com o debate público adequado acerca das prioridades adotadas na alocação de recursos – e à sua execução, que deverá ser acompanhada por controles jurídicos e sociais adequados.¹¹⁶

Na realidade, mesmo as ideias de Keynes tem como pressuposto uma política fiscal equilibrada, sem a qual se torna simplesmente impossível o emprego de uma política anticíclica de estímulo econômico.

[...] Keynes sempre esteve alerta ao efeito da política sobre a psicologia dos negócios. Compreendia que um excesso de gastos públicos minaria a confiança em relação à política e provocaria problemas de fundos para o governo, o que poria em risco o objetivo de manter baixas as taxas de juros reais a longo prazo. [...] Ele compreendia que se as finanças públicas fossem consideradas pouco sólidas, não poderiam alcançar o verdadeiro propósito keynesiano, pois agentes precavidos tomariam medidas para se proteger contra os ricos de o repúdio ou da monetização da dívida pública. No entanto, ele nunca explicou quanto dos gastos da comunidade poderia ser, com segurança ou eficiência, deixado a cargo do Estado numa sociedade livre.¹¹⁷

Assim, não se deve confundir o significado das expressões “gasto público” e “déficit público”, na teoria Keynesiana. Neste sentido, a Lição de Carvalho:

De qualquer forma a política fiscal proposta por Keynes se desenhava em termos de gastos públicos e não de déficits fiscais. Estes eram instrumentos de último recurso, a serem utilizados se e quando os mecanismos mais adequados falhassem na sustentação da demanda agregada.¹¹⁸

O que distingue, portanto, o Keynesianismo, de uma política neoliberal, nos moldes imaginados por Hayek, não é o controle dos gastos públicos, mas sim o que fazer a partir do saneamento fiscal estatal.

A este respeito, pertinente os esclarecimentos de Oreiro:

Uma política macroeconômica keynesiana não objetiva colocar a trajetória da dívida pública numa rota de solvência para tão - somente sinalizar aos investidores de portfólio, externos e domésticos, que o Brasil é um país seguro. Isto é tão óbvio quanto pouco. O objetivo é muito maior: Recuperar a capacidade do governo de realizar políticas de gastos fiscais contracíclicas para tornar viável

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A Vida, o Direito e Algumas Ideias para o Brasil**. Ed. Migalhas, 2016, p. 204.

¹¹⁷ SKIDELSKY, Robert. **Keynes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1999. p. 141-142

¹¹⁸ CARVALHO, Fernando Cardim. Equilíbrio fiscal e política econômica keynesiana. **Revista Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 26, n. 50, p. 7-25, setembro de 2008, p. 24.

a construção de um contexto macroeconômico de crescimento em busca do pleno emprego. Considera-se, em uma estratégia dessa natureza, que um contexto de crescimento com estabilidade de preços é um robusto fundamento (tão ou mais importante que a simples retomada do controle sobre as finanças públicas), que transmite segurança e estimula decisões domésticas de investimento em capital fixo, assim como atrai investimentos diretos do exterior. Portanto, o crescimento em busca do pleno emprego é a meta, e um dos instrumentos básicos para o seu alcance é a política fiscal de gastos. A sustentabilidade da dívida pública é, dessa forma, apenas uma das condições necessárias para a viabilização de política, já que possibilita a utilização do instrumento de política fiscal de gastos. Logo, a redução de déficits nominais e, conseqüentemente, a redução da relação dívida pública/PIB não são metas finais.¹¹⁹

Logo, por mais paradoxal que possa parecer, o ajuste fiscal brasileiro tende a contribuir para o País sair da recessão pela própria teoria keynesiana, em especial pela preferência à liquidez que decorre justamente do aumento de incerteza quanto à solvência do Estado.

Nesse caso, as expectativas privadas passam a se orientar pelas suposições acerca da evolução da “crise financeira do Estado”. O fato relevante será a avaliação dos detentores de riqueza e dos controladores do crédito sobre os rumos da política fiscal e do endividamento público, que podem ser considerados insustentáveis em algum momento. A desconfiança privada atinge a fundo a soberania estatal, comprometendo a legitimidade do Estado como gestor da moeda e da dívida pública.¹²⁰

É preciso conter a trajetória de insolvência do governo, em todos os seus níveis, ou, em pouco tempo, não haverá mais recursos para o pagamento de despesas básicas, como a folha do funcionalismo, trazendo conseqüências ainda mais gravosas a políticas sociais. Cumpre observar que a referida insolvência já é, inclusive, uma realidade em alguns Estados da Federação, que declararam “calamidade financeira”.

Em realidade, o Estado brasileiro se encontra inserido, há décadas, em uma espécie de “circulo vicioso”, onde os juros da dívida só aumentam, em termos reais, já que o governo precisa, mais e mais, tomar dinheiro emprestado para financiar

¹¹⁹ OREIRO, J.L.; SICSÚ, J.; DE PAULA, L. F. Controle da Dívida Pública e Política Fiscal: Uma Alternativa para um Crescimento Auto-Sustentado da Economia Brasileira. In: SICSÚ, J.; OREIRO, J. L.; DE PAULA, L. F. **Agenda Brasil: Políticas Econômicas para o Crescimento com Estabilidade de Preços**. Barueri: Konrad Adenauer, 2003, p. 128

¹²⁰ BELLUZZO, Luiz Gonzaga; ALMEIDA, Júlio Sérgio G. **Depois da Queda: A economia brasileira da crise da dívida aos impasses do Real**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 79

suas atividades, necessitando elevar a carga tributária para fazer frente a tais encargos, para “rolagem da dívida”.

Portanto, embora a referida emenda constitucional seja discutível, em especial pelo tempo em que o referido “teto” vigorará, a existência de um limite aos gastos públicos não representa um ataque às políticas sociais, mas sim a defesa da sustentabilidade de programas do governo.

4.3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

O tema da judicialização da política tem gerado grandes debates, principalmente pela controvérsia a respeito da legitimidade democrática das decisões judiciais, em relação às proposições do poder Legislativo e Executivo, eleitos democraticamente, em especial, nos casos de controle de constitucionalidade.

Neste sentido, o termo judicialização pode ser compreendido tanto como um aumento da abrangência da jurisdição, como de seus princípios, para questões políticas.

A esse respeito, cite-se:

Assim a Judicialização da Política pode significar normalmente ou: 1) A expansão da jurisdição das Cortes ou dos Juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios, ou do serviço civil das Cortes ou, ao menos, 2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada.¹²¹

Sem embargo, necessário distinguir a fenômeno da judicialização do chamado ativismo judicial, pois enquanto o primeiro é contingencial, o segundo reflete um desvio em relação as limitações impostas pelo direito positivo.

Quanto à judicialização, pode se dizer que a mesma:

[...] consiste no resultado de um processo histórico, típico do constitucionalismo democrático, que tem por base, notadamente, múltiplos fatores, tais como a centralidade da Constituição e sua força normativa, associada a aspectos como o caráter principiológico,

¹²¹ TATE, C. N. VALLINDER, T. e global expansion of Judicial Power. New York: **New York University Press**, 1997, p. 13. A Judicialização da Política é marcada por dois processos distintos. (apud. VIEIRA. Op. Cit., página 52). VIEIRA, José Ribas (coord.), et. al., I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 20 de junho de 2009, Anais... ISSN 1984-9796. Linha de Pesquisa: Ativismo Judicial e Judicialização da Política. Página 51.

a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais [...]. Sua principal característica reside, portanto, num protagonismo do Judiciário, resultante de uma confluência de fatores que conduzem a uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais (tradicionalmente reservadas à esfera política e deliberativa) a esse Poder, fazendo com que o direito seja, cada vez mais, um direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados.¹²²

De outro lado, o ativismo é caracterizado, nas palavras de Elival da Silva Ramos, como:

[...] à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, além mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.¹²³

Causando, segundo o autor:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.¹²⁴

Outrossim, entre aqueles que rivalizam de maneira mais radical em relação a adoção de posturas ativistas pelo Poder Judiciário, está o autor clássico, norte americano, John Hart Ely, que sustenta que, em uma democracia representativa, as escolhas substantivas devem ser feitas pelos representantes eleitos e não por juízes indicados, razão pela qual o controle de constitucionalidade deveria se restringir às hipóteses em que há clara obstrução do processo democrático, em função dos riscos de um interpretacionismo ilimitado¹²⁵.

Todavia, em que pese toda a crítica em relação a certas posturas ativistas, Dworkin sustenta a possibilidade de interferências do Poder Judiciário, nas decisões dos demais poderes, pelo fato de que, mesmo não compartilhando, aparentemente,

¹²² LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal**: fundamentos teóricos e análise crítica. Curitiba: Multideia, 2014. p. 26.

¹²³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116/117.

¹²⁴ *Ibidem*. p. 129.

¹²⁵ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 102.

da mesma legitimidade democrática, este órgão foi escolhido, através de uma decisão fundamental da sociedade, para funcionar como “fórum de princípios”¹²⁶, até mesmo em razão da noção contra majoritária que atribui aos direitos fundamentais.

Assim sendo, o Judiciário estaria legitimado a interferir na política quando o fizesse em nome de algum princípio que esteja em consonância com o substrato moral da comunidade política, em que estivesse inserido o órgão judicante, consubstanciado em um conjunto de valores políticos materializados na Constituição, nas Leis e na jurisprudência, compondo aquilo que Dworkin chama de integridade.

[...] a integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos¹²⁷

Como se vê, o juiz deve resolver o conflito de uma forma constitucionalmente adequada e não com base em convicções subjetivas, de acordo com seus próprios valores pessoais e ideológicos.

Isso não significa, evidentemente, que o fenômeno da judicialização, por si só, não possua problemas, até porque muitas questões políticas, também são questões jurídicas, já que um único dispositivo constitucional pode trazer consigo questionamentos que extrapolam o debate meramente positivista, os quais somente podem ser dirimidos por meio de uma argumentação racional, de aspectos bem mais abrangentes.

E, a despeito da inexistência de fórmula lógica para o problema do ativismo, é evidente que a interpretação constitucional não deve ter o condão de criar um direito que a não decorra direta e automaticamente da leitura do dispositivo, sob pena, aí sim, de se imiscuir na função legislativa.

Tampouco será possível, como pretende Paulo Bonavides, traçar uma linha imaginária e de um lado colocar as questões políticas e do outro as demais. É tão claro que elas se misturam de uma maneira tão intrincada que talvez não exista uma questão puramente jurisprudencial na Corte Constitucional.

Assim, restará o apelo à fundamentação e à razoabilidade da motivação, a inspirar a decisão para que decorra diretamente do texto constitucional, não vertendo em inovação legislativa presente apenas no imaginário dos julgadores¹²⁸

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 202.

¹²⁸ BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir; DIAS, Jefferson Aparecido. **Jurisdição civil, ativismo**

Todavia, ainda que se trate de uma intervenção necessária, toda ingerência de um poder sobre o outro, mesmo em um sistema de freios e contrapesos, deve ser feita com critério e discernimento. A esse respeito, a pertinente observação de Maria Paula:

[...] efeito indesejado que pode decorrer desse fato é o deslocamento (e desorganização) do processo de seleção de prioridades e reserva de meios, cerne da construção de qualquer política pública, dos Poderes Executivo e Legislativo, onde se elabora o planejamento e se define, como consequência, o orçamento público, segundo uma ótica global, para o contexto isolado de cada demanda judicial, cuja perspectiva, mesmo nas ações coletivas, é do indivíduo ou grupo de indivíduos (ou talvez de uma comunidade, mas nunca ou quase nunca com a mesma abrangência das leis orçamentárias, de âmbito municipal, estadual ou federal).¹²⁹

Daí o porque da necessidade do Poder Judiciário se preocupar com o conteúdo de decisões que, por mais que, aparentemente, estejam fundamentadas em um argumento de princípio, não podem ser universalizadas e, ao final, acabam por tratar cidadãos, que estão na mesma posição, de forma diferente. Quanto ao tema, a crítica de Streck¹³⁰, sobre esse tipo de decisão:

Desculpem-me a chatice epistêmica. Todo tempo tenho de escrever coisas antipáticas. Mas o Judiciário deveria ter mais cuidado ao decidir. Dizer “não” também pode ser uma decisão correta. Não dá para conceder metade da herança para a amante com base na afetividade, como decidiu um tribunal da federação. Também não dá para conceder um ou dois meses a mais de auxílio maternidade para a mãe na hipótese de mais filhos. E nem ao pai. A menos que isso tudo possa ser concedido a qualquer mãe ou pai e não apenas a uma mãe ou a um pai funcionários públicos. Quem paga os impostos são as mães que não tem esse direito. Como quem paga os impostos que sustentarão os seis meses do pai dos gêmeos também são os outros pais de múltiplos que não são funcionários públicos.

Com efeito, o judiciário também possui uma responsabilidade política, devendo, no Estado Democrático de Direito, atuar em complementariedade com os demais poderes constituídos, pois se todas as esferas do Estado se guiarem pela integridade Dworkiana, tratando os cidadãos com igual respeito e igual

e ordem econômica. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. v. 1. p. 159/160.

¹²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de política pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org).

Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 33/36

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Todos os brasileiros pais de gêmeos ganharão 180 dias de licença?** Consultor Jurídico – Conjur, São Leopoldo/RS, 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-04/senso-incomum-todos-brasileiros-pais-gemeos-ganharao-180-dias-licenca>. Acesso em: 03.06.2017.

consideração, será muito mais fácil e coerente a prestação de contas com a sociedade.

Assim sendo, se por um lado o poder Judiciário não deve ser omissivo em relação a questões sensíveis da política nacional, de outro deve se auto restringir para que suas próprias preferências não esvaziem o espaço de debate público e de órgãos representativos da soberania popular.

Desta feita, embora os pontos de contato sejam muitos, é possível que a harmonização dos três poderes, não seja apenas teórica, bastando que se entenda a própria diversidade dos direitos e valores positivados no texto constitucional, provocou um novo arranjo institucional. Neste sentido, também a visão de Lenio Streck¹³¹:

Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa da legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.

Portanto, devido a natureza normativa do texto constitucional, o juiz de direito possui um mandato constitucional de proteção dos direitos fundamentais, que lhe serve tanto para interpretar e aplicar legislação infraconstitucional, bem como, caso a referida norma não exista, ponderar diretamente os direitos fundamentais que estejam em rota colisão, evitando retrocessos, tanto quanto possível.

4.4 DWORKIN E O ESTADO BRASILEIRO

Considerando o nível de desenvolvimento dos Estados Unidos da América,

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (Org.). **A constitucionalização do direito**: a constituição como lócus da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 6.

comparativamente ao Brasil, bem como os respectivos contextos históricos e culturais, percebe-se que, para que seja possível aplicar a doutrina política igualitária, de Ronald Dworkin, à realidade brasileira, é preciso, inicialmente, reconhecer a existência de grandes diferenças entre o cenário norte-americano e o brasileiro, o que justifica certas adaptações no processo de recepção desse arcabouço teórico.

Com efeito, embora seja possível identificar problemas em ambas as sociedades, é inegável que o Brasil é um país onde grande parte da população não tem acesso a recursos básicos, marcado pela exclusão social, em que pese o direito à igualdade, e, portanto, o dever do Estado de tratar a todos com igual respeito e consideração estar, formalmente, reconhecido pela Constituição Federal, não podendo ser ignorada essa cultura de “naturalização” das desigualdades na aplicação do liberalismo igualitário.

Quanto as peculiaridades que devem ser reconhecidas entre o Estado Social nos países desenvolvidos e subdesenvolvidos, a lição de Bonavides¹³²:

O estado social é uma coisa na Europa; outra bem diferente na América Latina. Ali é possível sobreviver incólume às adversidades da globalização e do neoliberalismo; aqui essa possibilidade quase não existe: a crise é maior que o Estado, que o Governo, que a governabilidade.

Importante mencionar, entretanto, que em relação ao modelo econômico, a teoria Dworkiana considera a existência do um mercado, a partir de uma sociedade livre, que adota o capitalismo, como uma condição necessária para o desenvolvimento do seu liberalismo igualitário, sendo a livre iniciativa e a valorização do trabalho, valores que podem ser conciliados, tal como liberdade e igualdade na teoria da igualdade de recursos.

Outrossim, conforme já mencionado, a teoria de Dworkin está alicerçada no princípio da responsabilidade individual, sem prejuízo da valorização da pessoa humana, buscando conciliar a igualdade e a liberdade, como valores políticos, sendo uma exigência do princípio igualitário abstrato que as pessoas experimentem as consequências de suas próprias escolhas individuais. Sobre o referido tema, cumpre mencionar:

¹³² BONAVIDES, Paulo. **Teoria da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legitimidade, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 172

A igualdade de recursos [...] oferece uma definição de igualdade distributiva imediata e obviamente sensível ao caráter especial e à importância da liberdade. Ela faz com que a distribuição igualitária não dependa exclusivamente dos resultados que possam ser avaliados de maneira direta, como preferência-satisfação, mas em um processo de decisões coordenados no qual as pessoas que assumem responsabilidades por suas próprias aspirações e projetos, e que aceitam como parte dessa responsabilidade que pertencem a uma comunidade de iguais considerações, possam identificar os verdadeiros preços de seus planos para as outras pessoas e, assim, elaborar e reelaborar esses planos de modo que utilizem somente sua justa parcela dos recursos em princípio disponível para todos. Se uma sociedade real vai aproximar-se da igualdade de recursos depende, então, da adequação do processo de discussão e escolha que oferece a essa finalidade. É necessário um grau substancial de liberdade para que tal processo seja adequado, pois o verdadeiro preço para outrem de uma pessoa ter algum recurso ou oportunidade só pode ser descoberto quando as aspirações e as convicções das pessoas são autênticas e suas opções e decisões bem-adaptadas a essas aspirações e convicções. Nada disso é possível sem ampla liberdade. Portanto, a liberdade é necessária à igualdade, segundo essa concepção de igualdade, não na duvidosa e frágil hipótese de que realmente as pessoas dão mais valor às liberdades importantes do que aos outros recursos, mas porque a liberdade, quer as pessoas lhe deem ou não mais valor do que a todo o resto, é essencial a qualquer processo no qual a igualdade seja definida e garantida. Isso não transforma a liberdade em instrumento da igualdade distributiva mais do que este em instrumento da liberdade: as ideias, pelo contrário, se fundem em uma tese mais completa sobre quando a lei que governa a distribuição e o uso dos recursos trata a todos com igual consideração.¹³³

Desta feita, em que pese a diversidade dos direitos sociais que se encontram positivados na Constituição Federal, a teoria da igualdade de recursos pode servir de fundamento teórico para diversas práticas distributivas, tendo em vista a vinculação do princípio da solidariedade com o ideal liberal participativo da tese dworkiana.

Neste sentido, a previdência social, por exemplo, possui traços que em muito se assemelham a ideia de Dworkin de seguro hipotético, atenuando as desigualdades fáticas provocadas pela perda da capacidade laborativa, possuindo tanto uma perspectiva individual como coletiva, ainda que as contribuições sejam obrigatórias.

O mesmo pode ser dito quanto aos programas governamentais de distribuição de renda, como é o caso do “bolsa família”, cujo propósito é o de elevar a renda

¹³³ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 160.

familiar a patamares compatíveis com a dignidade da pessoa humana, minimizando incapacidades que dificultam a inserção na vida comunitária, mesmo que sejam criticáveis, do ponto de vista liberal, as tentativas de uso eleitoral desse tipo de iniciativa, com a conseqüente redução desta política pública a um mero assistencialismo, o que vai de encontro com a ideia de emancipação social.

Já na questão envolvendo o fornecimento de medicamentos de alto custo, Dworkin, analisando o sistema de saúde norte-americano, entende que dever haver limitações para os chamados tratamentos dispendiosos, optando pelo modelo do seguro prudente, em detrimento do modelo do resgate. Desta forma, destaca o referido autor:

Se substituíssemos o princípio do resgate pela abordagem do seguro prudente como nosso ideal de justiça abstrata na assistência médica, aceitaríamos, portanto, certos limites na cobertura universal, e não os aceitaríamos como transigências da justiça, mas como exigidos por ela.¹³⁴

Isso porque, enquanto o princípio do resgate pressupõe o custeio de qualquer tratamento médico, por mais remota que seja a probabilidade de sua eficácia, o princípio do seguro prudente coloca em perspectiva o valor estimado do mesmo, com outros bens e riscos sociais; como educação, moradia e previdência, de modo que a política governamental leve em consideração prestações que tenham uma utilidade mais evidente, garantindo o mínimo em todas as áreas, sem onerar demasiadamente a capacidade econômica dos cidadãos, os quais devem assumir a responsabilidade por seus próprios destinos.¹³⁵

Assim sendo, embora Dworkin rejeite o utilitarismo como único vetor de racionalidade, considera compressível que qualquer política na área de saúde tenha como objetivo atender ao maior número de cidadãos possíveis (universalização), inexistindo um dever do Estado de arcar com os custos de tratamentos caríssimos.

Todavia, é preciso salientar que, para chegar à referida conclusão, Dworkin parte de cenário muito maior, pressupondo a existência de um sistema de taxaço redistributiva e um nível de desigualdade não muito acentuado.

A esse respeito, afirmou Dworkin, ao ser perguntado sobre o modelo do seguro-prudente, em entrevista:

Suponha que um sistema justo de seguro estivesse de fato em funcionamento como um serviço de saúde com financiador único.

¹³⁴ *Ibidem*,. p. 444.

¹³⁵ *Ibidem*,. p. 446.

Suponha também que o tipo de taxaço redistributiva que eu recomendo estivesse em vigor, de modo que as enormes desigualdades de riquezas que hoje estragam nossas sociedades tivessem sido eliminadas. Por que não deveríamos permitir que as pessoas gastassem seu excedente como quisessem? Algumas em casas maiores, outras em férias, outras com mais seguro-saúde. Assim, minha sugestão parece melhor quando vista como parte de um sistema geral da justiça distributiva. Há outras vantagens a todos, além daquelas que descrevo¹³⁶.

Desta feita, a realidade é que, dada a miserabilidade de grande parcela da população brasileira, um enorme contingente de pessoas não possui condições reais mínimas de fazerem escolhas racionais, razão pela qual se faz necessária a mitigação do princípio da responsabilidade individual, para o contexto brasileiro.

Logo, o princípio da responsabilidade individual, em muitos casos, deve ser visto mais como uma meta a ser alcançada, e não como uma regra aplicável em qualquer situação, sem nenhuma crítica ou interpretação.

Note-se que, ao buscar esse objetivo, também se está atuando em consonância com o artigo 3.º, incisos I e III, da Constituição Federal, que traça os objetivos da República Federativa do Brasil.

Neste sentido, parece elucidativo mencionar a interpretação que o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, deu ao direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal), no Agravo no Recurso Extraordinário n.º 271.286 – 8/Rio Grande do Sul, a respeito do fornecimento de medicamentos a portadores do vírus HIV:

Na realidade, o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, deu efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.º, caput, e 196), representando, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essência dignidade. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

¹³⁶ DWORKIN, Ronaldo. **Igualdade como ideal. Novos estud. - CEBRAP** [online]. 2007, n.77. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100012&lng=en&nrm=iso.

Em outro trecho da decisão, o citado ministro destaca como argumentos morais, tirados do próprio ordenamento, devem prevalecer sobre “razões secundárias”:

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

Sem embargo, verifica-se que analisando o mesmo dispositivo constitucional, a então Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, chegou a uma conclusão totalmente diferente, na Suspensão de Segurança n.º 3073 e na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 91, que também versavam sobre o fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo.

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196, da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao deferir o custeio de medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

Todavia, comparando esta última decisão, com a teoria Dworkiana, vemos um Estado, até certo ponto, insensível às circunstâncias experimentadas por seus cidadãos, o que denota que alguns deles não estão sendo tratados com a mesma consideração que outros, causando uma situação intolerável do ponto de vista

moral.

[...] não podemos admitir que o governo seja obrigado a ter consideração por todos os cidadãos e possa, às vezes, demonstrar mais consideração por alguns do que por outros. Isso não seria pluralismo, porém, incoerência. É imoral que ele, o governo, tenha mais consideração pela vida de alguns do que pela de outros. Não podemos então, de plena consciência, exigir nenhum direito à liberdade que entre em conflito com as exigências da igualdade na concepção que escolhemos.¹³⁷

Isso porque, sobre a perspectiva do liberalismo igualitário, as desigualdades provenientes de questões relacionadas a deficiências ou das quais o indivíduo não tenha qualquer escolha, são consideradas intrinsecamente injustas, o que justifica a neutralização da referida desigualdade através da destinação de recursos públicos para o custeio dos tratamentos.

Assim, não se pode tratar a dignidade humana como um mero enunciado performático, devendo ser este o ponto de partida para a solução de qualquer caso, inclusive aqueles que envolvem escolhas difíceis, motivo pelo qual devemos compreender a lógica econômica, mas nos orientarmos por “argumentos de princípio”.

É óbvio, entretanto, que não se quer, com isso, dizer que o argumento utilizado pela Ministra Ellen Gracie é irrelevante. Muito pelo contrário, é preciso debater o que se entende pela expressão “universal”, contida no artigo 196 da Constituição.

Logo, a análise econômica possui sua relevância na compreensão do problema, mas não desempenha papel preponderante na solução, sendo apenas mais um instrumento.

Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.

Nesse sentido, a AED pode contribuir para (i) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta, e (ii) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de

¹³⁷ DWORIKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 171.

oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável.¹³⁸

Logo, não se pode prescindir de uma “leitura moral” do texto constitucional, já que as decisões do Estado, sejam elas jurídicas ou políticas, se legitimam pelo igual respeito e igual consideração sobre aqueles que se encontram submetidos ao seu poder de império.

Assim, se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens. A instituição de direitos baseia-se na convicção de que isso é uma grave injustiça e que vale a pena arcar com o custo adicional, em política social e eficiência, necessário para impedir sua ocorrência.¹³⁹

Resumindo, o raciocínio a respeito do direito à saúde não pode ser reduzido a uma questão meramente quantitativa de dinheiro, embora este precise ser corretamente distribuído para aliviar o sofrimento e as incapacidades do maior número de pessoas possíveis.

De outro lado, no cenário de escassez brasileiro, não parece crível que o Estado custeie um tratamento, de alto custo, de alguém que disponha de meios próprios para fazê-lo. Afinal, o modelo de seguro hipotético é destinado, justamente para igualar pessoas em momentos em que as mesmas se desigalam, por circunstâncias alheias a sua vontade, e não acirrar, ainda mais, as diferenças.

A esse respeito, parecem salutares, por exemplo, as iniciativas relativas ao ressarcimento de valores ao SUS, por operadoras de planos de saúde, quanto a serviços prestados no seu âmbito de cobertura.

O mesmo raciocínio também pode ser feito em relação ao direito à educação, previsto no artigo 205 da Constituição Federal, em relação às distorções que vislumbramos no ensino superior, que, até bem pouco tempo, tinha a gratuidade, em todos os níveis, como um dogma inegociável, por conta de uma interpretação literal do disposto no artigo 206, inciso IV, do texto constitucional.

Isso porquê, em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese segundo a qual “a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a

¹³⁸ GICO JR, Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. v. 5, n. 2, p. 1-64, mar. 2008. p. 28

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2ª ed. 2007. p. 306.

cobrança, por universidades públicas, de mensalidades em cursos de especialização”, quando da apreciação do Recurso Extraordinário nº 597854, modificando o paradigma vigente para compreender que nem todas as atividades da faculdade pública devem estar albergadas pelo princípio da gratuidade, o qual deve se ater àquelas necessárias a plena inclusão social e a realização do direito fundamental à educação, em uma interpretação sistemática das regras e princípios constitucionais.

Se analisarmos a referida decisão, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal foi, até certo ponto, “tímido”, uma vez que limitou a questão da gratuidade apenas em relação aos cursos de pós-graduação, não se aprofundando no grave problema, que verificamos atualmente, relativo às vagas das universidades públicas que hoje são, majoritariamente, preenchidas por pessoas “abastadas”, que tiveram a possibilidade de se prepararem para o vestibular em escolas privadas de alto nível, sem qualquer tipo de contribuição, sendo certo que tão somente uma política de quotas é pouco para efetivamente incluir a população mais carente no ensino superior.

Quanto a este cenário, de subversão da lógica dos direitos fundamentais, entre grupos excluídos e outros “super incluídos”, a lição de Müller¹⁴⁰:

Conforme ensina a experiência, as distorções no campo do Estado de Direito assumem aqui proporções estarrecedoras: por um lado se recorre à maior parte da população, por outro lado não se investe essa parte da população de direitos; por um lado a maior parte da população é “integrada” na condição de obrigada, acusada, demandada, por outro lado ela não é integrada na condição de demandante, de titular de direitos. Os direitos fundamentais não estão positivamente à disposição dos indivíduos e dos grupos excluídos, mas os direitos fundamentais e humanos destes são violados (de forma repressiva e de outra formas). Normas constitucionais manifestam-se para eles “quase só nos seus efeitos limitadores da liberdade”, seus direitos de participação política aparecem – diante do pano de fundo a sua depravação – preponderantemente só no papel, assim como também o acesso aos tribunais e à proteção jurídica. A constituição não pode impor o código direito/não-direito diante do metacódigo; ela fracassa na tarefa de acoplar de forma confiável o direito, a política e a sociedade. Os superintegrados dispõem exclusivamente da constituição; a inconstitucionalidade ou

¹⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann, revisão da tradução Paulo Bonavides. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 76/77

contrariedade ao direito da sua ação ou da ação dos “seus” políticos, peritos, milicianos não se torna objeto de procedimentos jurídicos normalizados e com isso nem se torna tema no sentido forte desse termo. O código jurídico está subordinado [untersteht] ao código político, o direito está subordinado à economia, o Estado está subordinado à atividade econômica – com as consequências já insinuadas para os economicamente fracos, que quer dizer, para a maior parte da população. Então já não admira mais que a reivindicação de direitos de cidadania por parte de subcidadãos excluídos, subintegrados, seja “identificada constantemente como subversão”.

Portanto, antes mesmo de definir em que perspectiva deve ser interpretada a igualdade, abstratamente prevista na Constituição, o Brasil precisa solucionar questões antecedentes, como o conflito entre mínimo existencial e a tese da reserva do possível, já mencionado neste trabalho.

Mesmo assim, em todas essas questões complexas, envolvendo a efetivação de direitos sociais prestacionais, a teoria da igualdade de recursos, de Dworkin, em que pese possuir certas reflexões que não se encontram prontas e acabadas para a realidade brasileira, oferece um importante ponto de partida para definição do que o Estado está obrigado a fazer e do que não está obrigado, do ponto de vista de sua legitimação, devendo demonstrar igual respeito e consideração por todos, independentemente do projeto de vida de cada um, distribuindo os recursos e oportunidades de modo a demonstrar essa preocupação, reduzindo as diferenças causadas por circunstâncias das quais as pessoas não possuem qualquer controle, mas atribuindo aos cidadãos a responsabilidade individual de suas escolhas.

CONCLUSÃO

Como foi possível observar no decorrer desse trabalho, a filosofia desenvolvida por Dworkin ressalta a importância de conceitos essenciais do liberalismo igualitário, cuja compreensão pode contribuir decisivamente para a interpretação do Direito.

Neste sentido, Dworkin compartilha com Rawls o ideal de igualar as pessoas em suas circunstâncias, sem que isso implique ao Estado a obrigação de custear “gastos dispendiosos”, rejeitando o bem-estar como medida da igualdade e defendendo que o Estado deve permanecer neutro em questões éticas.

Sem embargo, diferentemente de Rawls, a teoria de Dworkin pressupõe que, no momento da distribuição, a escolha das pessoas seja feita com base em todas as informações disponíveis, de modo consensual e racional, não sendo empregado o chamado “véu da ignorância”.

Dessa forma, Dworkin também parte de uma posição inicial, mas sua teoria contempla a realização de ajustes que são feitos depois da distribuição dos recursos, bem como por causa da utilização dos mesmos.

Como se vê, o objetivo do autor é encontrar uma concepção de igualdade alternativa às teorias da igualdade de bem-estar, que além de não ser factível, também pode gerar graves injustiças.

Portanto, toda a teoria da igualdade de recursos de Dworkin está estruturada na noção, mais abrangente, de que o Estado deve tratar seus cidadãos com igual respeito e igual consideração, demonstrando que igualdade e liberdade não são, de modo algum, valores antagônicos.

Outrossim, embora a teoria de Dworkin aponte a igualdade de recursos como a igualdade de todos os recursos que os indivíduos possam possuir privativamente, do ponto de vista prático, a citada distribuição faz mais sentido quando tratamos de recursos (bens e oportunidades) fundamentais.

Assim sendo, admite-se a existência de desigualdades a partir da utilização dos recursos iniciais distribuídos, em razão das escolhas e talentos dos indivíduos, mas com a possibilidade de diferenças decorrentes da “sorte”, serem compensadas por mecanismos como seguros e tributação.

Logo, Dworkin reconhece que algumas condições dos indivíduos, que estão presentes não por opção destes, podem fazer com que, mesmo em uma distribuição

igualitária, haja diferenças, preconizando que as respectivas compensações sejam feitas de acordo com a ideia de mercado hipotético de seguros.

Portanto, embora Amartya Sen trabalhe com outro tipo de variável, uma vez que sua opção é pela capacidade humana de realizar funcionamentos, sua teoria pode ser compreendida como um complemento à tese de Dworkin, na medida em que referido modo de análise pode demonstrar, em alguns casos, que determinadas pessoas, por sua situação peculiar ou por pertencerem a grupos vulneráveis, precisam de condições adicionais para que com o mesmo pacote de recursos possam realizar as ações necessárias para alcançar a sua concepção de bem, incluindo um novo elemento que pode contribuir para uma distribuição de recursos mais igualitária.

Nessa perspectiva, como reconhece o próprio Dworkin, não se deve desconsiderar que a distribuição de recursos em uma sociedade não deixa de ser fruto de ordem jurídica, bem como do resultado da adoção de determinadas políticas públicas, motivo pelo qual o estudo dos direitos fundamentais, positivados na Constituição, é essencial para a compreensão do modelo distributivo adotado pelo Estado brasileiro.

A esse respeito, foram examinados, profundamente, os contornos e principais características dos direitos fundamentais, os quais representam preceitos, intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, que, uma vez positivados no plano constitucional de um Estado Democrático de Direito, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico, contemplando múltiplas dimensões, inclusive social.

Com efeito, em que pesem as peculiaridades dos direitos sociais, especialmente àqueles que estabelecem uma prestação, inegável que tais normas consubstanciam verdadeiros direitos fundamentais, tanto pelo aspecto formal como material, razão pela qual nada justifica a atribuição de um tratamento diferenciado no que tange a exigibilidade dos mesmos, ainda mais em situações em que esteja em jogo a garantia do mínimo existencial.

Sem embargo, foi visto como sofisticadas teorias, como a da reserva do possível, procuram retirar a eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos sociais, através de teses econômicas, bem elaboradas, porém, falaciosas, razão pela qual nada justifica o déficit brasileiro na matéria, bem como a falta de políticas públicas adequadas para a redução das desigualdades.

Assim, o Estado deve garantir o mínimo existencial e a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, sendo certo que a teoria da reserva do possível deve ser utilizada apenas em hipóteses muito restritas, devendo ser otimizados os recursos para o atendimento de demandas sensíveis, de maneira mais eficiente, através de políticas públicas redistributivas e de um rígido controle orçamentário.

Todavia, apenas com uma maior participação popular em questões orçamentárias e a atuação efetiva dos legitimados é que, gradualmente, será possível que direitos, como saúde e educação, deixem de ser eternas promessas.

Sem prejuízo ao necessário controle social, até que se forme uma cultura política voltada a concretização dos direitos sociais, a intervenção de instâncias como o Poder Judiciário e o Ministério Público é absolutamente necessária para suprir a omissão inconstitucional perpetrada pelo Estado brasileiro.

Neste sentido é que, no final deste trabalho, a partir de todas essas premissas, foi possível desenvolver um raciocínio acerca daquilo que o Estado não está autorizado a negar a seus cidadãos, ao menos se quisermos utilizar argumentos de princípio e não de conveniência.

Sem embargo, assim como deve ocorrer em qualquer processo de internalização de uma doutrina estrangeira, não se pode aplicar, de maneira simplista, a teoria Dworkiana à realidade brasileira, sem que sejam feitas as adaptações necessárias, em razão das diferenças entre o contexto norte-americano e o brasileiro.

Mesmo assim, se mostra plenamente viável a aplicação da teoria da igualdade de recursos, bem como do liberalismo igualitário, como um todo, à realidade brasileira, como foi possível demonstrar quando foi analisada a questão do fornecimento de medicamentos de alto custo.

Assim, apesar de argumentos financeiros exporem, claramente, todos os problemas relacionados ao custo dos direitos e da crise do Estado moderno, com inegável importância para uma análise mais aprofundada, a interpretação dos direitos positivados na Constituição Federal não pode prescindir de uma teoria política do justo, que legitime a própria atuação estatal.

Com efeito, segundo os valores do liberalismo moderno, certas desigualdades não podem ser toleradas, pois escapam à lógica da responsabilidade individual, devendo ser compensadas, segundo o modelo de seguro prudente, o que, no caso brasileiro, significa inclusive que o Estado deve se responsabilizar, em certos casos,

por tratamentos de alto custo, em relação à parcela mais vulnerável, em termos econômicos, da população, a partir de um modelo redistributiva baseado em uma tributação e aplicação de recursos mais adequada.

Sem prejuízo, é evidente a necessidade de correção de certas distorções, que contribuem para uma distribuição desigual dos recursos públicos, na medida em que estes devem ser destinados apenas a aqueles que se encontram em situação vulnerável, motivo pelo qual, ainda que não se deva negar o acesso universal a serviços como saúde e educação, isso não significa, necessariamente, que os mesmos, sejam fornecidos, gratuitamente, em qualquer hipótese, uma vez que, se assim o for, isso potencializará as desigualdades.

Neste cenário, crucial a atuação do Poder Judiciário, admitindo-se um “ativismo moderado” para que a inércia dos demais poderes não se prolongue eternamente e jamais sejam minimamente efetivados os direitos sociais positivados na Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo: Editora Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 217, p. 55-66, jul. /set. 1999.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. **Inclusão Social**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 118-124, out. 2006/ mar. 2007.

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. **Ciência das finanças e direito financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **A Vida, o Direito e Algumas Ideias para o Brasil**. Ed. Migalhas, 2016.

_____. **Direito Constitucional e a efetividade das normas**. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga; ALMEIDA, Júlio Sérgio G. **Depois da Queda: A economia brasileira da crise da dívida aos impasses do Real**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição Social no Brasil: O silêncio ensurdecador de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BIENENBOJM, Gustavo (orgs). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legitimidade**, São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir; DIAS, Jefferson Aparecido. **Jurisdição civil, ativismo e ordem econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. v. 1.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

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

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Fernando Cardim. Equilíbrio fiscal e política econômica keynesiana. **Revista Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 26, n. 50, p. 7-25, setembro de 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**. Curitiba, p. 17-29, n. 22, jul.-dez. 2003.

_____. "O jurídico como espaço de luta: sobre o uso alternativo do Direito". IN: **O Direito e os Direitos**. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **A constituição mexicana de 1917**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 06 de julho de 2017.

DE VITA, Álvaro. **Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. Nomos: **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 26, p. 171-184, jan./jun. 2007.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Igualdade como ideal. **Novos estud. - CEBRAP** [online]. 2007, n.77. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100012&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 de julho de 2017.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**: a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem *versus* a Liberdade de Expressão e Informação. 2 ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 1ª ed. 4.ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FEIJÓ, Ricardo. **Desenvolvimento econômico**: modelos, evidências, opções políticas e o caso brasileiro. São Paulo, Atlas, 2007.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para formigas e cigarras. **Novos estudos - CEBRAP** [online]. 2007, n.77. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/nec/n77/a13n77.pdf>. Acesso em: 06 de julho de 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. 1. ed. Trad. Alonso Reis Freire, rev. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GICO JR, Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. v. 5, n. 2, p. 1-64, mar. 2008.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais**: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal**: fundamentos teóricos e análise crítica. Curitiba: Multideia, 2014.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **Los derechos fundamentales**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2004.

MACHADO NETO, Manoel Cabral. Neoconstitucionalismo e pós-positivismo: fundamentos teóricos para o controle judicial de políticas públicas, *In*: COELHO NETO, Ubirajara (Org.), **Temas de direito constitucional**: estudos em homenagem ao profº Carlos Rebelo Júnior. Aracaju: EVOCATI, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *In*: SARLET, Wolfgang Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 175-204, 2010.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **A interpretação Constitucional suas especificidades e seus intérpretes**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2017

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os princípios na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 167-190, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann, revisão da tradução Paulo Bonavides. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes, HORVARTH, Estevão. **Manual de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OREIRO, J.L.; SICSÚ, J.; DE PAULA, L. F. Controle da Dívida Pública e Política Fiscal: Uma Alternativa para um Crescimento Auto-Sustentado da Economia Brasileira. In: SICSÚ, J.; OREIRO, J. L.; DE PAULA, L. F. Agenda Brasil: Políticas Econômicas para o Crescimento com Estabilidade de Preços. Barueri: Konrad Adenauer, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves: Martins Fontes, 2002.

RUBIO, Valle Labrada. **Introduccion a la Teoria de los Derechos Humanos: Fundamento. Historia. Declaracion Universal de 10 de diciembre de 1948**. Madrid: Civitas, 1998.

SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Naspoli; BENACCHIO, Marcelo. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. In: Baez, Narciso Leandro Xavier; Branco, Gerson Luis e Porciuncula, Marcelo. **A problemática dos direitos humanos fundamentais na América latina e na Europa**. Joaçaba: Unoesc, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 8, vol. 29. p. 53-93, jan./mar. 2007.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1998. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de atualização jurídica, v.1, nº1, 2001, p. 26. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 06 de julho de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. Ver. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de

Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008.

_____. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SEGUNDO, Rinaldo. Breves Considerações sobre o Orçamento Público. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4505>>. Acesso em: 06 de julho de 2017

SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Editora Schwarcz. 1999.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde – o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

SILVA. Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 199

SKIDESLKY, Robert. **Keynes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1999.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (Org.). **A constitucionalização do direito: a constituição como lócus da hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 3-41.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Todos os brasileiros pais de gêmeos ganharão 180 dias de licença?** Consultor Jurídico – Conjur, São Leopoldo/RS, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-04/senso-incomum-todos-brasileiros-pais>>

gemeos-ganharao-180-dias-licenca>. Acesso em: 06 de julho de 2017.

TATE, C. N. VALLINDER, T. e global expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1997, p. 13. A Judicialização da Política é marcada por dois processos distintos. (apud. VIEIRA. Op. Cit., página 52). VIEIRA, José Ribas (coord.), et. al., **I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 20 de junho de 2009, Anais... ISSN 1984-9796. Linha de Pesquisa: Ativismo Judicial e Judicialização da Política.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos. **Boletim Científico da EMSPU**, Brasília, ano 1, n. 4, p. 13-33, jul./set. 2002.