

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO –
PPGDIREITO**

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

A DEMOCRACIA DA EFICIÊNCIA E O RETROCESSO SOCIAL

DENILSON BELEGANTE

Passo Fundo/RS

Fevereiro de 2018

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO –
PPGDIREITO**

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

A DEMOCRACIA DA EFICIÊNCIA E O RETROCESSO SOCIAL.

DENILSON BELEGANTE

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Direito – UPF, como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia.

Passo Fundo/RS

Fevereiro de 2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus por me dar saúde e disposição para enfrentar mais este desafio.

Agradeço ao Ministério Público e à Associação do Ministério Público pela possibilidade de realização das aulas e pelo auxílio financeiro, em decorrência da concessão de bolsa parcial.

Agradeço à direção do Programa e a todos os professores do Curso, em especial ao meu orientador, Professor Doutor Marcos Leite Garcia, por seu conhecimento e defesa dos direitos humanos, por suas ideias e reflexões, que serviram de estímulo para a presente Dissertação.

Agradeço, ainda, de forma também muito especial, ao Dr. Luís Christiano Aires, juiz de direito, com quem tenho a honra de trabalhar junto à 2ª Vara Especializada em Família e Sucessões de Passo Fundo, não só pela quantidade de livros que me emprestou para a minha pesquisa, mas principalmente pelas ideias sempre brilhantes e substanciais, que acabaram por me auxiliar durante toda a caminhada de escrita da Dissertação.

Agradeço aos meus pais e irmãos que, no silêncio humilde deles, sempre foram incentivadores para a busca dos meus objetivos.

Agradeço, por fim, à minha filha Luiza, menina linda e inteligente, que me faz renascer todo o dia, numa incansável busca de ser o melhor pai do mundo.

**“Aja de forma a tratar a humanidade,
seja na sua pessoa, seja na pessoa de outrem,
nunca como um simples meio, mas sempre ao
mesmo tempo como um fim”.**

Immanuel Kant.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

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

Passo Fundo, fevereiro de 2018.

Denilson Belegante

Mestrando

RESUMO: Os direitos fundamentais, como conquistas da humanidade, surgiram de forma lenta e gradual com o advento da Modernidade, que permitiu a positivação nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. Entretanto, em que pese tal positivação, a implementação deles, em especial os sociais, tem sido difícil, tendo em conta o credo neoliberal que supervaloriza o princípio da liberdade, em detrimento do princípio da igualdade. Então, como enfrentamento de tal questão, impõe-se uma conciliação dos princípios da liberdade e da igualdade, bem como o resgate do princípio da fraternidade (solidariedade), o que somente é possível com uma reconstrução democrática, garantista, participativa e inclusiva dos direitos fundamentais sociais, a fim de que sejam favorecidos os mais vulneráveis e que necessitam de inclusão social. Para isso, impõe-se uma nova compreensão da própria democracia contemporânea, porquanto ainda marcadamente elitista e restrita, ao privilegiar o mercado e a economia na tomada das decisões políticas do governo, relegando-as aos técnicos em nome de uma eficiência econômica. Essa concepção também era sustentada pela teoria das elites, que amparava a democracia elitista, na qual apenas a elite poderia participar do governo, tendo em conta que as massas não sabiam de política. Igualmente, a visão restrita da democracia vinculava a democracia às eleições, como sendo a forma de participação, limitando-a uma competição dos votos do eleitor. Em razão disso, decorrente desse alijamento da participação e da própria política, a teoria econômica da democracia, respaldada pela análise econômica do direito, numa visão marginalista e neoliberal da economia, desprovida de conteúdo ético e embasada no *homo oeconomicus*, passa a ditar o modelo da democracia contemporânea, na qual as decisões governamentais devem seguir os ditames da economia e do mercado, implicando em risco aos direitos fundamentais, na medida em que estes deixam de ser concretizados, em nome de uma eficiência econômica. Essa modalidade de democracia, propalada pelo atual governo brasileiro, como de democracia da eficiência, restou implementada, na prática, com a promulgação da Emenda Constitucional 95/2016, ao instituir um congelamento, por 20 anos, dos investimentos em áreas sociais, como saúde, educação e assistência social, como forma de contingenciamento dos gastos públicos, com a adoção de um rigoroso ajuste fiscal. Tais medidas, por refletirem na concretização de direitos fundamentais sociais, estando estes incluídos como cláusulas pétreas, na norma do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, implicam em violação às referidas cláusulas, bem como impõem evidente retrocesso social, em evidente violação ao princípio da proibição do retrocesso social, reconhecido implicitamente pelo ordenamento constitucional brasileiro. Por isso, como enfrentamento deste retrocesso implementado pela Emenda referida, é preciso que haja uma interpretação constitucional comprometida com a identidade constitucional, que é de garantidora dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, os quais devem ser colocados na *esfera do indecível*, a salvo de maiorias eventuais, impedindo que sejam atingidos, sob pena de inconstitucionalidade.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais sociais. Democracia da eficiência. Retrocesso social.

ABSTRACT: Fundamental rights, like the achievements of humanity, have emerged slowly and gradually with the advent of Modernity, which has allowed for a positive change in national and international legal systems. However, in spite of such positivation, the implementation of them, especially the social ones, has been difficult, taking into account the neoliberal creed that overvalues the principle of freedom, to the detriment of the principle of equality. So, in order to confront this question, there is a need to reconcile the principles of freedom and equality, as well as to rescue the principle of fraternity (solidarity), which can only be achieved through democratic, guaranteeing, participatory and inclusive rights reconstruction. fundamental rights, so that the most vulnerable and those in need of social inclusion are favored. In order to do so, a new understanding of contemporary democracy is required, since it is still markedly elitist and restricted, by privileging the market and the economy in the political decisions of the government, relegating them to the technicians in the name of economic efficiency. This view was also supported by the theory of elites, which supported elite democracy, in which only the elite could participate in government, given that the masses did not know politics. Likewise, the narrow view of democracy linked democracy to elections as the form of participation, limiting it to a competition of voter votes. The economic theory of democracy, backed by the economic analysis of law, in a marginalist and neoliberal view of the economy, devoid of ethical content and based on *homo oeconomicus*, starts to dictate the model of contemporary democracy, in which government decisions must follow the dictates of the economy and the market, implying fundamental rights at risk as they cease to be realized in the name of economic efficiency. This modality of democracy, promoted by the current Brazilian government, as a democracy of efficiency, was practically implemented with the enactment of Constitutional Amendment 95/2016, by instituting a 20-year freeze on investments in social areas, such as health, education and social assistance, as a form of contingency of public spending, with the adoption of a strict fiscal adjustment. These measures, as reflected in the realization of fundamental social rights, these being included as stony clauses, in the norm of art. 60, § 4, IV, of the Federal Constitution, imply a violation of these clauses, as well as impose an obvious social retrogression, in clear violation of the principle of the prohibition of social retrogression, implicitly recognized by the Brazilian constitutional order. Therefore, as a counter to this retrogression implemented by the referred Amendment, there must be a constitutional interpretation committed to the constitutional identity, which is the guarantor of fundamental rights, including social ones, which must be placed in the sphere of the undecidable, safe from majorities, preventing them from being reached, under penalty of unconstitutionality.

Keywords: Fundamental social rights. Democracy of efficiency. Social retrogression.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CONQUISTAS DA HUMANIDADE.....	15
1.1 Apontamentos sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais.....	15
1.2 A conciliação entre o princípio da liberdade e o princípio da igualdade e o resgate do princípio da fraternidade.....	24
1.3 A reconstrução dos direitos sociais: democrática, garantista, participativa e inclusiva.....	37
CAPÍTULO II – A DEMOCRACIA DA EFICIÊNCIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	50
2.1 A democracia da eficiência: uma concepção elitista.....	50
2.2 A democracia da eficiência: uma concepção restrita e econômica/neoliberal.....	56
2.3 O risco aos direitos fundamentais na democracia da eficiência.....	72
CAPÍTULO III – A DEMOCRACIA DA EFICIÊNCIA E O RETROCESSO SOCIAL.....	89
3.1 A Emenda Constitucional 95/2016 (PEC do Teto) e a implicação nos direitos fundamentais sociais.....	89
3.2 A violação de cláusulas pétreas e o princípio da vedação do retrocesso no campo dos direitos sociais.....	100
3.3 A jurisdição constitucional como salvaguarda contra o retrocesso.....	115
CONCLUSÃO.....	131
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	137

INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte de uma perspectiva preocupante de ineficácia dos direitos fundamentais sociais no cenário brasileiro, em que pese a ampla positivação deles, seja na Constituição Federal, seja no ordenamento jurídico ordinário, procurando estabelecer as razões e os motivos para tal estado de coisas.

Assim, no primeiro capítulo, inicialmente, fez-se uma evolução histórica dos direitos fundamentais, como conquistas da humanidade, ressaltando-se os fatores que permitiram o surgimento e a positivação deles com o advento da Modernidade, decorrentes de mudanças econômicas e políticas significativas, da secularização do Estado e do progresso da ciência, estabelecendo-se o conteúdo ético, jurídico e social deles.

Registrou-se que, embora a positivação e o avanço na compreensão acerca dos direitos fundamentais, estes, em especial os sociais, ainda carecem de implementação e não são proporcionados para uma grande maioria excluída, tendo em conta uma visão neoliberal, com marca individualista e atrelada ao mercado.

No segundo tópico do capítulo, buscou-se demonstrar a supervalorização do princípio da liberdade, em detrimento do princípio da igualdade, que acaba por negar os direitos sociais, os quais são reflexo da valorização deste último princípio.

Destacou-se, então, a necessidade de uma conciliação dos princípios da liberdade e da igualdade, porquanto ambos imprescindíveis para o respeito aos direitos fundamentais sociais, sinalizando, ainda, a importância também de se resgatar o princípio da fraternidade (solidariedade), como forma de tornar aqueles efetivos.

No terceiro item do capítulo, ressaltou-se os mitos da teoria liberal, hoje eminentemente econômica, acerca dos direitos fundamentais sociais, os quais acabam por negar a própria fundamentalidade deles e, via de consequência, a concretização deles, propondo-se uma reconstrução democrática, garantista,

participativa e inclusiva, a fim de que sejam, de fato, implementados e reconhecidos como verdadeiros direitos fundamentais que são.

Para tanto, pontuou-se pela necessidade de uma compreensão unitária de indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais, bem como por uma reconstrução das garantias desses direitos, no que diz respeito aos sujeitos encarregados e também aos níveis de proteção, e, ainda, por uma reconstrução que permita a participação dos destinatários de tais direitos, ou seja, dos vulneráveis, dos que devem ser incluídos.

Ao finalizar-se o primeiro capítulo, diante da análise feita, concluiu-se que a implementação dos direitos fundamentais sociais passa por uma mudança de compreensão deles, com uma reconstrução democrática, garantista, participativa e inclusiva, valorizando-se na mesma medida os princípios da liberdade e da igualdade e resgatando o princípio da fraternidade, para que haja um comportamento de todos no sentido de se lançar um olhar para o *outro*, com uma visão de indivisibilidade e de interdependência dos direitos fundamentais, sem espaço para diferenciações entre os direitos de liberdade e os sociais.

No segundo capítulo, procurou-se demonstrar a situação e o tipo da democracia presente nos Estados contemporâneos e a relação dela com os direitos fundamentais, revelando-se que o modelo adotado acaba por viabilizar uma democracia apenas elitista e restrita, com uma pretensão de eficiência, que acaba por sufocar a própria democracia e a violar os direitos fundamentais, em especial os sociais.

Assim, de início, registrou-se o conteúdo da democracia elitista, decorrente da teoria das elites, na qual apenas uma parcela da população deve ser a responsável pelo comando do governo e do Estado (a elite), matéria que não pode ser relegada à grande massa, porquanto inapta para as questões políticas.

Buscou-se, então, em especial com base nas ideias da trindade elitista clássica (Pareto, Mosca e Michels), demonstrar as razões e os fundamentos para que somente a elite pode e deve governar, estabelecendo-se apenas uma

circulação dessas elites, com a instituição de uma classe dirigente, que deve ditar as regras de forma oligárquica e com poder de ferro.

No segundo tópico do capítulo, pretendeu-se demonstrar a ligação da democracia elitista com a democracia restrita ou minimalista, que passou a vigorar nas democracias contemporâneas, influenciadas pela obra de Joseph Schumpeter, *Capitalismo, Socialismo e Democracia*.

Destacou-se, dessa forma, o conteúdo dessa democracia, como sinônimo de eleição e de uma mera competição entre os disputantes do poder pelos votos do eleitorado, prescindindo de uma participação maior da população, que se limitaria ao ato de votar e nada mais.

Além disso, demonstrou-se que, com base em tal concepção de democracia, há um afastamento da política na tomada das decisões, porquanto estas devem ser tomadas por tecnocratas, pautados nas regras da economia e do mercado, dando azo ao surgimento da teoria econômica da democracia e da análise econômica do direito, as quais, embora suas diferenças, sustentam uma concepção marginalista/neoliberal da economia, que vai implicar no afastamento do Estado como garantidor também dos direitos fundamentais.

E isso decorre, como analisado no terceiro item do capítulo, pelo fato de que essa concepção marginalista/neoliberal, pautada no mercado e na economia, contrária à intervenção estatal, afasta-se de um conteúdo ético, bem como trata o homem como agente racional maximizador do seu interesse, descurando de que esse mesmo homem encontra-se inserido numa sociedade, numa cultura e numa história.

Tal concepção da democracia contemporânea, portanto, que privilegia o mercado e a economia, coloca em risco a própria democracia, no seu sentido original, bem como os direitos fundamentais, porquanto estes deixam de ser implementados, sob argumentos de eficiência e de contenção de déficit público, como ocorreu com a chamada Emenda Constitucional 95/2016, o que será objeto de análise do terceiro capítulo.

No terceiro capítulo, inicialmente, fez-se um apanhado acerca das regras trazidas pela EC 95/2016, ressaltando as medidas de congelamento de gastos em áreas sociais, como saúde, educação e assistência social, pelo

período de 20 anos, bem como apontando algumas críticas e estudos, dando conta do risco de sucateamento dos serviços públicos essenciais e do retrocesso imposto por tais medidas, decorrente do rigoroso regime fiscal implantado, sob o argumento de trazer eficiência ao governo.

Após o registro das medidas adotadas pela referida Emenda, passou-se a verificar a compatibilidade delas em relação à Constituição Federal, considerando todo o arcabouço constitucional que sustenta o Estado Democrático de Direito que se constitui o Brasil, que tem como objetivo *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I, da CF), *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III da CF) e *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV, da CF), a fim de que sejam observados os princípios norteadores fundamentais da República, em especial, da *cidadania* (art. 2º, II, da CF) e da *dignidade da pessoa humana* (art. 2º, III, da CF) e estabelecer a igualdade, de fato, preconizada no art. 5, *caput*, § 1º, da Constituição Federal.

Ressaltou-se, ainda, que essa estrutura e identidade constitucional, estabelecidas já no Preâmbulo, também são extraídas das regras que tratam da ordem econômica (art. 173 da CF), do sistema financeiro nacional (art. 192 da CF) e da ordem social (art. 193 da CF), os quais buscam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com objetivo de assegurar uma vida digna.

Em razão dessa identidade constitucional, pontuou-se que os direitos fundamentais sociais, que acabam por sofrer, de forma direta, os reflexos das medidas adotadas na EC 95/2016, estão incluídos na regra prevista no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, constituindo-se, assim, em cláusulas pétreas.

Como cláusulas pétreas, então, as medidas adotadas, ao flagrantemente atingirem a concretização de tais direitos, são violadoras da Constituição Federal e, por isso, inconstitucionais, pois, sendo os fundamentais sociais também integrantes do rol das cláusulas pétreas, há, por certo, autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional, limites estes desrespeitados, à evidência, pelas medidas impostas pela EC 95/2016.

Além de tal violação constitucional, ressaltou-se o evidente retrocesso social imposto pelas medidas adotadas, em clara ofensa ao princípio da vedação do retrocesso social, implicitamente admitido no ordenamento constitucional, seja por vinculação ao princípio da segurança jurídica, seja pela admissão dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas.

Assim, ressaltou-se que a adoção do princípio da proibição de retrocesso tem o objetivo de impedir a alteração/diminuição, por maiorias eventuais, de conquistas de direitos sociais já implementados, bem como a possibilidade de aplicação de tal princípio a medidas mesmo de caráter prospectivo, como no caso da Emenda referida, diante do evidente desmonte que se avizinha para as áreas sociais, em decorrência do contingenciamento de recursos pelo congelamento de investimento imposto.

Para finalizar o terceiro capítulo, examinou-se o papel da jurisdição constitucional como mecanismo para barrar as violações e o retrocesso imposto pela Emenda, sustentando a necessidade de se colocar a Constituição Federal como instrumento garantidor de direitos fundamentais, afastando-se uma interpretação *prima facie*, de flexibilização de direitos, em face de circunstâncias externas (mercado).

Para isso, embora tenha se apontado a possibilidade de se pleitear a inconstitucionalidade da emenda referida, registrando inclusive a já existência de ações nesse sentido, junto ao Supremo Tribunal Federal, buscou-se centrar o debate na necessidade de uma interpretação correta e adequada da Constituição Federal.

Nessa toada, entendeu-se que a hermenêutica filosófica e a consideração do direito como um empreendimento construtivo e de integridade permitem uma interpretação adequada à Constituição, considerando todo o conteúdo principiológico dela e os objetivos estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, com o que se vislumbra um conteúdo substancial da democracia, fazendo com que os direitos fundamentais sejam incluídos *na esfera do indecível* (Ferajoli), ou seja, a salvo inclusive de maiorias.

Portanto, com essa interpretação da Constituição Federal, estabeleceu-se, ao final, não haver dúvida de que as medidas adotadas pela EC 95/2016,

que estabelecem o congelamento de gastos em áreas sociais por 20 anos, são flagrantemente inconstitucionais, por violação de cláusulas pétreas e do princípio da vedação do retrocesso social, cabendo ao poder jurisdicional constitucional estancar tais medidas, porquanto obra dos outros dois poderes da República, sob o argumento de uma democracia de eficiência, que, na verdade, revela-se violadora de direitos fundamentais.

CAPÍTULO I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CONQUISTAS DA HUMANIDADE

1.1 Apontamentos sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, não há dúvida, são conquistas históricas da humanidade, decorrentes da evolução do ser humano e da mudança de mentalidade, sempre originados de ruptura contra violências e arbitrariedades sofridas pelo homem, impostas por outros homens.

Convém registrar, de início, que, segundo a lição de Peces-Barba, o termo direitos fundamentais é o que melhor designa tais direitos, por abranger um componente ético e jurídico, englobando a relevância moral que repercute na dignidade da pessoa humana e na autonomia moral, e a relevância jurídica que se converte na positivação de tais direitos em um determinado ordenamento jurídico, melhor representando, assim, o seu significado, em contraposição a direitos humanos, que tem compreensão mais ambígua e pode incorrer em reducionismo *iusnaturalista* ou positivista. Igualmente, o termo direitos fundamentais é preferível a direitos naturais ou direitos morais, porquanto estes mutilam a sua dimensão jurídico-positiva. Também é mais adequado que os termos direitos públicos subjetivos ou liberdades públicas, por estes diminuírem a dimensão ética e moral, com superposição da dimensão positiva.¹

No entanto, como adverte Perez Luño, há uma certa tendência em se reservar a expressão direitos fundamentais para se designar os direitos humanos positivados em nível interno e a fórmula direitos humanos no plano das declarações e convenções internacionais.² Em razão disso, no presente trabalho, ambos os termos serão utilizados como sinônimos.

Como bem registra Ferrajoli, toda a conquista referente aos direitos fundamentais surgiu como resposta à dor sofrida e à infligida ao ser humano,

¹ PECES-BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General**. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1995, p. 36-8.

² LUÑO. Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución**. Editorial Editorial Tecnos SA, 9ª ed., Madrid, 2005, p. 33.

seja natural ou produto de outros homens, permitindo a evolução da sociedade e o estabelecimento do Estado de Direito.³

Essa evolução histórica, decorrente da mudança de mentalidade, por certo, não aconteceu de um dia para o outro, mas ocorreu de forma progressiva por vários fatores que permearam o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna, na expressão de Peces-Barba, durante o trânsito à modernidade, com o surgimento de condições que permitiram o surgimento dos direitos: mudança da situação econômica e social, com o aparecimento do sistema econômico que desembocará no capitalismo; com a ascensão e o auge de uma nova classe social, a burguesia; com a mudança do poder político, com o surgimento do Estado, como poder racional, centralizador e burocrático; com a mudança da mentalidade impulsionada pelos humanistas e pela Reforma, com o progresso do individualismo, do racionalismo, do naturalismo e do processo de secularização; e, por fim, com a mudança proporcionada pela nova ciência e o novo sentido do Direito.⁴

Todos esses fatores influenciaram e permitiram o surgimento da positivação dos direitos fundamentais, já no final do século XVIII, nas revoluções liberais burguesas. Antes disso, porém, como ensina Garcia, houve um processo de formação do ideal dos direitos humanos, na busca do que seria o conteúdo dos direitos humanos.⁵

De acordo com Peces-Barba, os direitos fundamentais somente podem ser considerados como tais se forem consideradas três perspectivas importantes que evitem os reducionismos acerca de sua compreensão. Em primeiro lugar, para serem direitos fundamentais, devem ser pretensões morais justificadas, ligadas às ideias de liberdade e igualdade, ao assim registrar:

Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada em las ideas de libertad y igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia

³ FERRAJOLI. Luigi. **Democracia Y Garantismo**, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trota, 2ª ed., Madrid, 2010, p. 123-40.

⁴ PECES-BARBA, 1995, p. 114.

⁵ GARCIA. Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregório Peces-Barba**. In Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição, Orgs. Juliano Keller do Valle e Júlio César Marcelino, Conceito Editorial, Conceito Editorial, Florianópolis, 2008, p. 189-209.

del mundo moderno, com las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista.⁶

Mas não basta apenas isso, uma vez que apenas pretensões morais não possuem força suficiente para a implementação. Ao lado deste componente ético, continua Peces-Barba, portanto, é preciso também de um componente jurídico, no qual a pretensão moral justificada seja incorporada a uma norma de direito positivo, que tenha força de obrigar aos destinatários, ou seja, que possua garantias.⁷

Ainda, como elemento imprescindível para a configuração de um direito como fundamental, é preciso, no dizer de Peces-Barba, a inserção e uma dada realidade social, no sentido de que sejam atuantes na vida social,⁸ ou, em outras palavras, sejam efetivos, sendo certo que essa efetividade, à evidência, é o grande problema a ser enfrentado, sendo esta a razão de Bobbio ter afirmado que o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”.⁹

Com base na lição de Peces-Barba, pode-se concluir, de forma geral, que a formação do ideal dos direitos fundamentais, como pretensões morais justificadas, teve a influência de três ordens: econômica, política e racional-individual. De fato, em primeiro lugar, a grande mudança econômica e o surgimento do capitalismo e de uma nova classe social dominante, a burguesia, fez criar o cenário imprescindível para o reconhecimento de direitos para fins de incluir essa ascendente categoria econômica, os burgueses; em segundo lugar, o surgimento do Estado Absoluto, centralizado e burocrático, criador do *homo jurídico*, permitiu o surgimento dos primeiros direitos fundamentais para se contrapor a isso, ou seja, como limitador do poder do Estado; por fim, o surgimento de uma mentalidade pautada na razão do indivíduo e não em crenças divinas, dando ensejo à ruptura da Igreja, com a Reforma Protestante, e o surgimento do processo de secularização, e, ainda, o desenvolvimento da nova ciência, fruto também da razão e do intelecto

⁶ PECES-BARBA, 1995, p. 109.

⁷ Ibidem, p. 109-110

⁸ Ibidem, p. 112

⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. In: A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Campus Editora. Rio de Janeiro, 1992, p. 24.

humanos, fazendo com que novas ideias florescessem, incentivando a liberdade de pensamento e a tolerância religiosa.¹⁰

Para a formação desse ideal dos direitos fundamentais houve a contribuição de autores humanistas e *iusracionalistas*, que buscaram afastar a visão teleológica cristã e valorizar a razão humana, a autodeterminação do ser humano, permitindo essa transição do pensamento medieval para o pensamento da Modernidade.

Ridola registra o papel de Pufendorf – um *iusracionalista* –, o qual contribuiu para o reconhecimento do valor universal da dignidade humana e o conseqüente rompimento da doutrina da *imago Dei*, fundada na natureza espiritual do homem, ao apresentar uma concepção de dignidade humana completamente secularizada, “construída a partir da existência cotidiana e na medida das potencialidades humanas”, que, posteriormente, a filosofia kantiana encarregou-se de elaborar de modo completo, na “ideia de que não é a *imago Dei* que constitui o paradigma da dignidade e sim a capacidade de os homens serem o ‘fim em si mesmos’ [Selbstzweck], preparando, assim, “o processo de translação do plano da dignidade [Würde] para o plano dos direitos humanos”, cujo “vínculo entre ambos será de natureza instrumental e surgirá quando os direitos passam a exprimir o que cabe a cada ser humano, em vista de sua essência, [Menschheit] e quando a dignidade passa a significar essa essência.”¹¹

Garcia, por sua vez, menciona, na formação desse ideal dos direitos fundamentais, a contribuição de Christian Thomasius – outro *iusracionalista* –, que, no final do século XVII e metade do século XVIII, foi um dos precursores do novo modelo de direito natural, o denominado *iusracionalismo*, que se constituiu no embrião de uma nova mentalidade que deu origem à positivação dos direitos fundamentais, já no final do século XVIII. Ao defender a separação do Direito da Moral, bem como a separação do Estado da Religião, lutando pela implementação da liberdade de pensamento, frente à religião e ao Estado, e da tolerância religiosa e pela humanização do direito penal e processual,

¹⁰ PECES-BARBA. 1995, p. 114-138;

¹¹ RIDOLA. Paolo. **A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia**. Coordenação e revisão técnica Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck. Livraria do Advogado Editora. 2014, p. 34-9.

Thomasius estabeleceu as causas pioneiras da formação do ideal dos direitos fundamentais.¹²

Kant, de fato, ao considerar o homem como um ser racional que existe com um fim em si mesmo e não como meio para uso arbitrário por esta ou aquela vontade¹³, estabelece a dignidade da pessoa humana como central em sua filosofia prática, contribuindo decisivamente para o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos do homem.

De forma precisa, Sandel registra que Kant, diferentemente de Locke que em sua teoria de direitos inalienáveis invoca Deus, “parte da ideia de que somos seres racionais, merecedores de dignidade e respeito”, ressaltando, ainda, que “a importância atribuída por Kant à dignidade humana define nossas concepções atuais dos direitos humanos universais”.¹⁴

Evidentemente que esse reconhecimento dos direitos fundamentais sofreu – e ainda sofre – resistência, mesmo após a positivação. Bentham, por certo, um dos maiores críticos, aludiu que os defensores de tais direitos seriam fanáticos armados do direito natural¹⁵, opondo-se, de forma veemente, à Declaração Francesa de 1789, que havia estabelecido que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito, qualificando que tal afirmação seria uma falácia e que os direitos naturais são simples absurdos retóricos e empolados¹⁶.

No mesmo sentido, a negação dos direitos humanos fundamentais foi feita, de maneira geral, pela Igreja Católica, que via neles o desvirtuamento da fé cristã e religiosa, razão pela qual lutava para a manutenção do *status quo*, que lhe era extremamente benéfico, diante da unidade então existente entre Estado e Igreja, sendo que tal resistência, como aponta Peces-Barba, somente alterou-se de forma mais geral com as Mensagens de Natal do Papa Pio XII em

¹² GARCIA. Marco Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. In: Novos estudos Jurídicos, v. 10, nº 2, jul/dez, 2005, p. 417-450.

¹³ KANT. Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 68-9.

¹⁴ SANDEL. Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Trad. da 13ª ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo, 13ª ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2014, p. 136-7.

¹⁵ BENTHAM. Jeremy. **Tratados de legislación civil y penal**. Trad. Ramon Salas Editora Nacional. Madrid, 1981, p. 94-5.

¹⁶ BENTHAM. Jeremy. **Anarchical Fallacies. In: Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of the Man**. (Org.) J. Waldron, Londres, 1987, p. 46-76.

1941 e 1943.¹⁷ Atienza, por sua vez, é taxativo em afirmar que até a *Encíclica Pacem in Terris*, publicada em 1963, “a Igreja Católica foi inimiga declarada dos direitos humanos”.¹⁸

Registre-se, ainda, que Karl Marx, teve, como explica Atienza, uma posição muito ambígua em relação aos direitos fundamentais, negando-os, inclusive, uma vez que entendia que somente beneficiavam a classe burguesa e dominante de então, sendo uma ideologia ligada ao capitalismo e contra o proletariado,¹⁹ ou, como afirma Peces-Barba, na perspectiva de Marx, os direitos fundamentais não seriam instrumentos para libertar o homem da alienação em que se encontrava.²⁰

É interessante notar, até para os propósitos do presente trabalho que, dentro da nova filosofia dos direitos fundamentais, decorrentes da progressiva alteração da sociedade medieval com o advento das novas estruturas da modernidade, que permitiram a positivação de tais direitos, entre as condições essenciais para que isso viesse a ocorrer, foi a grande mudança da situação econômica, com o advento do intercâmbio comercial e o progresso e o amadurecimento do capitalismo, com o protagonismo e a ascensão da burguesia, fazendo com que a positivação dos direitos fundamentais se tornasse medida inadiável, certamente para proteger a burguesia, que queria uma parcela do poder, até então em mãos da monarquia absoluta.

Ou seja, o capitalismo – que hoje quer sufocar os direitos fundamentais – na origem foi, quiçá, um dos elementos essenciais na defesa da positivação, claro uma positivação específica para a época, elitista e excludente, garantidora das liberdades públicas e da propriedade, em prol da burguesia, mas que, à época das declarações americana (1776) e francesa (1789), representou, certamente, um dos maiores avanços da humanidade, representando, ademais, o marco inicial da positivação, de forma mais genérica.

¹⁷ PECES-BARBA, 1995, p. 90.

¹⁸ ATIENZA. Manuel. **A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas consequências para a Teoria contemporânea dos Direitos humanos. Diálogo entre o Prof. Marcos Leite Garcia e o Prof. Manuel Atienza.** In: Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza. Editora Lumen Juris, Rio De Janeiro, 2006, p. 9.

¹⁹ Ibidem. p. 10.

²⁰ PECES-BARBA, 1995, p. 96.

Essa lenta e gradual afirmação dos direitos fundamentais culminou com a positivação deles nas revoluções liberais do final do século XVIII, restritos, no entanto, às liberdades públicas e ao direito de propriedade, tendo em conta a necessidade de acomodação da emergente burguesia, que também queria uma fatia no bolo, até então em mãos do estado absolutista.

De início, as constituições do Estado Liberal, surgidas com o rompimento do Absolutismo, estabeleceram, como anota Novais, como direitos fundamentais apenas as liberdades negativas, como forma de proteção das esferas de autonomia e de liberdade pessoal (vida, liberdade, propriedade), até porque os beneficiados por essa nova ordem, o cidadão-burguês, dispunha de meios próprios para a obtenção de bens econômicos e sociais, com o que não havia necessidade de que direitos envolvendo tais bens constassem nas constituições.²¹

Conforme Novais, após a primeira grande guerra, as concepções de direitos fundamentais alteraram-se radicalmente, tendo em conta o alargamento do conceito de cidadania, a perda do controle de cada cidadão sobre o seu domínio vital, a alteração do sentido da dignidade da pessoa humana e das novas concepções das funções do Estado, razão pelas quais algumas constituições (México, Weimar, Finlândia, Espanha, Holanda) passaram a acolher os direitos sociais na qualidade de fundamentais, ainda como meros enunciados proclamatórios, pragmáticos e compromissários, para uma posterior acomodação do legislador ordinário.²²

Somente o constitucionalismo do segundo pós-guerra, continua Novais, a Constituição passou a ser verdadeira norma jurídica e os direitos fundamentais passaram a ser direitos justiciáveis com base no seu valor constitucional, inclusive contra a maioria, fazendo com que a força normativa da Constituição passasse a vincular a todas as entidades públicas, incluindo o legislador democrático.²³

²¹ NOVAIS. Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 67-8.

²² Ibidem, p. 70-1.

²³ Ibidem, p. 71.

Com esta característica nasceu a Carta das Nações de 1945 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da ONU, subscrita pela unanimidade dos países, em 1948, onde, de forma definitiva, houve, no dizer de Piovesan, a consolidação da internacionalização dos direitos fundamentais, oportunidade em que houve a conjugação do valor da liberdade com o valor da igualdade, restando demarcada a visão contemporânea dos direitos humanos, os quais passam a ser concebidos com uma dimensão interdependente e indivisível.²⁴

Perez Luño, já com essa visão global, ressalta que os direitos humanos devem ser entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, acolham as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente nos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.²⁵

Embora a larga posituação dos direitos sociais nas constituições modernas, a grande problemática diz respeito à efetivação deles, decorrentes de uma ideia dominante neoliberal e globalizante que os inferioriza em relação aos direitos civis e políticos, porquanto conveniente para a economia e o mercado, mas nefasta para milhares de pessoas que vivem em países periféricos, como é o caso do Brasil.

Essa concepção liberal, conforme explica Peces-Barba, possui uma visão reducionista dos direitos fundamentais, que se mantém até a atualidade, porquanto alberga apenas direitos de liberdade, individual e de pensamento, e de propriedade, não considerando na mesma categoria de fundamentais os direitos econômicos, culturais e sociais, uma vez que não era do interesse da burguesia compartilhar esses direitos com os demais cidadãos.²⁶

No mesmo sentido é a posição de Pisarello, ao afirmar que a visão liberal e globalizante entende os direitos sociais como fonte de burocracia e desperdício, que impõem freios à eficácia econômica e às liberdades pessoais (propriedade e liberdade de mercado), ressaltando que, embora a extensa

²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Max Limonad. 3ª ed. São Paulo, 1997, p. 159.

²⁵ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**, Editorial Tecnos SA, 7ª ed., Madrid, 1998, p. 46.

²⁶ PECES-BARBA, 1995, p. 62-7.

previsão constitucional de tais direitos, como ocorre no Brasil e na maioria das constituições do pós-guerra, tais regras não possuem efetividade, vigorando uma nova *lex mercatória*, de caráter global, em clara violação à própria democracia e ao próprio Estado de Direito.²⁷

Em razão disso, afigura-se urgente compreender, na esteira de Ferrajoli, os direitos fundamentais como componentes de uma dimensão substancial da democracia e do Estado de Direito, em contraposição a uma dimensão política ou formal, no sentido de que as normas que estabelecem direitos fundamentais tenham garantias inclusive contra maiorias eventuais. Com isso, os direitos fundamentais, sejam os de liberdade, que impõem proibições, sejam os sociais e econômicos, que impõem obrigações, ingressariam na *esfera do indecível*, sendo inviável que possam ser retirados do sistema, mesmo que formada uma maioria.²⁸

Essa ideia de se colocar os direitos fundamentais imunes à regra da maioria também pode ser extraída da lição de Habermas, o qual, embora tratando das *minorias inatas*, em razão da cultura, etnia, religião, deixou claro que a visão liberal de ‘autodeterminação democrática mascara o problema das minorias’, que, muitas vezes, em sociedades democráticas, ‘uma maioria impinge às minorias à sua forma de vida, negando aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetiva igualdade de direitos.’²⁹

É o que vem sendo observado na situação brasileira, em relação, por exemplo, à Emenda do Teto e às reformas previdenciária e trabalhista, porquanto maiorias estão impondo retrocessos evidentes em relação a direitos fundamentais sociais, para não dizer mesmo violações de cláusulas pétreas de nossa Constituição, assuntos que serão abordados em especial no terceiro capítulo.

Para o enfrentamento de tal questão, é preciso, de um lado, incorporar a ideia do valor da igualdade no mesmo nível do valor da liberdade, bem como resgatar o princípio da fraternidade, com uma mudança de mentalidade

²⁷ PISARELLO. Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción.**, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 13.

²⁸ FERRAJOLI. Luigi. **Derechos y Garantías. La del más débil.** Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 50-1.

²⁹ HABERMAS. Jürgen. **A inclusão do outro**, trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo, Mota, Edições Loyola, 3 ed. São Paulo, 2007, p. 170

individualista e egoísta que permeia a atual Modernidade, considerando a interdependência e a indivisibilidade dos direitos fundamentais, sejam os civis e políticos, sejam os sociais, econômicos e culturais. De outro lado, para tal incorporação de tais valores, é de rigor refutar as concepções dominantes que colocam os últimos de forma inferiorizada dos primeiros, o que se fará nos dois próximos tópicos.

1.2 A conciliação entre o princípio da liberdade e o princípio da igualdade e o resgate do princípio da fraternidade.

É certo que o ideal do Estado Democrático de Direito imaginado na Constituição de 1988 ainda não ocorreu, tendo em conta a enorme exclusão social vivenciada e o grande déficit em direitos sociais existentes ainda hoje, exigindo uma mudança de comportamento de todos.

E isso deve passar pela valorização do princípio da igualdade, o qual, não há dúvida, é o vetor do Estado Democrático (e Social) de Direito, que se constitui o Brasil, bem como pelo resgate do princípio da fraternidade, no qual está incluído o dever de solidariedade na atuação da sociedade e no papel do Estado, afastando-se o comportamento individualista, marca muito presente na sociedade capitalista atual.

Essa marca decorre da sobreposição do princípio da liberdade sobre o princípio da igualdade, num endeusamento do primado da liberdade individual, como fundamentos dos valores éticos e políticos, bem presente nas palavras de Popper, ao referir que a liberdade é mais importante que a igualdade, pois no intento de realizar a igualdade coloca-se em perigo a liberdade e que, uma vez perdida a liberdade, não haverá também igualdade entre os homens.³⁰

Da mesma forma, Milton e Rose Friedman rechaçam a possibilidade de consideração no mesmo nível dos princípios da liberdade e da igualdade aduzindo que uma sociedade que assim o fizer acabará sem nenhuma, porquanto “el uso de la fuerza para lograr la igualdad destruirá la libertad, y la

³⁰ POPPER. Karl. **Busqueda sin término. Una autobiografía intelectual**, trad. C. Garcia Trevijano, Tecnos, Madrid, 1977, p. 49.

fuerza, introducida con buenas intenciones, acabará em manos de personas que la emplearán em prol de sus propios intereses.”³¹

Nesse mesmo sentido é a posição de Hayek, que apenas admite uma igualdade formal, negado a igualdade material, de fato, sob pena de pôr em risco a liberdade, ao registrar, de forma taxativa, que não é correto afirmar, no sentido factual, que "todos os homens nascem iguais", porquanto a igualdade perante a lei e a igualdade material não são apenas categorias diferentes, mas também conflitantes e que a igualdade perante a lei, que a liberdade exige, conduz à desigualdade material, concluindo não ser possível querer nivelar as pessoas em suas condições individuais, pois tal é algo que não pode ser aceito numa sociedade livre para justificar coerção adicional e discriminatória.³²

Em outra obra, Hayek novamente deixa evidente a sua inclinação pela liberdade em detrimento da igualdade, ao afirmar que o cidadão somente estaria obrigado a fazer algo que estivesse especificado em uma norma geral e que esta norma estivesse orientada a garantir a inviolabilidade das correspondentes esferas individuais, ressaltando, ademais, que carece de fundamento toda a intenção de ampliar o conceito de direitos a aqueles que recebem o qualificativo de econômicos e sociais.³³ De forma mais específica, segundo o autor, “os consagrados direitos civis e os novos direitos sociais e econômicos não podem ser conquistados ao mesmo tempo, sendo, na realidade, incompatíveis”, sendo que a admissão desses novos direitos seria a destruição da “ordem liberal a que visam os consagrados direitos civis.”³⁴

Não há dúvida de que essa posição adota uma concepção restritiva da liberdade, levando-se em conta a clássica distinção feita por Berlin, entre liberdade negativa, compreendida como ausência de interferência externa ou garantia de não intromissão do poder público na esfera privada, e liberdade positiva, entendida como possibilidade de exercer determinadas faculdades ou

³¹ FRIEDEMANN. Milton y FRIEDMAN. Rose. **Libertad de elegir**. Trad. C. Rocha, Grijalbo. Barcelona, 1980. p. 194-5.

³² HAYEK. Friedrich Von. **Os fundamentos da liberdade**; introdução de Henry Maksoud; tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo, Visão, 1983, p. 92-95.

³³ HAYEK. Friedrich Von. **Direito, Legislação e Liberdade: A ordem política de um povo**. Trad. Henry Maksoud. Vol. III, 1985, p. 185.

³⁴ HAYEK. Friedrich Von. **Direito, Legislação e Liberdade: A miragem da justiça**. Trad. Henry Maksoud, Vol. II, 1985, p. 139.

poderes, de participar no processo social ou político e de desfrutar determinadas prestações.³⁵

Essa contraposição entre liberdade e igualdade, com supervalorização da primeira em detrimento da segunda, também é o marco das teorias econômicas neoliberais, as quais valorizam sobremaneira o individualismo e o liberalismo econômico, na busca da eficiência, com visão individualizada da sociedade, sem qualquer preocupação com o outro, com o excluído, até por que, como dito, a igualdade é menos importante do que a liberdade.

Posner, com a obra *Economic Analysis of Law*, de 1973, ao adotar o critério da eficiência como fundacional do direito e da justiça, defendendo, assim, a maximização da riqueza como parâmetro para o sistema de justiça, eleva, por certo, a autonomia individual como pressuposto para obtenção dessa eficiência e para a obtenção do sucesso que é individual.³⁶

Nozick, igualmente, numa visão libertária, prega a existência de um Estado mínimo, apenas *'limitado às funções restritas de proteção contra a força, o roubo, a fraude, de fiscalização do cumprimento dos contratos'*, porquanto o “Estado mais amplo violará o direito das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas”, reiterando que o “Estado mínimo é o mais extenso que se pode justificar. Qualquer outro mais amplo viola direitos da pessoa”.³⁷

Em razão dessa valorização da liberdade em detrimento da igualdade, o individualismo da sociedade impera, e é incentivado para que cada vez mais avance, sem qualquer preocupação com o outro, porquanto não há valor ao princípio da igualdade na sociedade contemporânea, permeada por valores egoístas, marcado, na expressão de Baumann, pela “liquidez das relações humanas”,³⁸ presente na sociedade de consumo, estando reservada, no entanto, essa liberdade de comprar e auferir delas apenas uma parte – e pequena – dessa sociedade, com a exclusão de uma massa enorme da população.

³⁵ BERLIN. Isaiah. **Dos conceptos de libertad. Sobre la libertad.** Trad. Julio Bayon *et al.* Alianza Editorial. Madrid, 2012, p. 205 e ss.

³⁶ POSNER, Richard. A. **El Análisis Económico del Derecho.** Trad. Eduardo L. Suárez, 2ª ed., FCE, México, 2007, p. 36-45.

³⁷ NOZICK. Robert. **Anarquia, Estado e Utopia.** Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1991, p. 9, 42 e 170.

³⁸ BAUMAN. Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Trad. Plínio Dentzein. Zahar, 2001, Rio de Janeiro, p. 184.

Veja que essa ideia de liberdade irrestrita não se coaduna sequer com a posição de um dos maiores defensores dela, que é John Stuart Mill, o qual, em sua obra *On Liberty*, embora faça uma defesa clássica da liberdade, no sentido de que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, desde que respeitados o direito dos outros, dispensando a interferência estatal, ao discorrer sobre o direito à educação, registra a necessidade de que ela seja tornada por lei obrigatória e que houvesse '*ajuda estatal para os que não conseguissem pagar a despesa*',³⁹ numa evidente preocupação de que a educação fosse garantida a todos (igualdade), o que seria importante para a concretização da própria liberdade.

Perez Luño, contestando as teorias econômicas neoliberais e sustentando a necessidade de uma aproximação entre a liberdade e a igualdade para a fundamentação dos direitos humanos, registra que "la teoría económica neoliberal de los derechos humanos y su consiguiente supeditación de la igualdad a la libertad, me parece inaceptable", para, na sequência, concluir de forma precisa que "la libertad sin igualdad, desemboca en el elitismo y se traduce en libertad de unos pocos y no libertad de muchos",⁴⁰ ressaltando, ainda, que a visão econômica advoga a tese do Estado mínimo, no sentido de que a o estado intervencionista produz efeitos mais perniciosos que as anomalias produzidas pelo próprio mercado.⁴¹

Sen, ao sustentar a importância da liberdade para o desenvolvimento, ressalta a ideia de liberdade substantiva, aludindo a inadequação de se adotar, em uma compreensão mais plena de desenvolvimento, como objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza, que é, como observou Aristóteles, "meramente útil e em proveito de alguma outra coisa", impondo-se que o desenvolvimento esteja "relacionado sobretudo com a melhora de vida que levamos e as liberdades que desfrutamos", permitindo que "sejamos seres mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo."⁴²

³⁹ MILL. John Stuart. **Sobre a Liberdade**, Trad. Pedro Madeira, ver. Desidério Murcho. Edições 70 Lda, 2010, p. 174-8.

⁴⁰ LUÑO, 2005, p. 157

⁴¹ Ibidem. P. 154.

⁴² SEN. Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 2000, p. 28-29.

Como se vê, a liberdade substantiva registrada por Sen, no sentido de permitir “a capacidade de sobreviver em vez de sucumbir à morte prematura”, numa estreita ligação entre a liberdade e a preocupação com a qualidade de vida das pessoas⁴³, deixa evidente a vinculação com o princípio da igualdade. Ou seja, a liberdade das pessoas exige que elas tenham condições de ter uma qualidade de vida, de não morrer de fome, de ter direito a serviços públicos de saúde e de educação adequados, etc.

Ainda, conforme leciona Grimm, um conceito de igual liberdade está vinculado às reais condições de exercício dessa liberdade, com o que os direitos fundamentais de caráter negativo somente conduzem à meta do justo equilíbrio de interesses em condições sociais de equilíbrio de forças, porquanto ‘en situación de desequilibrio material, la libertad formalmente igual se transforma, *de facto*, en el derecho del más fuerte.’⁴⁴

É necessário, então, que nos afastemos dessa visão restritiva da liberdade, a fim de valorizarmos também a igualdade sob o ponto de vista material, ou essa liberdade substantiva referida por Sen, que se aproxima, à evidência, com essa conciliação entre liberdade e igualdade.

No ponto, ademais, é importante levar em consideração a advertência de Sen, em outra obra, no sentido de que se deve buscar mecanismos para a melhoria da justiça e a remoção da injustiça, em vez de oferecer soluções para a natureza de uma justiça perfeita, ressaltando que “a justiça está fundamentalmente conectada ao modo como as pessoas vivem e não meramente à natureza das instituições que as cercam”,⁴⁵ sendo que, não há dúvida de que mudança de comportamento da sociedade, com valorização do princípio da igualdade, está umbilicalmente ligada com a realização de justiça no sentido afirmado, porquanto estará buscando a melhoria das pessoas, como coletividade, e não meramente como visão individual.

Na mesma ordem, Carducci sustenta a necessidade de um Direito Constitucional Altruísta, no qual deve haver uma redefinição da liberdade como “responsabilidade-para-com-os-outros, a qual coloca em questão o conceito de

⁴³ SEN, 2000, p. 39.

⁴⁴ GRIMM. Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Trad. Raúl Sanz Burgos. Editorial Trotta. Madrid, 2006, p. 162-3.

⁴⁵ SEN. Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Dornelli Mendes, Companhia das Letras, São Paulo, 2011, p. 13.

liberdade individual que, colocando-se como lugar de intersecção entre ‘liberdade positiva’ (a capacidade de ser e de agir) e ‘liberdades negativas’, universaliza o direito de ter direitos para todo o gênero humano.”⁴⁶

Sandel, por sua vez, ao rechaçar a descrição liberal da obrigação, na qual apenas o indivíduo estaria vinculado se tivesse dado consentimento, bem como a concepção voluntarista do indivíduo, pautado na lição de Alasdair MacIntyre, que desenvolve uma concepção narrativa da pessoa como membro de um grupo, ressalta que as obrigações de solidariedade não requerem consentimento, as quais impõem deveres aos indivíduos na condição de membros de uma família ou de uma nação ou de um povo, sendo que “a capacidade de sentir orgulho e vergonha de atos de membros de nossa família e de nossos concidadãos tem a ver com a responsabilidade coletiva, em favor deste grupo a que pertencemos.”⁴⁷

Registre-se, na lição de Novais, que essa contraposição e até competição entre liberdade e igualdade é, no fundo, muito ideológica. Isso tem origem da ruptura produzida pela Revolução Russa, que produziu a declaração de direitos do povo trabalhador e explorado, apresentando-se como alternativa radical ao Estado liberal. Assim, por não mais admitir a existência de direitos contra o Estado, assentados na autonomia individual, mas sim a existência de direitos através do Estado, que estava nas mãos dos próprios trabalhadores.⁴⁸ Tal concepção ideológica, continua Novais, ignora, no entanto, que as primeiras constituições do Estado de Direito Social (Weimar - 1919) – registro que a anterior mexicana (191) já havia feito isso também – não adotaram posição antagônica entre direitos sociais e de liberdade, pelo contrário, sustentaram a necessidade da coexistência de ambos, para garantir a liberdade e a autonomia individual, mas também assumindo as ideias de solidariedade, de igualdade e de justiça social.⁴⁹

E necessário que seja buscada, então, em especial em países como o Brasil em que há um enorme déficit de direitos sociais, a conciliação entre a liberdade e a igualdade, de forma efetiva, tendo em conta que, embora o

⁴⁶ CARDUCCI. Michele. **Por um Direito Constitucional Altruísta**. Trad. Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros e Cristina Lazzarotto Fortes. Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 58.

⁴⁷ SANDEL. 2014. p. 272-8

⁴⁸ NOVAIS. 2010, p. 18-20.

⁴⁹ Ibidem, p. 20.

arcabouço jurídico existente, ainda a desigualdade impera em nosso País, sendo que, ademais, diante das medidas neoliberais adotadas recentemente (PEC do Teto) e em curso (reformas trabalhistas e previdenciárias), o que se vislumbra é, infelizmente, um afastamento desta conciliação.

Convém registrar que, mesmo numa concepção de Estado liberal, Dworkin afirma que sequer há um direito geral de liberdade, mas apenas direito específico, como liberdade de expressão, liberdade religiosa, ressaltando que o direito fundamental é de igualdade, compreendida como igual respeito e igual consideração. Segundo ele, o igual respeito significa que as pessoas devem ter um tratamento igual; já na igual consideração, as pessoas devem ter um tratamento como igual, no sentido de que tenham as mesmas oportunidades de acordo com as suas diferenças, o que permite um tratamento diverso a indivíduos que estejam em situação diferente, o que vem a legitimar as ações afirmativas.⁵⁰

Bobbio, ao referir-se ao ideal da igualdade, é certo:

A tendência no sentido de uma igualdade cada vez maior, como já havia observado ou temido Tocqueville no século XIX, é irresistível: o igualitarismo, apesar da aversão e da dura resistência que suscita em cada reviravolta da história, é uma das grandes molas do desenvolvimento histórico. A igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização. Jamais como em nossa época foram postas em discussão as três fontes principais de desigualdade entre os homens: a raça (ou, de modo mais geral, a participação num grupo étnico ou nacional), o sexo e a classe social.⁵¹

Aliás, além desta necessária conciliação entre igualdade e liberdade, é preciso que seja resgatado um terceiro princípio, qual seja o da fraternidade, princípio este esquecido na história. De fato, Baggio destaca que, do lema da Revolução Francesa, Liberdade, Igualdade e Fraternidade, os dois primeiros princípios, liberdade e igualdade, evoluíram e se tornaram autênticas categorias políticas, o que não ocorreu com a ideia de fraternidade,⁵² que

⁵⁰ DWORKIN. Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, Trad. Nelson Boeira, 3ª Ed., Martins Fontes, São Paulo, 2010, p. 409-427.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Ediouro, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 1997, p. 43.

⁵² BAGGIO. Antonio Maria. **A redescoberta da fraternidade na época do 'terceiro' 1789**, *In* O princípio esquecido: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas, Org. Antônio Maria Baggio. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida, Editora Cidade Nova, Vargem Grande Paulista/SP, 2008, p. 8.

apenas foi concebida com interpretação redutivas, as quais contribuíram para gerar uma espécie de desconfiança em relação a ela, como a vivida nas organizações secretas – maçonaria, ou como fraternidade de classe, interpretações estas que não podem ser consideradas como fraternidades diferentes, mas como negações da própria fraternidade.⁵³

Rawls destaca esse papel secundário do princípio da fraternidade na teoria democrática, em comparação com os princípios da liberdade e da igualdade, por ser aquele considerado como um “conceito menos especificamente político, que não define em si mesmo nenhum dos direitos democráticos”, expressando apenas “atitudes mentais e formas de conduta sem os quais perderíamos de vista os valores expressos por estes direitos.” Entretanto, embora também represente esses valores, como também um senso de amizade e de solidariedade, exemplificando com o que ocorre na família, onde nem sempre a maximização da soma das vantagens é admitida, porquanto geralmente os membros da família não desejam ganhar a não ser que possam promover os interesses dos outros membros, Rawls registra que o princípio da diferença parece corresponder a um significado natural de fraternidade, consistente na “idéia de não querer ter mais vantagens, exceto quando isso traz benefícios para os outros que estão em pior situação”.⁵⁴

Por isso, continua Baggio, o sentido da fraternidade deve ser universal, numa identificação do “sujeito humanidade, como sendo o único que garante a completa expressão também aos outros dois princípios universais, a liberdade e a igualdade.”⁵⁵ Ainda, a ideia de fraternidade, segundo Baggio, é mais abrangente que a de solidariedade, ressaltando que com esta última aquela teve uma aplicação política parcial, sendo necessário, no entanto, que se desenvolva um relacionamento horizontal, e não apenas vertical, com o estabelecimento de condições para que, primeiro, a fraternidade passe a fazer parte constitutiva da decisão política, ao lado da liberdade e da igualdade e, segundo, que possa influir, na mesma medida, com os outros dois princípios, numa mesma dinâmica em todas as esferas públicas.⁵⁶

⁵³ BAGGIO, 2008, p. 20.

⁵⁴ RAWLS. John. **Uma teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997. p. 112-3

⁵⁵ BAGGIO, 2008, p. 21.

⁵⁶ Ibidem, p. 22-3.

Nesta mesma linha, Aquini registra que “a fraternidade está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos”, numa dimensão de reciprocidade, reciprocidade esta não no sentido clássico do direito internacional, segundo a qual um Estado pode agir e de forma idêntica ao outro, mas sim num sentido de “atos relacionais voluntários não condicionados pelo comportamento do outro”, fazendo com que “a fraternidade, mais do que como um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos.”⁵⁷

Tosi, após registrar que a fraternidade, como a igualdade e a liberdade, tem suas raízes no cristianismo, faz uma precisa diferenciação no significado de tais princípios, vinculando a fraternidade com o olhar para o direito do outro, ressaltando que,

ao enfatizar a liberdade e a igualdade em detrimento da fraternidade, a Modernidade acentuou os aspectos individualistas e egoístas dos Direitos Humanos, esquecendo o caráter social, fraterno e solidário desses mesmos Direitos, que não são simplesmente do indivíduo e de grupos ou classes, mas também do ‘outro’, do mais pobre, do mais desfavorecido. Se a liberdade remete ao indivíduo na sua singularidade, e a igualdade abre para uma dimensão social que, no entanto, permanece no âmbito da identidade de certo grupo ou classe social *contra* outros, a fraternidade remete à idéia de um ‘outro’ que não sou eu nem meu grupo social, mas o ‘diferente’ diante do qual tenho deveres e responsabilidades, e não somente direitos a opor. A fraternidade é entendida aqui de maneira oposta à famosa resposta de Caim quando interpelado pelo Senhor: ‘Onde está teu irmão Abel? E ele respondeu: ‘Não sei. Acaso sou eu o responsável por meu irmão’ (Gn 4, 8-9). Caim era irmão no sentido carnal, mas não foi fraterno, porque não se sentia *responsável* pelo outro. Por isso, Jesus Cristo disse que seus irmãos eram o que o seguiam (cf Mt, 12, 46-50), desvinculando o sentido de fraternidade dos laços de sangue para laços mais amplos e tendencialmente universais.⁵⁸

Com isso, como acentua Lima, o ideal individualista da Modernidade, focado nos critérios de eficiência e utilidade, deve ser contraposto com os ideais de tolerância e de solidariedade, expressões representativas de

⁵⁷ AQUINI, Marco. **Fraternidade e direitos humanos**. In O princípio esquecido: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas, Org. Antônio Maria Baggio. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida, Editora Cidade Nova, Vargem Grande Paulista/SP, 2008, p. 137.

⁵⁸ TOSI, Giuseppe. **A fraternidade é uma categoria política?** In O princípio esquecido 2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política, Org. Antônio Maria Baggio. Trad. Durval Cordas e Luciano Menezes Reis, Editora Cidade Nova, Vargem Grande Paulista/SP, 2009, p. 59-60.

fraternidade,⁵⁹ admitindo-se, no plano ético, “que os interesses de cada membro da comunidade têm importância e importância igual”, cujos interesses devem ser concretizados pela “interação entre o conjunto de oportunidades e o conjunto das preferências do sujeito.”⁶⁰

Esse ideal de fraternidade deveria decorrer de nossa própria natureza humana, isso porque, como ensina Arendt:

Até mesmo a experiência do mundo, que nos é dado material e sensorialmente, depende do nosso contato com os outros homens, do nosso senso comum que regula e controla todos os outros sentidos, sem o qual cada um de nós permaneceria enclausurado em sua própria particularidade de dados sensoriais, que, em si mesmos, são traiçoeiros e indignos de fé. Somente por termos um senso comum, isto é, somente porque a terra é habitada, não por um homem, mas por homens no plural, podemos confiar em nossa experiência sensorial imediata. No entanto, basta que nos lembremos que um dia teremos de deixar este mundo comum, que continuará como antes, e para cuja continuidade somos supérfluos, para que nos demos conta da solidão e da experiência de sermos abandonados por tudo e por todos.⁶¹

Portanto, é preciso o comprometimento de todos pela noção de liberdade substancial, de igualdade material e, enfim, de resgate da fraternidade no cenário brasileiro, o que pode ser extraído de nossa Constituição, ao instituir um Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º da CF) e que, portanto, impõe obrigações para os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) e também para as forças constituídas da sociedade, com o objetivo de *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I, da CF), *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III da CF) e *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV, da CF), a fim de que sejam observados os princípios norteadores fundamentais da República, em especial, da *cidadania* (art. 2º, II, da CF) e da *dignidade da pessoa humana* (art. 2º, III, da CF) e

⁵⁹ LIMA. Alexandre José Costa. **A dialética da fraternidade, da dignidade e do pluralismo**. In O princípio esquecido 2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política, Org. Antônio Maria Baggio. Trad. Durval Cordas e Luciano Menezes Reis, Editora Cidade Nova, Vargem Grande Paulista/SP, 2009, p. 72.

⁶⁰ Ibidem, p. 81.

⁶¹ ARENDT. Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo, Companhia das Letras, São Paulo, 1989, p. 528.

estabelecer a igualdade, de fato, preconizada no art. 5, *caput*, § 1º, da Constituição Federal.

Bonavides, após afirmar que ‘a Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição de Estado Social’, é taxativo a respeito:

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social.⁶²

No mesmo sentido, Rocha afirma que todos os objetivos estabelecidos nos incisos I, III e IV do art. 3º da Constituição Federal “traduzem exatamente a mudança para se chegar à igualdade”, razão pela qual a “Constituição determina uma mudança do que se tem em condições sociais, políticas econômicas e regionais”, a fim de se configurar, de fato, o Estado Democrático de Direito.⁶³

Como se vê, o direito fundamental à igualdade, que se extrai sem qualquer dúvida das normas acima referidas, deve ser o condutor das transformações sociais, considerando a igualdade não apenas em seu aspecto formal, mas sim no seu conteúdo material. E isso pode ser feito, p. ex., com ações afirmativas, como as adotadas pelo Executivo nas políticas de cotas, como se votando, de uma vez, o imposto sobre grandes fortunas pelo Legislativo, como se combatendo, de forma árdua, pelo sistema de Justiça, a sistêmica corrupção do País envolvendo os crimes de colarinho branco, em especial a sonegação fiscal, como fiscalizando e exigindo medidas de transparência pela sociedade civil organizada, bem como tendo uma efetiva participação popular nos termos de interesse nacional, e, por fim, como se adotando por empresas/corporações medidas de *compliance* (Lei Federal

⁶² BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 16ª Ed., Malheiros, 2005, p. 371 e 376.

⁶³ ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 33, n.º 131, jul/set 1996, p. 289.

12.843/13), com o objetivo de uma administração responsável e de construção de uma relação transparente e ética dessa empresa com a coisa pública.

Poder-se-ia parecer que as medidas acima elencadas, exceto a primeira, nada teriam a ver com o princípio da igualdade. Pelo contrário, todas as medidas que visam à captação de recursos permitem que estes, uma vez obtidos, sejam direcionados a políticas de inclusão social. Não há dúvida de que, diante do quadro atual vivenciado, pode haver utopia nessas pretensões, no entanto é imprescindível que se crie no seio da comunidade política e na sociedade essa ideia de comprometimento, solidariedade e de responsabilidade para com o outro, pautados no princípio de igualdade e de liberdade substantiva e de resgate do princípio da fraternidade.

Nessa esteira é de se registrar a lição, mais uma vez, de Dworkin, ao discorrer acerca dos três modelos de comunidade, ressaltando que é preciso que seja fomentado um modelo de comunidade de princípios, o que inclui – e não exclui – todos os membros da comunidade.

O modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos tão bem quanto qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista. Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios de sentimento de equidade e de justiça da organização política vigente em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios. Faz com que essas responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos, para o melhor ou para o pior.⁶⁴

Essa compatibilidade deve ser pensada, portanto, numa perspectiva de que a sociedade organizada volte os olhos para o outro, para o excluído, e concentre suas ações políticas na concretização dos direitos destes. E isso somente é possível se for levado a sério o princípio da igualdade, em seu conteúdo material, como forma de integração da comunidade excluída e, em razão disso, sequer consegue participar do discurso. Isso não significa que ele não possa ser incluído nos processos políticos da comunidade, pelo contrário, ele deve ser incluído, pois o cumprimento disso, na realidade brasileira, está

⁶⁴ DWORKIN. Ronald. **O Império do Direito**, Trad. Jeferson Luiz Camargo; 3ª Ed., Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 256-7.

em pleno acordo com os objetivos fundamentais da República. Nesse aspecto, a importância de que a liberdade seja vista como responsabilidade para o com os outros, numa visão positiva/substantiva e fraterna (princípio da fraternidade), no sentido de conferir ao ser humano a capacidade de ser e de agir, o que somente é possível com a inclusão dos excluídos, cuja responsabilidade é de todos.

Com isso se quer dizer que todos – poderes constituídos, órgãos e instituições governamentais, empresas privadas e sociedade civil – devem trabalhar em busca do direito fundamental à igualdade material e tem campo de atuação para se alcançar isso, desde que haja comprometimento e responsabilidade solidária, com o objetivo de transformação da realidade brasileira, conferindo-se dignidade a uma enorme quantidade de excluídos e que não vivem bem e, portanto, não atingem o bem supremo aristotélico – a felicidade, como sinônimo de viver dignamente.

Para se cumprir com o princípio da igualdade material, em relação ao outro, para se cumprir o princípio da fraternidade, o Estado Democrático de Direito deve buscar a implementação dos direitos fundamentais sociais, porquanto isso permitirá a uma verdadeira emancipação de uma enormidade de excluídos, conferindo-lhes as capacidades de que fala Sen, que viabilizará que possam conduzir as suas vidas da forma que a valorizam⁶⁵, o que é vedado pela pobreza e pela miséria onde estão inseridos e pela desigualdade material evidente, que acaba por impedir a liberdade real/substantiva/positiva.

É que os direitos fundamentais sociais, na precisa observação de Barreto, “não são meios de reparar situações injustas, nem são subsidiários de outros direitos”, razão pela qual não estão inferiorizados em relação aos direitos civis e políticos, sendo que, uma vez entendidos como “igualdade material e exercício de liberdade real”, os direitos sociais exercem posição e função que incorpora aos direitos humanos uma dimensão necessariamente social e retira o carácter de caridade ou doação gratuita, com atribuição do carácter de exigência moral como condição de sua normatividade⁶⁶.

⁶⁵ SEN. 2000, p. 32

⁶⁶ BARRETO. Vicente De Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais.** In Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 110.

É por isso que é urgente que haja uma concepção democrática, garantista, participativa e inclusiva dos direitos sociais, afastando-se dos mitos que, frequentemente, servem para inferiorizá-los dos direitos civis e políticos, bem como para que seja negada a natureza de verdadeiros direitos fundamentais, o que se passará a discorrer no próximo tópico.

1.3 A reconstrução dos direitos sociais: democrática, garantista, participativa e inclusiva

Para a implementação dos direitos fundamentais sociais, portanto, colocando o direito à igualdade no mesmo patamar do direito à liberdade, é imprescindível uma mudança de comportamento no sentimento dominante, em todas as esferas governamentais e também na sociedade, no que diz respeito à compreensão dos direitos sociais, a fim de que eles sejam, de fato, considerados como fundamentais, na mesma medida que os clássicos direitos de liberdade.

Essa fundamentalidade, no caso do Brasil, sequer poderia ser discutida tendo em conta o fato de a Constituição Federal elencar um extenso rol de direitos sociais, diferentemente do que ocorreu com a Constituição alemã de 1949, que não se reportou explicitamente aos direitos sociais. Conforme explica Sarlet, naquele país os direitos sociais somente foram admitidos mediante uma construção interpretativa posterior, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, que permitiu o reconhecimento ao direito constitucional de um mínimo vital e um mínimo existencial, que integram o *conteúdo essencial do princípio do estado social de Direito*, interpretação esta que considerou a multifuncionalidade dos direitos fundamentais clássicos.⁶⁷ Com isso, embora a não positivação constitucional de direitos sociais, como anota Novais, foi possível “extrair dos direitos de liberdade obrigações estatais de natureza social, no sentido de que o Estado se deveria responsabilizar pela garantia dos pressupostos fáticos mínimos de exercício da liberdade.”⁶⁸

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. 4^o ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004, p. 316-7.

⁶⁸ NOVAIS, 2010, p. 123.

Essa interpretação extensiva ocorrida na Alemanha não é necessária de ser feita em Portugal e nem no Brasil, diante da posituação existente em ambas as constituições. No entanto, embora a extensa previsão constitucional de tais direitos, tais normas não possuem efetividade, em especial no Brasil, o que se deve muito em razão da confusão entre a visão política e jurídica que se tem em relação aos direitos sociais. Com efeito, como aponta Novais, no momento em que, para a consecução dos direitos sociais, exige-se, no mais das vezes, uma atuação enquanto fornecedor de prestações fáticas de natureza econômica e social, surge a confrontação com temas eminentemente políticos, como as funções do Estado, as relações do Estado com a persecução do bem comum e da justiça social e sua posição face à autonomia individual, mascarando, assim, a compreensão que se deve ter dos direitos sociais como problema jurídico-constitucional, no sentido da relevância jurídica que eles devem ter na qualidade de garantias constitucionais.⁶⁹

Não há dúvida, então, que, com essa percepção, facilmente, há a negação de tais direitos, em especial no Brasil e em países periféricos marcados por grande exclusão social, sob argumentos políticos e econômicos, vigorando, na verdade, uma nova *lex mercatória*, de caráter global, em clara violação à própria democracia e ao próprio Estado de Direito.

Em razão desse estado de coisas, Pisarello, ao sustentar a necessidade de uma reconstrução garantista e democrática dos direitos fundamentais sociais, registra quatro teses, ou melhor, quatro mitos sustentados pelo sistema político e jurídico (pensamento dominante) que tem contribuído para a negação de tais direitos sociais à imensa coletividade, propondo, em contrapartida, um reconstrução deste pensamento dominante, dentro de um ponto de vista garantista e democrático participativo/deliberativo.⁷⁰

Essa reconstrução objetiva fazer com que o Direito seja um instrumento de proteção aos sujeitos mais fracos e não expressar apenas os interesses dos mais fortes, como tem ocorrido, em consonância com a posição de Ferrajoli, no sentido de que todos os direitos fundamentais tem sido, historicamente, resultados de lutas e revoluções que buscam a ruptura de uma

⁶⁹ NOVAIS, 2010, p. 23.

⁷⁰ PISARELLO, 2007, p. 14-8.

normalidade, que ocultava a opressão ou a discriminação, gerando conquistas em defesa de “sujetos más débiles contra la ley de más fuerte”⁷¹. Ainda, para que ocorra essa reconstrução, é preciso que esse processo de garantia de direitos esteja em constante democratização, sob o viés institucional e não institucional, objetivando a solução dos problemas com a participação dos grupos mais vulneráveis.⁷²

Dessa forma, o primeiro mito dominante a ser rechaçado consiste naquele de viés histórico que estabelece que os direitos sociais são de segunda ou terceira geração e que, por isso, são posteriores aos direitos civis e políticos.

No ponto, Pisarello, contesta, em primeiro lugar, a percepção dominante de que os direitos sociais surgiram depois (tese das gerações) dos direitos civis e políticos, ressaltando que, embora, sob o ponto de vista formal, aqueles apenas tiveram presença generalizada no constitucionalismo do segundo pós-guerra, é possível resgatar uma história mais completa, em que se pode ver a co-originalidade dos direitos sociais com os direitos civis e políticos, a revelar que eles não podem ser considerados como direitos tardios, registrando previsões normativas na Inglaterra já no século XVII a respeito de direitos sociais, bem como nas colônias americanas e na França, nas primeiras constituições decorrentes da Revolução Francesa (1791 e 1793).⁷³

Registre-se que a tese das gerações, referida por Bobbio, ao que se percebe, teve o intuito de se fazer uma explicação dogmática dos direitos, não tendo a extensão em que foi interpretada, no sentido de que os direitos de liberdade teriam surgindo antes dos direitos sociais.

O segundo mito a ser combatido é a tese normativa ou da filosofia dos direitos no sentido de que somente os direitos civis e políticos é que estariam vinculados de forma direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto que os direitos sociais somente estariam ligados de forma indireta a tal princípio, com o que teriam proteção debilitada.

Em relação a tal questão, Pisarello rechaça o entendimento difundido de que os direitos sociais seriam, axiologicamente, subordinados aos direitos

⁷¹ FERRAJOLLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Trad. Perfecto Andrés Ibañes e Outros. Editorial Trotta, Madrid. 2008, p. 51-2.

⁷² PISARELLO, 2007, p. 14-8

⁷³ Ibidem, p. 19-36.

civis e políticos, em razão de que estes, diferentemente daqueles, possuiriam vinculação estreita a bens que são fundamentais para qualquer pessoa (vida, intimidade, integridade física e liberdade de expressão), representativos da própria dignidade da pessoa, com o que haveria uma ligação dos direitos políticos com valores e princípios com a liberdade, a segurança e a diversidade, enquanto que os direitos sociais estariam ligados apenas à igualdade, que é colocada em segundo nível, porquanto a primazia é a satisfação daqueles outros princípios.⁷⁴

Tal concepção, por certo, é totalmente falha, porquanto é evidente que a dignidade também fundamenta os direitos sociais, como a igualdade também o faz em relação aos direitos civis e políticos, donde, conforme assevera Pisarello, todos os direitos (civis, políticos e sociais) devem ser considerados “derechos indivisibles e interdependientes susceptibles de fundamentación común: la igual dignidad, la igual libertad, la igual seguridad o la igual diversidad de todas las personas”⁷⁵

Ainda, essa interdependência e indivisibilidade entre os direitos civis, políticos e sociais decorre do fato de que os direitos sociais são importantes para o exercício dos direitos civis e políticos. Da mesma forma, estes ficariam sem conteúdo e inferiorizados sem direitos sociais básicos, a revelar a vinculação deles.

Isso significa que, do mesmo modo que os direitos sociais podem ser vistos como direitos de liberdade, os direitos civis e políticos podem ser concebidos como direitos de igualdade.

Ainda, sob tal aspecto, Pisarello ressalta que os direitos sociais devem ser considerados como direitos de igualdade e não de diversidade, a fim de evitar o universalismo usurpador, que inclui apenas a imagem dominante do sujeito de direitos: homem branco ocidental, maior de idade, heterossexual e trabalhador, excluindo, assim, uma gama de seres humanos de sujeitos de direitos; mulheres, crianças, incapazes, pessoas que não sejam ocidentais, etc.⁷⁶

⁷⁴ . PISARELLO, 2007, p. 37-58.

⁷⁵ Ibidem, p. 52-3.

⁷⁶ Ibidem, 2007, p. 51.

Em terceiro lugar, deve ser afastada a tese teórica que sustenta a diferença de estrutura entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, sustentando que estes últimos, diferente dos primeiros, por exigirem prestações positivas do Estado, são caros e indeterminados.

Sobre tal ponto, Pisarello refuta a concepção de que os direitos sociais possuem estrutura diferente dos direitos civis e políticos, no sentido de que estes são de caráter negativo, não onerosos e de fácil proteção, uma vez que determinados e de proteção individual, enquanto que aqueles seriam custosos e condicionados à reserva do economicamente possível ou razoável, bem como vagos e indeterminados e de dimensão coletiva.⁷⁷

Tal sustentação, de fato, é frágil, porquanto é inegável que os direitos civis e políticos, classificados como direitos negativos, muitas vezes também exigem prestações positivas. Com efeito, no caso da liberdade de expressão, por exemplo, não basta a garantia de não ser censurado (direito negativo), mas também é preciso ações positivas no sentido de incentivo ao exercício desse direito. Da mesma forma, os direitos sociais exigem atuações positivas, mas também comportam deveres negativos e de abstenção, em especial nos casos de vedação de retrocesso.

Com isso, não há dúvida de que tanto os direitos sociais como os civis e políticos custam dinheiro, não sendo possível, então, afastar-se a fundamentalidade dos primeiros por tal critério.

Da mesma forma, também deve ser afastado o argumento de que os direitos sociais estão vinculados à *reserva do possível*, no sentido de que, para a concretização deles, é necessário que haja disponibilidade financeira e orçamentária, o que afastaria inclusive o controle judicial, porquanto matérias afetas exclusivamente ao legislativo e ao executivo. Tal argumento – da reserva do possível – como afirma Novais, não deve ser negado, porém esse tal condicionamento econômico e financeiro, que, na sua visão, realmente existe, “não é exclusivo dos direitos sociais, mas é algo com que têm de viver todos os direitos fundamentais, incluindo os direitos de liberdade”, uma vez que é evidente que os clássico direitos negativos também custam dinheiro, não se podendo, no momento em que se coloca no mesmo patamar o princípio da

⁷⁷ PISARELLO, 2007, p. 59-77.

liberdade e da igualdade, fundamentais dentro do Estado Democrático e Social de Direito, sustentar que a reserva do possível seja exclusiva ao direitos sociais.⁷⁸

Não há também como se admitir que os direitos sociais sejam vagos e indeterminados, enquanto os direitos civis e políticos seriam determinados e precisos, uma vez que as expressões para a designação daqueles não diferem das usadas para a designação destes, sendo necessária uma adoção coerente de convenções linguísticas e práticas hermenêuticas, o que permitirá a devida compreensão deles e o afastamento da alegação de indeterminação e vagueza, no mais das vezes utilizadas para a negação de tais direitos.

No ponto, conforme Novais, se há, de fato, uma indeterminabilidade dos direitos sociais, decorrente da própria *natureza das coisas*, advertido que “tal debilidade sofre a generalidade dos direitos fundamentais, incluindo os tradicionais direitos de liberdade.”⁷⁹ Veja-se, apenas a título de exemplo, que tanto a norma que estabelece que todos tem direito à saúde (art. 196 da CF), que é um direito social, como a norma que estabelece o direito à liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF/88), que é um direito clássico de liberdade, possuem vagueza e conteúdo indeterminado, exigindo, ambos os direitos, a conformação do legislador e a atuação do Judiciário em caso de omissões, não podendo se atribuir, então, a pecha de indeterminabilidade apenas aos direitos sociais.

Da mesma forma, não se sustenta a alegação de que os direitos sociais seriam específicos de dimensão coletiva, enquanto os civis e políticos abstratos e individuais, sendo estes mais facilmente aplicáveis. Tal tese não é razoável pois do mesmo modo que os direitos sociais podem ser exercidos de forma pessoal e individual, os direitos civis e políticos podem ser exercidos de maneira coletiva, por meio de associações, sindicatos, etc.

Por fim, como último mito a ser combatido, está a tese dogmática na qual se entende que somente os direitos civis e políticos possuem proteção efetiva no ordenamento jurídico, enquanto que os direitos sociais possuem caráter secundário, não podendo sequer ser chamados de fundamentais, além de não poderem ser judicialmente exigíveis.

⁷⁸ NOVAIS. 2010, p. 93.

⁷⁹ Ibidem. 2010, p. 144.

A respeito disso, Pisarello rechaça a concepção de que os direitos sociais são direitos de tutela debilitada em relação aos direitos civis e políticos, em razão de que exigiriam livre e arbitrária configuração legislativa (quando quisesse) e dependeriam de atos políticos do legislador e que não seriam direitos sindicáveis pelo Judiciário.⁸⁰

Tal concepção não é adequada tendo em conta a própria previsão existente nos ordenamentos jurídicos (constituições) no catálogo de direitos fundamentais dos direitos sociais, o que comportaria, somente por isso, uma atribuição de um conteúdo mínimo e a imposição de certos deveres elementares aos poderes públicos de cumprimento progressivo e de proibição de retrocesso.

Registre-se, ainda, que não só os direitos sociais, mas também os civis e políticos, são de conformação pelo legislador, sendo que ambos exigem leis (regulações) para o efetivo exercício deles, bem como para a exigibilidade deles perante o Judiciário. Tal não impede que um conteúdo mínimo e indispensável seja suscetível de proteção mesmo não havendo regulação legal, tanto em relação aos direitos civis e políticos, como em relação aos sociais e econômicos.

Essa proteção também tem que existir para os momentos de crises, oportunidade em que os poderes constituídos devem proteger de forma prioritária os membros mais vulneráveis da sociedade.

No entanto, a crise do estado social e as posições neoliberais acabaram por tratar os direitos sociais como de livre conformação do legislador, autorizando-o a não os promover e também a impor restrições arbitrárias e regressivas.

Também não se sustenta que os direitos sociais não podem ser buscados judicialmente, sob o argumento de falta de legitimidade democrática do Judiciário e de falta de habilidade técnica dos magistrados de lidar com questões econômicas. Com efeito, o controle jurisdicional das políticas econômicas e sociais é condição para a adequação do cumprimento do estado social, em caso de omissão dos poderes legislativo/executivo, como forma de

⁸⁰ PISARELLO, 2007, p. 79-110.

proteção de minorias (maiorias excluídas). Ou seja, as maiorias legislativas não podem invocar o princípio democrático para justificar medidas regressivas.

Não há também como se justificar a não sindicabilidade pela alegação de que os juízes não possuem habilidade técnica para as questões econômicas, uma vez que nem sempre os casos em que envolvem direitos sociais são questões de alta complexidade técnica, além de que os juízes podem inclusive ser assessorados por peritos. Além disso, em decisões de direitos patrimoniais também, muitas vezes, há análise de dados técnicos e nem por isso se sustentou que os juízes não devam decidir.

Com maior contestação, Abramovich e Courtis, também sustentando a inexistência de diferenças estruturais entre os direitos sociais dos civis e políticos, registram que essa diferenciação engloba uma visão totalmente tendenciosa e naturalista do rol e do funcionamento do aparato estatal, coincidente com a posição demoníaca do Estado Mínimo, que deve garantir apenas justiça, segurança e liberdade, não levando em conta que “la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado.”⁸¹

Após fazer as críticas sobre as teses dominantes no sistema político e jurídico, Pisarello propõe uma reconstrução para a compreensão dos direitos sócias e suas garantias, assentando as seguintes premissas: a) necessidade de uma reconstrução unitária, no sentido de se compreender haver interdependência e indivisibilidade de todos os direitos civis, políticos e sociais, tanto em termos axiológicos, como estruturais; b) necessidade de um reconstrução completa das garantias desses direitos, tanto no que diz respeito aos sujeitos encarregados de proteção, como em relação ao nível de proteção, permitindo-se o controle não somente pelo Poder Judiciário, mas também por outros órgãos de controle, a fim de se viabilizar uma exigibilidade mais ampla; c) necessidade de que essa reconstrução democrática das garantias dos direitos seja mais participativa e menos institucionalista, a fim de se criar espaços para os destinatários mais vulneráveis desses direitos.⁸²

⁸¹ ABRAMOVICH. Víctor. COURTIS. Christian. **Los Derechos Sociales como derechos exigibles**. Editorial Trotta. Madrid. 2014, p. 23-4.

⁸² PISARELLO, 2007, p. 111-35.

Dessa forma, essa reconstrução unitária, completa e participativa exige, continua Pisarello, em primeiro lugar, um alargamento dos sujeitos encarregados de proteção, que se consubstanciam em garantias políticas, próprias do Poder Legislativo e do Poder Executivo, ao instituírem normas e mecanismos de proteção, tendo como fonte principal a própria Constituição, onde estão as *garantias constitucionais*, mas também todo o ordenamento jurídico decorrente (leis, decretos, etc.), caracterizando a *garantia legal formal*. Para tanto, são estabelecidas *garantias primárias*, que servem para dar conteúdo aos direitos sociais, estabelecendo obrigações negativas e positivas que outros poderes e particulares devem submeter-se, bem como *garantias secundárias*, no sentido de controlar e de reparar em caso de descumprimento.⁸³ Essas garantias secundárias são tuteladas pelos próprios órgãos administrativos, sejam internos (p. ex., COAF, CGU), ou externos (como o Tribunal de Contas), ambos no caso brasileiro.

Além das garantias políticas, segue Pisarello, são necessárias garantias jurisdicionais que, ao lado das garantias encomendadas a órgão do tipo legislativo e administrativo, os ordenamentos jurídicos modernos estabelecem as garantias jurisdicionais, a cargo do Poder Judiciário, que podem ser ordinárias (permite o controle e a reparação por todos os juízes e tribunais), como é o caso brasileiro, ou especiais (permite o controle e a reparação a um tribunal supremo).⁸⁴

Por fim, além das garantias referidas – políticas e judiciais, Pisarello defende que é necessário e de suma importância as garantias extrainstitucionais ou sociais, as quais decorrem do papel da participação popular na garantia dos direitos sociais, que podem ser indiretas, consubstanciadas na possibilidade de eleger os representantes, participar da eleição, mas também do exercício efetivo de associação, de informação e de crítica, que são mecanismos indiretos de controle a ser feitos pela população. Ainda, a participação para a produção de leis ou para a reforma constitucional, como os projetos de iniciativa popular, a participação em audiências públicas, a participação da escolha do orçamento, etc. Da mesma forma, também a legitimação para ações coletivas configura em mecanismo de proteção indireta.

⁸³ PISARELLO, 2007, p. 114-120

⁸⁴ Ibidem, p. 120-2.

Além dessa forma de garantia indireta, também devem ser viabilizadas garantias diretas ou de autotutela, que dizem respeito às medidas exercidas de forma direta para a proteção de um direito social, como ocorre nos casos de cooperativas de consumo que permitem os associados obterem os bens satisfativos de seus direitos. Ainda, são medidas de autotutela as tomadas quando da ocupação de fábricas abandonadas, terras improdutivas e imóveis desocupados, feitas em situações de extrema gravidade, mesmo que lesionando direitos de terceiros, que devem ser afastados em detrimento ao direito de preservação da própria sobrevivência e de dignidade do ser humano, que se apresentam em extrema vulnerabilidade social.⁸⁵

Em segundo lugar, segundo Pisarello, essa reconstrução unitária, além do alargamento dos titulares de proteção, também exige uma ampliação do âmbito de aplicação das garantias dos direitos sociais.

Com efeito, a crise do Estado Social tradicional e a expansão da globalização e das forças do mercado afetou os direitos fundamentais, cuja crise deve ser enfrentada, então, não apenas no âmbito estatal, mas também no âmbito infraestatal, com uma maior descentralização dos níveis de decisões, com atribuições de tutela não somente aos órgãos legislativo, executivo e judicial, mas também a outros entes locais (associações, federações, etc.).

De outro canto e de maneira simultânea, a proteção também deve ser feita no âmbito supraestatal ou internacional, até em razão do processo de globalização neoliberal da economia que castiga muitos estados, os quais perderam a capacidade de investimento e os recursos necessários para levar adiante reformas de políticas sociais e de medidas de salvaguarda dos direitos fundamentais. Por isso, há necessidade de desempenho de papel importante das instituições regionais e internacionais de direitos humanos, que deveriam ser fortalecidas para uma defesa eficiente dos direitos fundamentais.⁸⁶

Em conclusão, Pisarello, sustentando a universalidade e a interdependência entre os direitos civis, políticos e sociais, defende uma democratização da tutela dos direitos fundamentais, adotando-se garantias multi-institucionais, participativas e em vários níveis, com o objetivo de

⁸⁵ PISARELLO, 2007, p. 122-8.

⁸⁶ Ibidem, p. 129-35

enfrentamento da posição dominante que ainda diferencia os direitos sociais dos direitos civis e políticos, sustentando, outrossim, a necessidade de uma análise crítica sobre tal posição dominante, com uma leitura descontínua, ao invés de linear, conflitante, ao invés de harmônica, aberta, ao invés de fechada, como forma de transformação da tutela dos direitos fundamentais, com os olhos voltados aos destinatários de tais direitos, os mais vulneráveis.⁸⁷

Portanto, não há dúvida de que é urgente que seja adotada essa posição garantista e democrática em relação aos direitos sociais, porquanto a posição dominante tem sido negadora de tais direitos fundamentais, fazendo imperar o reducionismo estabelecido com a concepção liberal e com os direitos de liberdade.

E isso não pode ser concebível diante da carta constitucional brasileira que de forma expressa definiu os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos fundamentais, razão pela qual, conforme registra Novais, tendo as constituições, tanto do Brasil, como de Portugal, reconhecido expressamente os direitos sociais como direitos fundamentais, sequer poder-se-ia duvidar da fundamentalidade de tais direitos.⁸⁸

A fundamentalidade dos direitos sociais resta evidente quando se pode vincular aos quatro critérios trazidos por Ferajoli para se responder, de forma racional, à pergunta “quais direitos devem ser garantidos como fundamentais”, quais sejam, a dignidade da pessoa, a igualdade, a tutela dos mais fracos e a paz. De fato, segundo o autor referido, a dignidade da pessoa é o primeiro critério que deve ser observado para se concluir pela fundamentalidade do direito, sendo que essa dignidade é garantida por aqueles direitos fundamentais que asseguram a identidade da pessoa, como os direitos de liberdade (liberdade pessoal, liberdade de consciência, liberdade de pensamento e direitos de autonomia civil e política) e os direitos sociais à sobrevivência (direitos à saúde e à instrução, de subsistência e de previdência); a igualdade, continua Ferajoli, constitui-se no segundo critério para se configurar a fundamentalidade do direito, igualdade esta no sentido de proteção das diferenças e de redução das desigualdades, servindo como fundamento axiológico e lógico, “seja dos direitos de liberdade, que são

⁸⁷ PISARELLO, 2007, p. 136-8.

⁸⁸ NOVAIS, 2010, 252-3.

estabelecidos para a tutela do igual valor das diferenças pessoas, seja dos direitos sociais, que são todos direitos direcionados para a redução das desigualdades materiais e sociais”; ainda, menciona o autor citado, como terceiro critério, está o papel dos direitos fundamentais como *lei dos mais fracos*, em alternativa à lei dos mais fortes que vigorariam na sua ausência: primeiro, o direito à vida, contra quem é mais forte fisicamente; segundo, direitos de imunidade e de intimidade, contra quem é mais forte politicamente, terceiro, direitos sociais, como “direitos à sobrevivência, contra a lei de quem é mais forte social e economicamente”; por fim, como último critério, registra Ferajoli, está a paz, que tem conexão com os direitos humanos, devendo serem garantidos, então, como direitos fundamentais “todos aqueles direitos vitais para os quais a garantia é condição necessária da paz, como o direito à vida, à integridade pessoal, os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais à sobrevivência”, ou seja, “todos os direitos em que a ausência de tutela e garantia se degenera na violência opressiva dos mais fortes e na revolta dos mais fracos.”⁸⁹

Entretanto, no âmbito nacional, essa fundamentalidade não tem sido respeitada, tendo em conta a ausência de efetividade de tais direitos, por vezes com alegações infundadas de diferenciação dos direitos de liberdade, que apenas reflete uma concepção liberal, ou neoliberal, das classes que se mantêm no poder e que buscam apenas a satisfação do seu próprio interesse, em claro descumprimento aos fundamentos do Estado Social de Direito implantado pelo atual quadro constitucional brasileiro.

É importante, então, para a devida efetivação de todos os direitos fundamentais, sejam eles civis e políticos ou econômicos, culturais e sociais, em respeito, conforme ensina Novais, à nova concepção global de dignidade humana, seja implementado, ao lado dos deveres de respeito e de proteção, também o dever geral de promoção dos direitos fundamentais, que, tem nessa última tarefa, a marca do Estado social, que deixa de ser neutro e passa a ter uma função ativa, ou pelo menos deve ter, para a eliminação da desigualdades

⁸⁹ FERAJOLI. Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Hermes Zaneti Júnior e Alexandre Salim. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2011, p. 104-8.

flagrantes na sociedade e na elevação do princípio da igualdade na condição de vetor da transformação.⁹⁰

Nessa mesma perspectiva, Abramovich e Courtis, ancorados na lição de van Hoof, sustentam a existência de quatro níveis de obrigações estatais, em relação aos direitos fundamentais, independentemente de serem direitos civis e políticos ou direitos econômicos, sociais e culturais, quais sejam: *obrigação de respeitar*, consistente no dever do Estado em não interferir, obstaculizar ou impedir o gozo a esses bens/direitos; *obrigação de proteger*, decorrente do dever do Estado de impedir que terceiros interfiram, obstaculizem ou impeçam o acesso e o gozo a esses bens/direitos; *obrigação de garantir*, que visam a assegurar que os titulares dos bens/direitos tenham acesso a eles quando não puderem, por si próprios, alcançá-los; e, por fim, *obrigação de promover*, consistente no dever do Estado de desenvolver condições para que os titulares de tais bens/direitos tenham acesso a eles.⁹¹

Portanto, com essa perspectiva de múltiplas funções do Estado, em relação a todos os direitos fundamentais, independentemente da classificação que se pretenda dar, é possível uma reviravolta na baixa implementação dos direitos sociais e, no dizer de Vieira, uma verdadeira efetivação destes, elevando-se o princípio da igualdade material como vetor do Estado, a fim de que se possa retirar da “invisibilidade os submetidos à pobreza extrema, deixando-se de demonizar os que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados”.⁹²

Essa compreensão, com muito mais necessidade, deve ser adotada em países periféricos, como o caso do Brasil, onde o Estado Social é apenas formal, considerando o enorme déficit de implementação dos direitos sociais, que exclui um grande maioria.

Lamentavelmente, como se verá a seguir, o modelo de democracia contemporânea, que vige no Brasil, permite imaginar que essa perspectiva de múltiplas funções do Estado esteja longe de ser alcançada.

⁹⁰ NOVAIS, 2010, p. 257-69.

⁹¹ ABRAMOVICH y COURTIS, 2014, p. 28-9.

⁹² VIEIRA. Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do Estado de direito**. In: Igualdade, diferença e direitos humanos. Coord. Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flavia Piovesan. Editora Lúmen juris. Rio de Janeiro, 2008, p. 207.

CAPÍTULO II – A DEMOCRACIA DA EFICIÊNCIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A democracia da eficiência: uma concepção elitista

Em evento promovido pela Revista IstoÉ, no mês de dezembro de 2016, o presidente Michel Temer, ao ser eleito Brasileiro do Ano, exaltou que “o que o Brasil mais quer hoje é o que chamamos de ‘democracia da eficiência’”⁹³.

Diante das medidas adotadas pelo governo, como de democracia da eficiência, sobleva a Emenda Constitucional 95/2016, a chamada PEC do Teto, analisada de forma mais específica no próximo capítulo, que deixa evidente a visão econômica e neoliberal do atual governo, ao instituir um ajuste fiscal rigoroso, privilegiando o mercado e a economia, em detrimento evidente ao direito, em especial aos direitos fundamentais sociais, e ao próprio sistema democrático⁹⁴, tendo em conta o congelamento estabelecido pela Emenda referida aos investimento em áreas como saúde e educação.

Essa ideia expressada pelo governo brasileiro atual, ao que parece, tem duas origens bem definidas. A primeira é a da democracia elitista, na qual apenas alguns privilegiados detêm a capacidade de exercer o poder e buscam a manutenção do *status* que desfrutam. A segunda, por sua vez, decorre do pensamento econômico do século XX, do qual surgiu um antagonismo entre política e economia e entre democracia e eficiência econômica. Ou seja, a política e a democracia seriam os espaços irracionais que embaçam e atrapalham a eficiência econômica. Embora tais origens pareçam contraditórias, na verdade, elas se complementam.

⁹³ Temer é eleito Brasileiro do Ano em evento como Moro e Tucanos. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2016/12/temer-e-eleito-brasileiro-do-ano-em-evento-com-moro-e-tucanos-8648878.html>. Acesso em 07.12.2016.

⁹⁴ Convém ressaltar que tais medidas sequer eram objeto do plano de governo eleito e que acabou destituído pelo Impeachment, com o que a colocação em pauta de tal matéria, pelo agora Presidente, desconfigura, por completo, o sistema democrático, uma vez que os eleitores, ao escolherem o Governo, não votaram conhecendo tal propósito, pois isso não constava no plano de governo. Isso bem demonstra a frágil democracia ostentada no País, em consonância do que se pontuará no presente capítulo.

É o que se procurará demonstrar nesses dois primeiros itens, para, ao final do capítulo, estabelecermos os riscos de tais modelos, que desembocam nessa propalada democracia da eficiência, aos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, essa visão de democracia elitista, na qual a função dirigente é exercida apenas por uma parcela do povo, a classe dominante – no caso neoliberal atual comandada pelo mercado e pela economia – e aí o entrelaçamento entre as duas origens – tem objetivo claro de manter o *status* existente e de perpetuar a desigualdade, até porque para a classe elitista a igualdade é impossível.

Como adverte Pisarello, o neoliberalismo tem colocado na ordem do dia muitos argumentos antidemocráticos, ressaltando que é hipócrita o discurso utilizado, como “democracia liberal”, a “defesa de um governo dos melhores”, apresentando como populista e demagógico, os quais refletem, na verdade, velhos termos elitistas adaptados aos tempos atuais.⁹⁵

Essa ideia de democracia elitista remonta, é certo, aos gregos. Platão, em *A República*, propunha uma divisão de acordo com a capacidade de cada pessoa. Aristóteles, por sua vez, em *A Política*, entendia que a escravidão era justa e necessária, uma vez que havia pessoas que se adequavam para tais funções. Como ensina, Sandel, para Aristóteles, a justiça era uma questão de adequação, sendo assim, a escravidão seria justa, desde que preenchesse dois requisitos: ser necessária e natural. Seria necessária, “porque alguém precisa cuidar das tarefas domésticas enquanto os cidadãos dedicam seu tempo a reuniões para deliberar sobre o bem comum”. Além disso, ela teria que ser natural, no sentido de que tais pessoas deviam se adequar, pois algumas pessoas seriam assim por natureza e que seria melhor para elas serem comandadas por um mestre.⁹⁶

Tal concepção originou a teoria das elites, sustentada nas obras de Pareto, Mosca e Michels, pela qual apenas uma parcela – a elite – estaria apta a governar. Antes disso, pensadores, entre os quais Nietzsche e Ortega y

⁹⁵ PISARELLO. Gerardo. **Un Largo Termidor: La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático**. Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 19.

⁹⁶ SANDEL. Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Trad. da 13ª ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo, 13ª ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2014, p. 248-9.

Gasset formularam os princípios filosóficos do elitismo, no sentido de que a desigualdade era uma coisa natural.

De fato, Nietzsche sustenta que alguns homens possuíam mais *vontade de poder*, sendo que eram estes, então, que deveriam governar, os quais se constituíam numa minoria, pois a maioria não tinha aptidão para tanto, registrando que “o movimento democrático não é apenas uma forma de decadência da organização política, mas uma forma de decadência, quer dizer, uma diminuição do homem, a sua mediocrização e desvalorização.”⁹⁷

Igualmente, Ortega y Gasset demonstra grande preocupação com o que ele denominou de rebelião das massas, pelo fato de o homem médio – homem-massa – buscar realizar e fazer coisas antes apenas pertencentes a uma parcela diminuta da sociedade, registrando as superlotações em trens, em hotéis, enfim, nas cidades,⁹⁸ fazendo com que haja um “triunfo da hiperdemocracia”,⁹⁹ onde a massa atua diretamente sem lei, em contraposição quando vigia os princípios de um democracia liberal, em que apenas alguns eleitos governavam. Registra, ainda, que o homem-massa é produto do século XIX, que conferiu ao homem uma “limitada facilidade material”, gerando “a livre expansão de seus desejos vitais, portanto, de sua pessoa, e a radical ingratidão para com tudo que tornou possível a facilidade de sua existência.”¹⁰⁰ Por fim, é taxativo ao afirmar que, “numa boa organização das coisas públicas, a massa não atua por si mesma”, pois “veio ao mundo para ser dirigida, influída, representada, organizada, por uma instância superior, constituída pelas minorias excelentes”,¹⁰¹ deixando evidente a visão elitista da democracia.

Essas ideias, portanto, serviram para justificar a necessidade de se estabelecer que apenas uma parte da população está apta para o exercício do governo, e que essa parcela é a elite, cujos princípios orientaram, assim, a

⁹⁷ NIETZSCHE, FRIEDRICH WILHELM. **Para além do bem e do mal: Prelúdio de uma filosofia do futuro**. Trad. Alex Marins. Editora Martin Claret Ltda., São Paulo, 2006, p. 117.

⁹⁸ ORTEGA Y GASSET. José. **A Rebelião das Massas**, Trad. Marylene Pinto Michael, Martins Fontes. São Paulo, 1987, p. 36

⁹⁹ Ibidem, p. 40.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 74 e 76.

¹⁰¹ Ibidem, p. 127

formulação da denominada teoria das elites, sufragada pela, na expressão de Miguel, ‘trindade do elitismo clássico’,¹⁰² Pareto, Mosca e Michels.

De acordo com Hollanda, Pareto, para fins de demonstração de sua teoria elitista, parte da observação de que em todos os grupos dispostos na sociedade, há uns que se sobrepõem aos outros, concluindo que em “qualquer ramo da atividade humana, alguns homens são melhores do que os outros e alcançam maior destaque no desempenho de seus ofícios”, sempre existindo, assim, um grupo de poucos homens mais talentosos que prevalece sobre um grupo menos hábil. Com isso, a elite política constitui uma das classes de elite e reúne os homens mais aptos à condução do governo, que deve conduzir os demais, a maioria.¹⁰³

Miguel, por sua vez, registra que Pareto, em face dessa diferenciação entre os homens, sustentava que, entre a classe política, havia a necessidade apenas de uma circulação das elites, apta para o governo, na ideia de que a maioria não tem condições de governar, por não ter sequer conhecimento, razão pela qual o governo sempre e somente será comandado por uma parcela minoritária e elitista, havendo, com isso, apenas uma rotação entre governantes, que decorria da própria história universal das sociedades humanas.¹⁰⁴

Mosca, na mesma linha elitista, criou a figura da classe política dirigente, ao sustentar que a política é função específica de uma parcela da população, a qual disputa os votos e procura influenciar a “massa amorfa dos eleitores”, aos quais resta apenas a “possibilidade de escolher entre os representantes desse grupo.”¹⁰⁵

Segundo registra Miguel, Mosca julgava inevitável a existência de uma classe dirigente, porquanto o domínio da minoria sobre a maioria é uma constante universal, pois aquela é organizada, diferente desta que, por ser numerosa, está fadada à desorganização. A justificativa para a existência

¹⁰² MIGUEL. Luis Felipe. **A Democracia Domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo**. Revista de Ciências Sociais, vol. 45, nº 3, Rio de Janeiro, 2002, p. 492.

¹⁰³ HOLLANDA. Cristina Buarque de. **A teoria das elites**. Zahar, Rio de Janeiro, 2011, p.28-9.

¹⁰⁴ MIGUEL, 2002, p. 493.

¹⁰⁵ MOSCA. Gaetano. GASTON. Bouthoul. **História das Doutrinas desde a antiguidade**. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1980, p. 313.

dessa classe dirigente é fundamentada em princípios morais universais, numa perspectiva materialista da história, em que há “um contínuo conflito entre antigas fontes de poder e novas fontes de poder, que desejam emergir.”¹⁰⁶

Hollanda, da mesma forma, registra que Mosca criticava a classificação de governo de Aristóteles em monarquia, aristocracia e politeia, referindo que a “única distinção política que importava era aquele entre governantes – minoria que acumula o poder – e governados – grupo número sobre o qual incide o poder”, porquanto “a maioria jamais participa do governo, pois sempre há uma classe política organizada que se impõe, por superioridade moral, aos numerosos e fortes.”¹⁰⁷

Completando a tríade, Michels, ao sustentar a necessidade de que poucos sejam os governantes, ressalta que a massa, o grande número, é incapaz de se organizar e que qualquer tipo de organização enseja burocracia. Por isso, ancorado nas teorias de Mosca e Pareto, estabeleceu o que ele denominou de *lei de ferro da oligarquia*, pela qual em qualquer organização, inclusive no socialismo, forma-se uma minoria dirigente que impõe sua vontade à maioria, ressaltando, ademais, que a existência de chefes é fenômeno inerente a todas as formas de vida social.¹⁰⁸

Miguel ressalta que Michels sustentava que o poder é sempre conservador, originando, assim, uma *lei de ferro da oligarquia*, segundo a qual toda organização gera uma minoria dirigente, com interesses divergentes, cuja conclusão é que só a minoria pode governar.¹⁰⁹

Hollanda, por sua vez, menciona que Michels, pautado “na sociologia de Mosca, interpretava a oligarquia dominante em um partido de classe como expressão da minoria organizada”, sustentando, como tese central, a oligarquização necessária de toda iniciativa, uma vez que os ritmos lentos da democracia são incompatíveis com as necessidades de reação imediata da política, ressaltando que “a maturação dos partidos produz um afastamento

¹⁰⁶ MIGUEL. 2002, p. 495-6.

¹⁰⁷ HOLLANDA, 2011, p. 14-5.

¹⁰⁸ MICHELS. Robert. **Os partidos políticos**. Tradução de Hamilton Trevisan do título da edição em inglês *The Sociology of Political Parties*. Editora Senzala, São Paulo, sem ano, p. 223-54.

¹⁰⁹ MIGUEL, 2002, p. 497

progressivo das lideranças com relação às massas governadas”, com o que, uma vez eleitos, esses representantes/líderes passam a agir conforme sua própria consciência e afastam-se das bases sociais que autorizaram seu mandato.¹¹⁰

Em suma, pelo que se depreende da teoria das elites, a noção básica é que o poder de governar deve ficar restrito a uma minoria, sob o fundamento principal de que a maioria é inapta para questões políticas, em decorrência da própria natureza da diferença humana, sendo que uns são, naturalmente, mais capazes que outros, por questões da própria origem e das condições sociais, culturais e econômicas em que estão inseridos.

No Brasil, essa ideia de democracia elitista foi defendida por Assis Brasil, antes mesmo dos conhecidos autores da tríade da teoria das elites acima mencionada. Com efeito, nos primeiros anos da República, já em 1893, Assis Brasil, político liberal gaúcho, sustentava que o modelo representativo, por meio do voto, era a melhor forma de exercício da democracia, em substituição ao modelo de deliberação direta, prática esta que se tornou impossível, *‘não tanto pelas dificuldades materiais, aliás muito sérias, da reunião de grandes nações em assembleias deliberativas’* mas também por já haver um sistema social e político mais adiantado e mais complexo, exigindo outros meios de manifestação, que seria pelo sufrágio, mediante a eleição de representantes.¹¹¹

Em outra obra, de 1908, Assis Brasil, novamente ressaltando a impossibilidade do governo direto pelo povo, de forma precursora, até mesmo antes de Schumpeter,¹¹² estabelece a visão elitista da democracia, registrando que “a Democracia não consiste em o povo governar e administrar diretamente”, mas sim “no fato de tomar o povo parte efetiva no estabelecimento das leis e na nomeação dos funcionários que hão de executá-las e administrar o interesse público”, o que seria garantido pela eleição,

¹¹⁰ HOLANDA, 2011, p. 32-4.

¹¹¹ BRASIL. Joaquim Francisco Assis. **A Democracia Representativa – Do Voto ao Modo de Votar (1893)**, in *A Democracia Representativa na República: Antologia*, introdução de José Antônio Giusti Tavares. Edição Fac-Similar, Conselho Editorial do Senado Federal, Edição Fac-Similar, Senado Federal, Brasília, 1998, p. 91-2.

¹¹² Essa observação é de José Antônio Giusti Tavares, na introdução da obra referida na nota anterior.

porquanto “a realidade sobre a direção social é que cada povo é governado, ou dirigido, por uma minoria inteligente”, importando, no entanto, que essa minoria seja instituída por legítima representação do povo e não por uma ditadura ou algum outro meio ilusório de nomeação.¹¹³

Tal concepção decorre do pensamento de que a desigualdade é natural e que a igualdade é algo impossível e inalcançável, sendo que tais ideias foram propagadas pelos teóricos da denominada teoria das elites, culminando com a decretação de que a democracia como governo do povo é uma fantasia inatingível, evidentemente como forma de justificar o governo sem a participação do povo, mas apenas pela elite social e econômica.

Não há dúvida de que essa visão elitista da democracia se entrelaça com uma visão restrita e minimalista, hoje vinculada à eficiência econômica, própria da política neoliberal do século XX, cuja análise será objeto do próximo tópico, sendo tal modelo de democracia a marca das democracias contemporâneas, o que acaba por fazer com que apenas parcela da população – a elite – ascenda ao poder, e, lá estando, busque governar para a manutenção do *status quo*, deixando-se de lado os interesses do povo.

2.2 A democracia da eficiência: uma concepção restrita e econômica/neoliberal

Como consequência da democracia elitista, a única forma admissível e acertada de democracia seria uma democracia restrita e minimalista, ou seja, possível e eficiente, ou melhor, que permita ser eficiente, o que se afasta, por completo, da origem do termo *democracia*, que remonta à Grécia antiga, como sendo *governo do povo*, para se compreender apenas como uma forma de escolha dos governantes, mediante eleições livres.

Essa visão restrita da democracia, limitada apenas ao processo eleitoral, e não na efetiva participação do eleitorado na tomada das decisões,

¹¹³ BRASIL. Joaquim Francisco Assis. **Ditadura, Parlamentarismo, Democracia (1908)**, in *A Democracia Representativa na República: Antologia*, introdução de José Antônio Giusti Tavares. Edição Fac-Similar, Conselho Editorial do Senado Federal, Brasília, 1998, p. 263-4.

no próprio exercício da democracia, é encabeçada por Schumpeter¹¹⁴ – e depois seguida por tantos outros -, torando-se, na verdade, em modelo para as democracias modernas e contemporâneas.

Antes de Schumpeter, Weber, da mesma forma, viu, num primeiro momento, como sendo inviável a democracia das massas, em razão de esta apenas pensar a curto prazo, de forma emocional e irracional. Dizia ele:

O perigo político da democracia de massas para o Estado jaz primeiramente na possibilidade de elementos emocionais virem a predominar na política. A "massa" como tal (independentemente das camadas sociais que a compõem em qualquer exemplo particular) só é capaz de pensar a curto prazo. Pois, como toda experiência mostra, ela está sempre exposta a influências diretas puramente emocionais e irracionais.¹¹⁵

Não se desconhece, porém, que o mesmo Weber alterou sua posição original de democracia parlamentar, admitindo a democracia plebiscitária, incorporando, no entanto, a figura do líder carismático, no sentido de que, uma vez eleito, passa a ser “o homem de confiança das *massas* e é reconhecido como tal”, sendo tal forma de escolha plebiscitária, “o meio específico de obter a legitimidade do poder a partir da confiança (formal e ficticiamente) livre dos *dominados*”. Com isso, “a 'democracia plebiscitária' – o tipo mais importante da democracia de líderes – em seu sentido genuíno é uma espécie de dominação carismática oculta sob a *forma* de uma legitimidade derivada da vontade dos dominados e que só persiste em virtude desta.”¹¹⁶

Veja-se que, diante dessa nova compreensão, Weber, diferentemente da ideia de irracionalidade das massas, sustenta que o elemento emocional, decorrente da confiança em um líder, faz com que “a redefinição do carisma como antiautoritário conduz, em regra, ao caminho da racionalidade”, permitindo que esse líder plebiscitário efetue o controle do quadro burocrático (imprimindo uma direção ao Estado) e também dos “desejos dos dominados

¹¹⁴ SCHUMPETER. Joseph A. **Democracia, Socialismo e Democracia**, trad. do original inglês *Capitalism, Socialism and Democracy*, Editora fundo de Quintal, Rio de Janeiro, 1961.

¹¹⁵ WEBER, Max. **Parlamento e governo na Alemanha reordenada**. *Os pensadores*. 2ª ed., Abril Cultural, São Paulo, 1980, p. 82.

¹¹⁶ WEBER. Max. **Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva**. 3ª ed. Brasília: UNB,, vol. 1, 1994, 176.

que ele procurará vincular ao seu carisma mediante, dentre outros mecanismos, a promoção de seu bem-estar material.”¹¹⁷

Em outra obra, Weber, ao ressaltar “o poder brotado da submissão ao ‘carisma’ puramente pessoal do ‘chefe’”, como característica que justifica a dominação das massas pelo líder, cria a imagem do político que vive ‘para a política’ e o que vive ‘da política’, sustentando que aquele deve ser economicamente independente,¹¹⁸ o que importava em conceber apenas uma classe com possibilidade de acender ao poder, classe esta dotada de bens (propriedade) e de prestígio, numa evidente vinculação à democracia elitista acima referida.

Como dito acima, a democracia contemporânea segue o modelo delineado por Schumpeter, o qual, em sua obra *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, em especial nos Capítulos 21 a 23, inicialmente critica o conceito tradicional de democracia, como sendo processo para a obtenção do bem comum de acordo com a vontade do povo, ao sustentar que não há racionalidade na conduta dos indivíduos para questões políticas, ressaltando que “mesmo se as opiniões e desejos do cidadão isolado fossem um condição perfeitamente independente e definida que pudesse ser usada pelo processo democrático”, decorrente de um agir racional de todos, mesmo assim não é garantido que as decisões políticas produzidas por este processo, “baseado na matéria-prima dessas vontades individuais, representariam coisa alguma que, convincentemente, pudesse ser chamada *vontade do povo*.”¹¹⁹

Tal justificativa decorre do fato de Schumpeter sustentar que o ser humano tem um senso de responsabilidade reduzido e não tem vontade efetiva, o que explica a ignorância do cidadão comum e a falta de bom senso em assuntos de política, enfatizando que “o cidadão típico, por conseguinte, desce para um nível inferior de rendimento mental logo que entra no campo político”, sendo altamente influenciável e manipulável pela publicidade.¹²⁰

¹¹⁷ WEBER, 1994, p. 177.

¹¹⁸ WEBER, Max. **Ciência e Política. Duas vocações**. Editora Cultrix, Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota, São Paulo, 1968, p. 55-67.

¹¹⁹ SCHUMPETER, 1961, p. 310.

¹²⁰ Ibidem, p. 318-320.

Em razão disso, Schumpeter registra que a doutrina clássica da democracia está baseada em uma ficção, e que representa apenas um ideal distante da realidade e que se chegarmos à conclusão de que a doutrina clássica se aproxima dessa realidade, isso apenas dar-se-ia em sociedades pequenas e primitivas (o que seria inviável em sociedade de milhões de pessoas), e, mesmo nesses casos, “devemos acrescentar que o faz não porque descreva uma mecanismo eficiente de decisão política, mas apenas porque não há grandes decisões a serem tomadas,”¹²¹ concluindo que não há decisão do povo, mas sim que tal decisão é tomada em seu nome, assentando:

Se o povo pode, a curto prazo, ser gradualmente *enganado* e levado a fazer algo que não deseja, e se essa hipótese não se tratar de caso excepcional que podemos ignorar, então, nenhuma medida de bom senso retrospectivo alterará o fato de que, na realidade, êle nem provoca nem decide casos, mas que os fatos que lhe modelam o destino são habitualmente equacionados e decididos em seu nome.¹²²

Após descartar a teoria clássica da democracia, Schumpeter fornece o seu modelo de democracia, literalmente invertendo as posições de eleitor e dos representantes escolhidos por ele. De fato, se na teoria clássica, o povo tem sua opinião e desejo em relação às questões políticas, elegendo, numa democracia, representantes para que estes se encarreguem da execução, com o que a seleção desses representantes “é secundária ao principal objetivo do sistema democrático, que consiste em atribuir ao eleitorado o poder de decidir sobre assuntos políticos”, na teoria por ele proposta, os papéis se invertem, com o que “tornamos a decisão de questões políticas pelo eleitorado secundária à eleição de representantes, que tomarão, neste caso, as decisões.” Assim, “o método democrático é um sistema institucional para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor.”¹²³

Tal modelo de democracia, segundo Schumpeter, traz vantagens em relação à doutrina clássica, permitindo, em primeiro lugar, distinguir um governo democrático de outros tipos de governos, o que era uma dificuldade,

¹²¹ SCHUMPETER, 1961, p. 323-5.

¹²² Ibidem, p. 322.

¹²³ Ibidem, p. 327-328.

naquela teoria, em razão de que a vontade e o bem do povo, como a história demonstra, serviram também para governos que não podem ser considerados democráticos. Em segundo lugar, o novo modelo proposto permite espaço para reconhecimento do papel vital da liderança, que não era previsto pela doutrina clássica, ao atribuir “ao eleitorado um grau totalmente irrealista de iniciativa”. Em terceiro lugar, no novo modelo é possível acolher e organizar as vontades coletivas autênticas, para transformá-las em fatores políticos. Na quarta ordem, o novo modelo de concepção da democracia consistente numa concorrência livre pelo voto do eleitorado pode ser comparado, de forma útil, com a concorrência na esfera econômica, tendo em conta que há sempre uma concorrência na vida política pelo apoio do povo. Em quinto, a nova teoria de democracia parece melhor esclarecer a relação entre democracia e liberdade individual, no sentido de que “se, pelo menos por questões de princípios, todos forem livres para concorrer à liderança política, apresentando-se ao eleitorado, isto trará, na maioria dos casos, embora não em todos, uma considerável margem de expressão para *todos*.” Em sexto lugar, o novo modelo, ao afirmar que a função do povo é formar o governo, inclui também a atribuição de o dissolver. Por fim, a nova teoria democrática lança uma luz necessária sobre a controvérsia que ocorre na teoria clássica nos casos em que a vontade do povo, mesmo que real e definida, é deturpada pela vontade da maioria, que decide de forma diversa do desejo daquele, o que não seria sequer contornado pela representação proporcional.”¹²⁴

Por fim, Schumpeter elenca as condições para o êxito do método democrático por ele proposto, registrando, por primeiro, “que o material humano da política seja de qualidade suficientemente alta”, ou seja, a necessidade de que haja um número suficiente de indivíduos com qualidades e padrões morais. Como segunda condição, continua ele, é preciso que o “campo real de decisões políticas não seja estendido demasiadamente longe”, assentando que “a democracia não necessita que todas as funções do Estado sejam sujeitas ao seu método político”, ressaltando, assim, que muitas questões devem ser deixadas para serem decididas por especialistas na área. Em terceiro lugar, o êxito da democracia deve contar em todos os campos da

¹²⁴ SCHUMPETER, 1961, 328-332.

atividade pública “com os serviços de uma bem treinada burocracia que goze de boa posição e tradição e seja dotada ainda de um forte sentido de dever e um não menos forte *esprit de corps*.” Como quarta condição, o êxito democrático exige o que se denominou de *autocontrole democrático*, no sentido de que tanto o eleitorado como os políticos devem possuir um nível moral e intelectual para não importunar. Ou seja, os políticos devem resistir à tentação de perturbar ou embaraçar o governo a qualquer momento que tenham oportunidade, enquanto que os eleitores, da mesma forma, devem respeitar a divisão do trabalho entre si e os políticos que elegem, devendo compreenderem que “uma vez tendo eleito determinado cidadão, a ação política para a ser dele e não sua”, razão pela qual devem abster-se de importuná-lo e cobrá-lo, nem mesmo devem mandar-lhe cartas ou telegramas, a fim de instruí-lo sobre o que deve fazer.¹²⁵

Essa visão *shumpeteriana*, que relega a democracia ao processo eleitoral e à competição pelos votos da população, a ser feita por homens de qualidade suficientemente alta (daí apenas a elite), sem exigir, para a qualificação do sistema democrático, uma efetiva participação do povo, por ele não saber de questões políticas e por entender que a massa invariavelmente age de forma irracional, acaba por restringir o que deveria ser uma democracia.

Beck (p. 285), ao se referir à monopolização dos direitos decisórios políticos, democraticamente constituídos, menciona a existência, na modernidade, de uma monarquia democrática, considerando que as “regras da democracia restringem-se à escolha dos representantes políticos e à participação na elaboração de programas políticos”, sendo que, quando eleito, ‘o monarca com prazo fixo’ impõe suas decisões de cima para baixo, enquanto que os cidadãos e grupos afetados esquecem seus direitos e convertem-se em, ‘súditos democráticos’.¹²⁶

Esse modelo de democracia foi denominado de forma feliz por Macpherson de “modelo de equilíbrio elitista e pluralista”, porquanto as três características são fundamentais a ele: é pluralista porque parte da suposição

¹²⁵ SCHUMPETER. 1961, p. 352-359.

¹²⁶ BECK. Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. Editora 34. São Paulo, 2011, p. 285-6.

de que deve ser aplicado a uma sociedade plural, compreendida de indivíduos, cada um com seus muitos e próprios interesses; é elitista porque atribui a principal função no processo-político a grupos autoescolhidos de dirigentes; e, por fim, é de equilíbrio porque mantém um certo equilíbrio entre a procura e a oferta de bens políticos, como um mecanismo de mercado.¹²⁷

Essa concepção minimalista ou realista da democracia – e também elitista – vai permitir que se sustente que a baixa participação ou a apatia política da população não tem tanta importância para o sistema democrático. Dito de outro modo, com base em tais premissas, o fato de existir apatia ou baixa participação não significa que a democracia esteja enfrentando problemas, pelo contrário pode ser um sinal de que as coisas andam bem.

De fato, Lipset traz à tona questão fundamental que diz respeito à baixa participação política ou até mesmo uma apatia política, ao afirmar que “a crença de que um alto grau de participação é sempre benéfico para a democracia não é válida”, uma vez que um incremento nesse nível de participação pode refletir um *declínio* da coesão social e o colapso do processo democrático”, porquanto “uma democracia estável pode se sustentar na crença geral de que os resultados de uma eleição não farão muita diferença em uma sociedade.” Mais adiante, o referido autor sinaliza que a abstenção eleitoral não significa automaticamente que isso seja um enfraquecimento da democracia, mas sim, “pelo menos nas democracias ocidentais, um reflexo da estabilidade do sistema, uma resposta ao declínio dos grandes conflitos sociais”, realçando, então, que “as sociedades democráticas podem existir com diferentes níveis de participação”, assentando, de outro canto, pautado em estudos e pesquisas de outros cientista políticos, que o excesso de participação é um sintoma de que a democracia não está funcionando bem, constituindo-se em uma ameaça à democracia e característica de que ela pode estar começando a entrar em colapso.¹²⁸

Huntington, na mesma linha, realça a falta de desenvolvimento das instituições políticas em relação às mudanças sociais econômicas, bem como à

¹²⁷ MACPHERSON. C. B. **A Democracia Liberal: origens e evolução**. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Zahar Editores. Rio de Janeiro, 1978, p. 81-3.

¹²⁸ LIPSET. Seymour Martin. **O Homem Político (Political man)**. Tradução Álvaro Cabral, Zahar Editores. Rio de Janeiro. 1967, p. 33, 189, 227-230.

crecente participação política, influenciada pela urbanização, aumento da alfabetização e da educação, industrialização e expansão dos meios de massa. Com isso, a política não dá conta desse excesso de participação, gerando desordem e instabilidade política, dando a entender, assim, que maior participação é um mal para a democracia, tendo em conta que as instituições políticas não estão preparadas e desenvolvidas para tanto. Veja-se, a propósito, a sua ideia em relação à América Latina:

A instabilidade política na Ásia, África e América Latina decorre precisamente do insucesso em preencher essa condição: a igualdade de participação política está crescendo muito mais rapidamente do que a arte da associação. As mudanças social e econômica — urbanização, aumento da alfabetização e da educação, industrialização e expansão dos meios de massa — estendem a consciência política, multiplicam as demandas políticas e ampliam a participação política. Essas mudanças minam as fontes tradicionais de autoridade política e as instituições políticas tradicionais; complicam imensamente os problemas de se criar novas bases de associação política e novas instituições políticas que combinem legitimidade e eficiência. As taxas de mobilização social e de expansão da participação política são altas; as taxas de organização política e institucionalização são baixas. O resultado é instabilidade política e desordem. O problema fundamental da política é o atraso no desenvolvimento de instituições políticas em relação às mudanças social e econômica.¹²⁹

Da mesma forma, Olson, ao analisar a lógica da ação coletiva, registra que é enganoso supor que a ação do grupo para a busca de interesses comuns seja correlata aos interesses buscados individualmente, mencionando que “não é verdade que a ideia de que os grupos agirão para atingir seus objetivos seja uma sequência lógica da premissa do comportamento racional e centrado nos próprios interesses”, assentando que a atuação racional de indivíduos no plano micro, pode resultar em irracionalidade no plano macro, em especial em situações de grupos maiores, a indicar que uma atuação de uma minoria teria resultados melhores no resultado da ação coletiva.¹³⁰

O referido autor registra que isso é demonstrado pela própria atuação do Estado, o qual, embora com os recursos emocionais ao se dispor, como

¹²⁹ HUNTINGTON, Samuel. **A ordem política nas sociedades em mudança**. Trad. Pinheiro de Lemos. Forense Universitária. Rio de Janeiro. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1975. p. 17.

¹³⁰ OLSON. Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva: Os benefícios públicos em uma teoria dos grupos sociais**. Trad. Fabio Fernandez. 1ªed. 2ª. Reimp., Editora Universidade de São Paulo – EDUSP, São Paulo, 2015, p. 13-6,

patriotismo, nacionalismo, laços culturais comuns e indispensabilidade da lei e da ordem, “não é capaz de financiar suas atividades mais básicas e vitais sem recorrer à contribuição compulsória”, a revelar que os objetivos individuais no sentido de que o Estado promova o bem estar não reflete no macro, pois, se assim fosse, não haveria necessidade de tributos compulsórios.¹³¹ Tal situação, continua o autor, também se dá se a classe for marxista, pois “como em qualquer grupo grande e latente, cada membro da classe achará essa ação vantajosa para si se todo os custos ou sacrifícios necessários para atingir a meta comum forem assumidos por outros que não ele.”¹³²

Com isso, Olson constata que somente em grupos pequenos haverá coesão e maior eficiência para a tomada de decisões importantes, sendo esta a razão de as organizações, entre as quais o Estado, recorrerem com bastante frequência ao pequeno grupo: “comitês, subcomitês e pequenos grupos de lideranças são criados – e, uma vez criados, eles tendem a desempenhar um papel crucial.”¹³³

Os registros acima feitos de apatia e de pouca participação parecem espelhar a situação atual brasileira, na qual se manifesta essa forma restrita de democracia, não se verificando uma ação mais enérgica e concreta da população, nem uma atuação efetiva dela, contribuindo, não há dúvida, para se confirmar essa teoria de democracia sem participação, o que, infelizmente, acaba por importar em supressão e ofensa aos direitos fundamentais, como por exemplo ocorre com a Emenda do Teto.

Essa concepção, é certo, decorre dessa visão restrita de democracia, que limita a população apenas a participar da eleição, mas não do efetivo governo, como forma de participação, por se considerar que a ação do grupo não representa o interesse individual.

Como arremata Miguel:

Em suma, para essa corrente, a apatia demonstra a satisfação com o sistema político, impede o acirramento das diferenças dentro da sociedade e diminui as pressões sobre o Estado. O resultado é maior estabilidade (ou “governabilidade”, para usar o jargão da ciência

¹³¹ OLSON, 2015, p. 21-8.

¹³² Ibidem, p. 121

¹³³ Ibidem, p. 66.

política). De forma quase imperceptível, promove-se um deslocamento de valores, com a estabilidade sendo erigida em meta da organização política, no lugar do ideal democrático de autonomia.¹³⁴

Dessa forma, a compreensão restrita e realista da democracia *schumpeteriana*, além de incentivar a apatia e a baixa participação da população, também desconsidera a política – e os políticos, via de consequência – como campo apto para tomada das melhores decisões de governo, as quais, em razão disso, devem ser deixadas para ser exercidas por técnicos e burocratas, porquanto muito melhor para garantir a ‘governabilidade’, tema muito em voga no cenário brasileiro, por exemplo.

Essa visão, como referem Loureiro e Abrucio, também decorre do pensamento de Keynes, o qual “compartilhava da ideia de que, para os males da política democrática, a solução estava nas mãos da tecnocracia”, com o que:

Assim, tanto Keynes quanto Schumpeter acreditavam que os políticos deveriam deixar nas mãos de burocratas ou especialistas as decisões técnicas. Mesmo reconhecendo a necessidade inevitável da presença do Estado para gerir o mercado, esta ação estatal não deveria ser orientada pela lógica democrática, da disputa e negociação de interesses, mas deveria ser feita de forma burocratizada, ou seja, despolitizando a gestão da macroeconomia.¹³⁵

Com base nessa ideia, as teorias econômicas também estabeleceram essa dicotomia entre eficiência e democracia, sustentando uma superestimação da economia em relação à ciência política. Ou seja, para que haja eficiência nas decisões governamentais, impõe-se que elas sejam deixadas para pessoas capacitadas e tenham por base o mercado e a economia, argumento este, não há dúvida, da política neoliberal.

Ou seja, a política deve ser assessorada por um corpo técnico, cuja política neoliberal busca no mercado e na economia, tornando o governo refém

¹³⁴ MIGUEL. 2002, p. 503.

¹³⁵ LOUREIRO. Maria Rita. ABRUCIO. Fernando Luiz. **Democracia e eficiência: a difícil relação entre política e economia no debate contemporâneo**. Revista de Economia Política, vol. 32, n.º 04, out./dez. 2012, São Paulo, <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572012000400005>.

de regas econômicas, refém de ajustes fiscais, tudo para se obter um equilíbrio das contas públicas e se buscar a eficiência, seguindo sempre um viés econômico. E, com isso, a democracia, como forma de debate entre atores políticos e participação, como palco para as decisões políticas, perde espaço e torna-se irrelevante na esfera pública.

Isso por que, na visão *shumpeteriana*, a democracia restringe-se a uma concorrência pelo voto livre do eleitor, nos moldes da concorrência econômica, estabelecendo-se, assim, pela classe dominante uma competição por aqueles votos, cujo processo democrático ali se encerra, porquanto a atividade de governo deve ser respaldada pela adoção de medidas técnicas, amparadas em eficiência econômica, sobretudo.

Crítico de tal modelo, Macpherson ressalta que o modelo *schumpeteriano* esvazia o conteúdo moral da democracia, fazendo com que a participação não se constitua em um valor em si mesmo, nem um valor instrumental para a realização de um mais elevado, sendo que “a democracia é tão-somente um mecanismo de mercado: os votantes são os consumidores: os políticos são os empresários”¹³⁶, e que haveria um perfeito paralelo entre o mercado econômico e o mercado político:

No modelo econômico, admitia-se empresários e consumidores serem maximizadores racionais do seu próprio bem, e estarem agindo em condições de concorrência livre em que todas as energias e recursos eram trazidos ao mercado, resultando disso que o mercado produzia a distribuição ótima de trabalho e capital, e bens de consumo. Também no modelo político, políticos e votantes deviam ser maximizadores racionais, e estarem agindo em condições de livre concorrência, resultando que o sistema político do tipo mercado produzia a distribuição ótima de energias políticas e dos bens políticos. O mercado político democrático produzia um equilíbrio de insumos e produtos: das energias e recursos que o povo aplicasse nele e as recompensas que obtivesse dele.¹³⁷

Dahl, da mesma forma, defende uma autonomia da política, mesmo diante das mudanças estruturais decorrentes da modernização, ressaltando que a democratização tem a ver com o direito de participação política e à possibilidade de contestação pública, registrando que as poliarquias (sistemas mundiais reais que estão mais democratizados) são regimes que foram

¹³⁶ MACHEPERSON, 1978, p. 82-3.

¹³⁷ Ibidem, p. 83.

popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública.¹³⁸

A importância da participação ampliada combinada com a competição política, continua Dahl, faz surgir novas lideranças políticas, bem como o sistema, ao se tornar mais competitivo ou mais inclusivo, faz com que os políticos busquem apoio dos grupos que podem participar mais facilmente da vida política, gerando, outrossim, mudanças no sistema partidário.¹³⁹

É inequívoco, portanto, que Dahl estabelece o direito de participação e a contestação política como dimensões da democratização, situação que implica a democracia, conforme registra Limongi, a partir de um equilíbrio de forças, abrindo espaços, assim, para os atores políticos e suas escolhas na tomada de decisões, na antecipação de consequências, na escolha das instituições públicas, no agir politicamente.¹⁴⁰

Essa autonomia da política, entretanto, é afastada com a teoria econômica da democracia, estabelecida no modelo de democracia restrita *shumpeterina*, na qual busca-se a despolitização das decisões do governo, que devem seguir o modelo da economia e do mercado, e, em especial, deixadas a cargo de técnicos e burocratas, porquanto a política, em tais questões, mais atrapalha do que auxilia.

Downs, é certo, inaugura essa fase com a obra *Uma teoria econômica da Democracia*, na qual, em uma abordagem-modelo, sustenta que a “função política das eleições numa democracia, presumimos, é selecionar um governo”, razão pela qual deve ser tomada emprestada da teoria econômica tradicional a ideia de ‘consumidor racional’, com o que o notório *homo economicus* corresponderia ao *homo politicus*, como sendo “o homem médio do eleitorado, o cidadão racional de nossa democracia modelo.” Essa visão de vinculação da política à economia, é realçada, ainda, ao sustentar que os “governos democráticos agem racionalmente para maximizar o apoio político”, sendo que

¹³⁸ DAHL. Robert. A. **Poliarquia: participação e oposição**. Trad. Celso Mario Paciornik. 1ª ed.; 3ª reimpr., Editora Universidade de São Paulo (EDUSP), São Paulo, 2015, p. 20-31.

¹³⁹ Ibidem, p. 42-4.

¹⁴⁰ LIMONGI. Fernando. **Prefácio à obra Poliarquia: participação e oposição**. Trad. Celso Mario Paciornik. 1ª ed., 3ª reimpr. Editora Universidade de São Paulo (EDUSP), São Paulo, 2015, p. 21-2.

a motivação partidária é moldada, antes de tudo, pelo axioma do interesse pessoal, no sentido de que os políticos nunca buscam o poder como meio para executar políticas específicas, mas sim para a obtenção de fins privados (recompensa, desejo de poder, prestígio e rendas), fazendo com que, nesse modelo, “as funções sociais são, em geral, os subprodutos da ação humana, e as ambições privadas, seus fins,”¹⁴¹

De forma mais enfática ainda, os seguidores da Escolha Pública (Public Choice), igualmente, buscam a despolitização das decisões governamentais, sustentando que as decisões macroeconômicas devem seguir os mecanismos do mercado. Ou seja, na concepção neoliberal da economia, é o mercado que deve dar o tom para as decisões governamentais, porquanto dispõe de mecanismos mais eficientes para tal desiderato, afastando-se das próprias concepções de Schumpeter e Keynes, os quais confiavam nos técnicos que assessoravam os políticos. No ponto, a lição de Loureiro e Abrucio:

Por razões bastante diversas daquelas de Schumpeter e Keynes (mais próximos de certas variantes de social-democracia), os autores da Escolha Pública tornam-se portadores do credo neoliberal, cujo mote também é a despolitização das decisões governamentais, mas com uma diferença importante. Desconfiando não só dos políticos, mas também dos burocratas, o Public Choice propõe que a despolitização das decisões sobre matérias macroeconômicas não deve ocorrer mediante sua transferência para as mãos da burocracia, como propunham Keynes e Schumpeter, mas sim por meio de mecanismos de mercado (Buchanan, Rowley e Tollison, 1987).¹⁴²

Portanto, veja-se que, com a adoção do credo neoliberal da economia, há uma espécie de alteração na visão *shumpeteriana*, ou melhor, um deslocamento na tomada de decisões governamentais, passando dos técnicos e burocratas de um governo, que amparavam as decisões políticas, para os mecanismos do mercado, ou seja, o neoliberalismo impõe as decisões de fora para dentro, fazendo com as medidas tomadas devam seguir às modeladas pelo mercado econômico, que tem uma visão atual de Estado mínimo e de preservação apenas dos direitos fundamentais clássicos de liberdade.

¹⁴¹ DOWNS. ANTHONY. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. Trad. Sandra Gardini Teixeira Vasconcelos EDUSP, São Paulo, 1999, p. 29, 41 e 50.

¹⁴² LOUREIRO e ABRUCIO, 2012, artigo nota 41.

Hayek, por certo, foi um dos maiores defensores do livre mercado, como condutor da política governamental, ao sustentar que, embora haja “incontáveis redes de outras relações que não são econômicas em sentido nenhum”, “é a ordem de mercado que possibilita a conciliação pacífica dos propósitos divergentes e o faz mediante um processo que redunde no benefício de todos.”¹⁴³ Tal sustentação decorre do fato de que, segundo ele, diante da impossibilidade de se prever todos os fins, para a obtenção do consenso e a paz em uma determinada sociedade, “não se exige dos indivíduos consenso quanto a fins, mas somente quanto aos meios capazes de servir a uma grande variedade de propósitos, meios que cada um espera ou auxiliem na busca de seus objetivos.”¹⁴⁴ Por isso, arremata Hayek:

A função de toda atividade econômica é conciliar os fins competitivos, decidindo para quais deles os meios limitados devem ser empregados. A ordem de mercado concilia as exigências dos diferentes fins não econômicos mediante o único processo conhecido que beneficia a todos sem assegurar, no entanto, que o mais importante preceda o menos importante, pela simples razão de que nesse sistema não pode existir uma ordenação única das necessidades.¹⁴⁵ (...) A política governamental não precisa ser norteada pela busca de resultados particulares, podendo ter por finalidade assegurar uma ordem global abstrata, de caráter tal que garanta aos seus participantes a maior probabilidade de alcançar seus diferentes fins particulares, em grande parte desconhecidos. Nessa sociedade, a política só poderia ter por objetivo aumentar, de forma igual, a probabilidade que tem qualquer membro desconhecido de realizar seus propósitos, igualmente desconhecidos, restringindo-se o uso da coerção (afora a arrecadação dos impostos) à aplicação daquelas normas que, se universalmente aplicadas, tenderão nesse sentido a melhorar as oportunidades de todos.¹⁴⁶

Friedman, também um dos defensores ferrenhos do novo liberalismo econômico, é enfático ao afirmar que as atividades econômicas de milhões de pessoas somente podem ser coordenadas, ou com o uso da coerção, originando um Estado totalitário, ou de acordo com a cooperação voluntária dos indivíduos, que é a técnica do mercado, impondo-se que esta última seja privilegiada, porquanto muito mais eficiente e não ofensiva à liberdade individual e condizente com um governo liberal e com um Estado mínimo. Aduz, ainda, que o Governo é necessário apenas para regular as regras do jogo e interpretar e aplicar as regras aplicadas, sendo que o mercado livre

¹⁴³HAYEK. 1985, p. 150.

¹⁴⁴Ibidem, p. 26.

¹⁴⁵Ibidem, p. 151.

¹⁴⁶ibidem, p. 152.

reduz as questões a serem decididas por meios políticos, minimizando a participação do governo.¹⁴⁷

Essa visão, portanto, neoliberal da democracia retira, à evidência, seu sentido original, de governo do povo, uma vez que o povo e mesmo os políticos eleitos não têm capacidade para decidir sobre assuntos cada vez mais complexos das sociedades de massa e das sociedades de consumo. E, por isso, as decisões devem ser obtidas e tomadas pelo mercado financeiro, porquanto este deve ser o regulador eficiente do Estado.

Essa solução, é certo, fez imperar o neoliberalismo e a dominação dos mercados sobre o Estado, que impõe recuo e limitações a este, em prejuízo à própria democracia e aos direitos fundamentais.

Segundo Bobbio, a origem dessa atual situação está no fato de que “a democracia nasceu de uma concepção individualista da sociedade”, em contrariedade à concepção orgânica da sociedade, dominante na idade antiga e idade média, segundo o todo precede a parte. Na concepção moderna, a sociedade, em especial a sociedade política, “é um produto artificial da vontade dos indivíduos”, ressaltando que, para essa formação da concepção individualista, concorreram três eventos: a) o contratualismo dos Seiscentos e Setecentos, que vê, antes da sociedade, o estado de natureza, no qual os soberanos são os indivíduos livres e iguais, que, por meio de um contrato, entram em acordo; b) o surgimento da economia política, onde novamente o sujeito é o indivíduo singular, o *homo oeconomicus* e não o *politikón*, que, na busca de satisfazer o seu interesse individual, acaba promovendo o interesse da sociedade (Adam Smith); c) a filosofia utilitarista de Bentham e Mill, na qual o único critério capaz de fundar uma ética objetivista para a distinção entre o bem e o mal, sem recorrer a conceitos vagos, é considerar estados essencialmente individuais, como prazer e dor, resolvendo, assim, o problema tradicional do bem na soma dos bens individuais, buscando a felicidade do maior número de pessoas.¹⁴⁸

¹⁴⁷ FRIEDEMANN, Milton. **Capitalismo e liberdade, com ajuda de Rose D. Friedman**: tradução Afonso Celso da Cunha Serra. - 1. ed. - Rio de Janeiro : LTC, 2014, p. 5-

¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1986, p. 22-3.

Com isso, a teoria econômica da democracia, respaldada pela análise econômica do direito¹⁴⁹, toma conta das democracias, nas quais, sob pretexto de eficiência, a economia e o mercado passaram a ditar as regras das modernas democracias, sempre buscando e pregando um discurso de eficiência econômica.

Convém registrar que, como anota Robl Filho, a teoria econômica da democracia e a análise econômica do direito, embora tenham uma base teórica semelhante, possuem uma compreensão diversa da concretização da eficiência, da ação do mercado e do papel do Estado. De fato, a teoria econômica da democracia adota um entendimento bastante interventor do Estado na economia, que pode ser resumido na assertiva de Dows, “quanto mais eficiente uma democracia do ponto de vista econômico, maior é o grau de intervenção governamental no mercado livre”.¹⁵⁰ De outro canto, a análise econômica do direito pensa que o Estado e o direito estatal desenvolvem um papel de auxiliar o mercado na busca por eficiência, porém o papel protagonista na construção da eficiência é do mercado e não do Estado.¹⁵¹

Com essa visão econômica do direito, o campo da política – como órgão responsável para as decisões do governo – restou seriamente afetado, uma vez que tudo deve seguir o modelo do mercado, para que fosse possível alcançar eficiência, tendo como plataforma uma visão restrita de democracia, na qual as decisões políticas deviam ser fruto de especialistas e técnicos do mercado econômico.

¹⁴⁹ A Análise Econômica do Direito, como ensina Mackaay e Rousseau, surgiu na década de 50 do século passado nos Estados Unidos da América, ligado a duas correntes antecedentes: o denominado *imperialismo econômico*, que usava ferramentas de análise econômica fora da área restrita da economia e *realismo jurídico*, que passou a ver conexão entre economia e sociologia com o direito. De acordo com o apanhado histórico feito pelos autores citados, embora alguns autores precursores do debate, foi o artigo de Ronald Coase sobre custo social, publicado em 1960, que representou um grande avanço na Análise Econômica do Direito, cujo movimento restou aceito pelo direito, na década de 70, em especial com as obras de Calabresi (O Custo dos Acidentes) e de Tullock (A Lógica da Lei) e, principalmente, com a obra de Posner (Análise Econômica do Direito), sendo este último autor o responsável pela ampliação do movimento, com o lançamento de várias obras na década de 80, juntamente com outros autores, como Cooter e Ullen, Williamson e North (MACKAAY. Ejan. ROUSSEAU. Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Sztajn. Atlas. 2ª ed., 2015, p. 08-16).

¹⁵⁰ DOWNS, 1999, p. 186.

¹⁵¹ ROBL FILHO. Ilton Norberto. **Aplicação do Método Econômico à Democracia e ao Direito: "Nem tanto ao céu, nem tanto ao inferno"**. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, acessível in <http://www.conpedi.org.br/conteudo.php?i d=2>.

Como pode se perceber, há, sem dúvida, uma ligação estreita nessa visão eficiente de democracia com a democracia elitista e a democracia restrita, que se estabelece nas democracias modernas. Ou seja, o governo do país deve ser guiado com base nas regras do mercado e da economia, porquanto tomadas com racionalidade e eficiência, visto que a política, como tomadora de decisões, não é capaz de produzir boas ideias e boas soluções para um mundo de escassez e de contenções.

Com isso, surgem as medidas do tipo as do EC 95/16, as quais congelam por 20 anos o gasto público em áreas sensíveis, como saúde e educação, a pretexto de conter o déficit público, sem, no entanto, atacar questões fulcrais como é o caso dos juros exorbitantes da dívida, porquanto isso afetaria o mercado e a economia. Dessa forma, acaba-se, de forma elitista e a pretexto de eficiência, privilegiando o poderio econômico e o mercado, os verdadeiros detentores do poder, em detrimento da imensa população carente de serviços básicos de saúde e de educação, com o que a própria democracia, como sinônimo de igualdade, esvazia-se, torna-se restrita, pois alcança apenas parcela da população, deixando de ser substancial, participativa e inclusiva.

E isso, por certo, acarreta inegáveis riscos aos direitos fundamentais e impede, à evidência, a implementação e concretização deles, em especial os sociais, uma vez que essa concepção marginalista e neoliberal da economia restringe a democracia, a qual fica refém das regras do mercado.

Ou seja, as regras do mercado possuem interesse próprio, sem preocupação com a implementação de direitos fundamentais, pelo contrário, tais regras não se importam em restringir e limitar tais direitos, em detrimento de uma eficiência econômica.

2.3 O risco aos direitos fundamentais na democracia da eficiência

Essa visão elitista e restrita/minimalista/realista da democracia, que ganha contornos da propalada democracia da eficiência, afronta, à evidência, em primeiro lugar um dos postulados do Estado Democrático de Direito, que é

o princípio da igualdade. Ora, a busca pela igualdade exige uma verdadeira democracia, onde se busque a inclusão de todos e não apenas de uma parcela da população, que é o que tem sido visto nas democracias ocidentais, conforme acima referido.

Tocqueville, ao registrar a democracia nos Estados Unidos, em seu clássico *A Democracia na América*, escrito na primeira metade do século XIX, exalta a igualdade como *fato particular e dominante que singulariza* o século democrático, mais do que a própria liberdade, que, segundo ele, poderia ser encontrada fora até das democracias. Veja-se:

Não me perguntem que singular encanto encontram os homens das épocas democráticas em viver iguais, nem as razões particulares que podem ter para apegar-se tão obstinadamente à igualdade, mais que aos outros bens que a sociedade lhes oferece; a igualdade forma o caráter distintivo da época em que vivem; basta isso para explicar que a preferem a todo o resto.¹⁵²

Embora Tocqueville tenha feito esta exaltação da igualdade em um país onde existia a escravidão, a sua lição indica que o caminho percorrido pela Democracia não atingiu a igualdade, mas sim permitiu o surgimento e o crescimento de desigualdades, que não são enfrentadas na moderna democracia da eficiência que se busca implantar, uma vez que respaldada e balizada pelo mercado e pela economia, cuja visão é estritamente de ajuste fiscal e estancamento do gasto público, sem preocupação de implementação e de garantia dos direitos fundamentais.

Como registra Macpherson, o modelo de democracia restrita, ao fazer uma analogia entre o mercado político e o mercado econômico, não é tão democrático como se fez crer, uma vez que “o equilíbrio que ele produz é um equilíbrio na desigualdade”, porquanto tanto no mercado econômico como no mercado político, o poder aquisitivo é o dinheiro, com o que dificilmente “poderemos dizer que o processo equilibrador é democrático numa sociedade, como a nossa, em que há considerável desigualdade de riqueza e chances de adquirir riqueza”, contribuindo, de um lado, diretamente para a apatia política,

¹⁵² TOCQUEVILLE. Alexis de. **A Democracia na América**. Trad. Neil Riberio da Silva, 2ª ed., Editora Itatiaia, Belo Horizonte, 1987, p. 384.

em especial das classes inferiores, que, por ausência de recursos/dinheiro, acabam tendo menor energia para a participação, e, de outro, para a formação dos oligopólios, decorrente da existência de poucos fornecedores de bens políticos, os quais, em razão disso, “não precisam e de fato não correspondem às demandas dos compradores como deveriam fazer num modelo concorrencial.”¹⁵³

Esse modelo de democracia, ademais, conforme registra Sen, implica num grave distanciamento da economia com a ética, contrariando a própria origem de tais disciplinas (economia e ética), ressaltando que o “pai da economia moderna’, Adam Smith, foi professor de filosofia moral na Universidade de Glasgow, além de que o “assunto da economia foi por muito tempo considerado de certa forma uma ramificação da ética.”¹⁵⁴

De fato, ao criticar a análise econômica do direito que privilegia o autointeresse como fator determinante na escolha racional, bem como a maximização da riqueza como parâmetro de eficiência, Sen ressalta inclusive que houve uma interpretação equivocada do pensamento de Adam Smith pelos teóricos que defendem tal postura, porquanto as “raízes estoicas da concepção *smithiana* de ‘sentimentos morais’ também deixam claro que a simpatia e a autodisciplina tiveram um papel tão importante na noção de bom comportamento de Smith, quando este salientou que ‘o homem, segundo os estoicos, deve considerar-se não separado e desvinculado, mas um cidadão do mundo, um membro da vasta comunidade da natureza’, e ‘no interesse dessa grande comunidade, ele deve em todos os momentos estar disposto ao sacrifício de seu mesquinho interesse’”.¹⁵⁵

É, continua Sen, em razão dessa interpretação errônea da obra de Adam Smith e do estreitamento, na economia moderna, da ampla visão *smithiana* dos seres humanos, o que constitui a grande deficiência da teoria contemporânea para o enfrentamento correto dos graves problemas atuais, tendo em conta o distanciamento da ética com a economia.¹⁵⁶

¹⁵³ MACPHERSON, 1978, p. 90-2.

¹⁵⁴ SEN. Amartya. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das letras, São Paulo, 1999, p. 18.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 38-9.

¹⁵⁶ SEN, 1999, p. 43-44.

Aliás, Sen realça como algo extraordinário a evolução da economia moderna, sem um conteúdo ético, ou com essa motivação humana tão restrita, registrando que “é difícil crer que pessoas reais poderiam ser totalmente indiferentes ao alcance do auto-exame induzido pela questão socrática ‘*como devemos viver*’”, pois tal questão também é motivadora da ética.¹⁵⁷

O rumo tomado pela economia moderna, pelo que se depreende, seguiu a origem da ‘economia engenheira’, referida por Sen, em contraposição a outra origem ética, na qual a abordagem está ligada a “questões primordialmente logísticas em vez de fins supremos e de questões como o que pode promover o ‘bem para o homem’ ou o ‘como devemos viver’”. Essa abordagem engenheira surgiu para “resolver numerosos problemas técnicos nas relações econômicas” e foi desenvolvida inclusive por engenheiros, como Leon Walras, bem como se relaciona aos estudos econômicos que se desenvolveram a partir de análises técnicas de estatísticas.¹⁵⁸

Com isso, embora as importantes contribuições da economia engenheira, a economia moderna acabou por se distanciar da ética, sendo que ela, no dizer de Sen¹⁵⁹, “pode tornar-se mais produtiva se der uma atenção maior e mais explícita às considerações éticas que moldam o comportamento e o juízo humanos.”

Da mesma forma, Avelãs Nunes, na mesma direção de Sen, ressalta que a economia é dividida entre as escolas clássicas/marxista e marginalista, sendo que, na primeira escola, decorrente, entre outros, das obras de Adam Smith, David Ricardo e Karl Marx, as relações de produção se estabelecem entre os titulares do capital e os trabalhadores, considerando o salário como preço pela força do trabalho, defendendo, no entanto, que o lucro não é o preço de nenhuma mercadoria nem a remuneração de qualquer fator de produção, havendo, assim, uma concorrência pela riqueza criada pelo trabalho, geradora dos conflitos sociais.¹⁶⁰

¹⁵⁷ *ibidem*, p. 18.

¹⁵⁸ *ibidem*, p. 21.

¹⁵⁹ *ibidem*, p. 25.

¹⁶⁰ NUNES. Antônio José Avelãs. **Uma Introdução à Economia Política**. Quartier Latin. São Paulo. 2007, p. 538.

Já a concepção marginalista, continua Avelãs Nunes, que teve como precursor o francês Jean-Baptiste Say, considera, ao contrário da corrente clássica/marxista, amparada na teoria do valor-trabalho, como fundamentos do valor a *utilidade* e os *custos de produção*, formulando, assim, a *teoria dos três factores de produção*, que identifica a “teoria da distribuição dos rendimentos como a teoria da formação dos preços dos fatores de produção, em função do jogo de oferta e da procura nos respectivos mercados”, defendendo, assim, que as relações de produção são desencadeadas pelo *empresário*, que é o comprador dos “serviços produtivos, fornecidos pela natureza, pelo trabalho e pelo capital, pagando aos seus titulares o preço que se fixar no mercado de cada um deles”, apresentado, dessa forma, ‘uma visão harmoniosa da sociedade, afastando a ideia de conflito social, porquanto os titulares de cada um dos fatores de produção recebem uma remuneração adequada, de acordo com a contribuição produtiva, “não havendo lugar para qualquer discrepância entre a *distribuição natural* do rendimento e a *justiça social*”, fazendo com que desapareçam, da análise econômica, as *classes sociais*, pois, no mercado, somente há *vendedores e compradores*.¹⁶¹

Como dito acima, embora as diferenças existentes entre a teoria econômica da democracia e a análise econômica do direito, ambas, na lição de Robl Filho, adotam o método econômico marginalista¹⁶², ou seja, o atual pensamento neoliberal, característica que as aproxima, no sentido de uma supervalorização do mercado e da economia e uma diminuição do Estado e da influência das decisões dos políticos.

De forma enfática, Avelãs Nunes critica o pensamento marginalista/neoliberal, por centrar o seu estudo no comportamento do *homo oeconomicus*, entidade que é concebida e programada para atuar sempre com base na racionalidade econômica, registrando que, nele, há uma redução do homem a um agente racional dotado de um razão instrumental, para legitimar a economia capitalista contemporânea, desconsiderando que esse homem encontra-se inserto em uma cultura, numa sociedade e numa instituição, ou seja, para tal corrente, esse homem “obedece sempre aos mesmos princípios de racionalidade, independentemente de sua inserção na história e sua

¹⁶¹ Ibidem, p. 538

¹⁶² ROBL FILHO, 2010, artigo nota 51.

inserção social”. Ainda, aduz que esse conceito de *homo oeconomicus* como *agente racional maximizador* traz com ele, implícito, um *conceito normativo*, utilizado para ‘justificar’ e ‘legitimar’ as instituições econômicas existentes (mercado livre e propriedade privada), viabilizando, assim, um comportamento previsível, de acordo com uma lei universal, que se aplica a todos os agentes econômicos (consumidores, trabalhadores, empresários), fazendo com que todos procurem maximizar o resultado, em coerência com o ‘código da racionalidade’. Registra, também, que, nesta concepção marginalista, as relações entre empregador capitalista e trabalhadores assalariados são entendidas como meros atos de troca, como quaisquer outros atos, decorrentes da livre escolha feita por ambos, desconsiderando que essa troca é desigual e que, numa sociedade de consumo, como ocorre nos sistemas capitalistas reais, há uma série de fatores opressivos que impedem a concepção de soberania do consumidor, como a ausência de recursos para serem incluídos numa sociedade de consumo. Alega, outrossim, que a teoria marginalista, na medida em que pressupõe o funcionamento da economia como uma concorrência perfeita, ignora o poder do mercado, deixando fora de tal análise as outras formas de poder, notadamente o poder político, assim como as *estruturas de poder* e as *relações de poder*. Menciona, por fim, que o pensamento marginalista, ao colocar o mercado “como único instrumento racional de afectação de recursos escassos e usos alternativos”, desconsidera que o mercado não é um mecanismo natural de afetação eficiente e neutra de recursos escassos e de regulação automática da economia, pois é uma *instituição social* que veio servir aos interesses de alguns – e não de todos, e também um *instituição política* destinada a regular e a manter determinadas *estruturas de poder*, com o objetivo de assegurar o interesse de certos grupos, em detrimento de outros.¹⁶³

Em razão disso, Nunes, em outra obra, ao criticar a lógica da política neoliberal, centrada no mercado livre, como mecanismo natural e regulador automático da economia, conclui:

É preciso rejeitar essa lógica neoliberal, que deixa de fora da análise económica e social da realidade o *poder*, as *relações de poder* e as

¹⁶³ NUNES. 2007, p. 559-583

estruturas de poder, e sustenta que tudo aquilo que a humanidade precisa é um *mercado livre*, que o resto vem por si.¹⁶⁴

Como se vê, essa concepção marginalista e neoliberal da economia, ao considerar o ser humano apenas como agente maximizador do seu próprio interesse, afasta-o do necessário conteúdo moral e ético que também está presente na ação e conduta humanas, como forma de solidariedade e preocupação também com o semelhante que se encontra inserido no mesmo contexto cultural, social e histórico.

A abordagem ética da economia, como registra Sen, é aristotélica, tendo em conta que Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*, relaciona a economia aos fins humanos, bem como, ao considerar a política como ‘a arte mestra’, ensina que ela deve se relacionar com as outras ciências, inclusive a economia, com o objetivo de se atingir o ‘bem para o homem’. Da mesma forma, continua Sen, em *A Política*, Aristóteles registra que a economia relaciona-se com a ética e a política, ressaltando, ao discorrer sobre o papel do Estado, que este tem como fim ‘a promoção comum de uma boa qualidade de vida’.¹⁶⁵

E é dessa abordagem, que diz respeito à motivação humana, ao sentimento das pessoas reais, que a economia moderna afastou-se, centrada que ficou na racionalidade do comportamento econômico, ao, na lição de Sen, ‘identificar o comportamento real com o comportamento racional’ e ‘a especificar a natureza do comportamento racional em termos muito restritos’, concebendo este comportamento racional, de um lado, como uma consistência interna de escolha e, por outro, em identificar racionalidade com maximização do autointeresse.¹⁶⁶

Sen contesta que a consistência interna da escolha possa ser uma condição adequada de racionalidade, mesmo quando descrita como uma ‘função de utilidade’ da pessoa, bem como a maximização do autointeresse, como uma correspondência externa entre as escolhas que a pessoa faz e seu autointeresse, como sendo uma marca de racionalidade, registrando que “pode

¹⁶⁴ NUNES. Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Renovar. Rio de Janeiro, 2003, p. 118.

¹⁶⁵ SEN. 1999, p. 19-20.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 26-8

não ser de todo absurdo afirmar que a maximização do auto-interesse não é irracional, mas asseverar que tudo o que não for maximização do auto-interesse tem de ser irracional parece absolutamente insólito.”¹⁶⁷

Com isso, ao se compreender como racional somente o que maximizar o autointeresse, há uma inegável rejeição à ética, como se, no agir do ser humano, não pudesse haver outra motivação para se valorizar ou promover, mas apenas o autointeresse. Então, como afirma Sen, a “verdadeira questão é se existe ou não uma pluralidade de motivações ou se unicamente o auto-interesse rege os seres humanos”, registrando, ademais, “que negar que as pessoas sempre se comportam de modo auto-interessado não equivale a afirmar que elas *sempre* agem com altruísmo”, e, ainda, que não há necessidade de que exista um contraste entre o autointeresse, de um lado, e algum tipo de preocupação geral por todas as outras pessoas, de outro, assinalando que a tradicional dicotomia entre egoísmo e utilitarismo é enganosa, referindo-se à existência de ações com comprometimento dentro de grupos e comunidades, citando ainda ações baseadas na lealdade de grupos e de responsabilidade dos familiares.¹⁶⁸

Sandel ressalta a visão aristotélica da virtude, registrando que há algo que vai além do comportamento autointeressado, citando os deveres de patriotismo e de lealdade na ação humana,¹⁶⁹ o que revela, por certo, que a maximização do autointeresse, com base na racionalidade do ser humano, não pode ser a única medida para a avaliação do comportamento humano, inclusive no campo da economia.

Em outra obra, Sen ressalta a inadequação de se adotar, em uma compreensão mais plena de desenvolvimento, como “objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza, que é, como observou Aristóteles, ‘meramente útil e em proveito de alguma outra coisa”, impondo-se que o desenvolvimento esteja “relacionado sobretudo com a melhora de vida que levamos e as liberdades que desfrutamos”, permitindo que “sejamos seres

¹⁶⁷ SEN, 1999, p. 30-1

¹⁶⁸ Ibidem, p. 35-6.

¹⁶⁹ SANDEL. 2014, p. 281-296.

mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.”¹⁷⁰

Conforme ensina Sen, essa concepção de eficiência econômica, ligada à otimalidade de Pareto, “capta os aspectos da eficiência apenas do cálculo baseada na utilidade”, fazendo com que o ótimo de Pareto, como critério de julgamento, e o comportamento autointeressado funcionem com únicos critérios de escolha econômica, sem que haja uma preocupação com o conteúdo ético dessa escolha.¹⁷¹

Myrdal, igualmente, registra que “*no sistema aristotélico, a Economia é uma subdivisão da Política, a qual por sua vez é parte da Ética ou Filosofia prática*”, referindo que o objeto de investigação de ambas é o *estudo da atividade social*, ressaltando os paralelos entre o conceito de valor, que é central para a Economia, com o conceito de direito/dever, central para as teorias do Estado:

Ambos os conceitos, e com eles os dois ramos de conhecimento, têm sido, através da história do pensamento, associados a muitas maneiras diferentes. As diferenças dependeram do variável relevo emprestado a cada um daqueles conceitos. Em contraste com os gregos, os romanos, com seu sistema legal altamente desenvolvido, desprezaram o conceito de valor e por conseqüência o método econômico de tratar os problemas sociais. Os escolásticos, por sua vez, mostraram mais interesse em problemas econômicos. Poder-se-iam considerar as doutrinas dos pais da Igreja medieval e, mais tarde, os professores da lei natural, como tentativas para combinar os conceitos de ‘direito’ e ‘valor’, extraindo ambos dos mesmos princípios finais. Os utilitaristas continuaram essa tendência. Desde Bentham, pelo menos, o objetivo tem sido subordinar ‘direito’ e ‘dever’ ao ‘valor’. Eis o que se entende pelo princípio de que a utilidade social deve determinar direitos e deveres.¹⁷²

Essa tradição utilitarista, continua Myrdal, que inspira a Economia Política, tem uma tendência de encobrir os conflitos de interesses, uma vez que há crença na harmonia social, consistente na “ideia de que a atividade econômica pode ser visualizada como o processo de economia doméstica por um único sujeito social”, levando “à crença de ‘os problemas econômicos’ podem ser tratados ‘de um posto de vista econômico’, culminando que a idéia de que se pode julgar a política social de um ponto de vista puramente

¹⁷⁰ SEN. Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 2000, p. 28-29.

¹⁷¹ SEN. 1999, 47-54.

¹⁷² MYRDAL. Gunnar. **Aspectos políticos da teoria econômica**. Trad. José Auto. Rev. e notas, Cassio Fonseca. Ed. Abril Cultural, São Paulo, 1984, p. 57.

econômico é completamente metafísica”, porquanto parte da presunção tácita de que “existe tal coisa como seja o interesse das sociedade como um todo, e que os interesses particulares, embora superficialmente, antagônicos, são no âmago conciliáveis.”¹⁷³

Por fim, Myrdal, ao sustentar a necessidade de reconstrução dos interesses econômicos na moderna Economia, coloca a “tecnologia da Economia” como pré-condição, sendo esta uma “teoria científica de como a política pode servir a interesses concretos”, ressaltando que essa “tal tecnologia econômica está na melhor tradição da Economia Política, que sempre visou à política social”, porém argumenta que é preciso que ela se torne mais relativista, a fim de que se relacione com *premissas de valor explícitas e concretas*, porquanto “as ações humanas não são unicamente motivadas por interesses econômicos” como o “desejo de rendas mais elevadas e de preços mais baixos e, por acréscimo, talvez estabilidade de proventos de emprego, tempo razoável para o lazer e um ambiente conducente ao seu uso satisfatório, boas condições de trabalho etc.”, sendo que “as aspirações políticas não podem ser identificadas com esses interesses”, porquanto “o povo também está interessado em objetivos sociais”, bem como “acredita em ideais aos quais deseja que sua sociedade se amolde”, concluindo que “uma tecnologia da Economia não deveria ser construída sobre interesses econômicos, mas sobre atitudes sociais”, ou sobre a “disposição emotiva de um indivíduo ou de um grupo para reagir de certas maneiras a situações reais e potenciais.”¹⁷⁴

Convém registrar, na precisa lição de Sartori, que a própria filosofia utilitarista, pautada nos princípios da utilidade como motivação, com o objetivo de se buscar a maximização do prazer e minimização da dor, como medida apta à avaliação de uma determinada ação, que leva, assim, ao *cálculo felicífico*, que dita a *filosofia política*, consistente no fato de que “o dever do estado é promover a maior felicidade para o maior número possível de pessoas” não tem, necessariamente, conversibilidade na *praxis* defendida, de

¹⁷³ MYRDAL, 1984, p. 161-2.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 163-5.

um governo representativo, com sufrágio universal e com adoção do liberalismo econômico.¹⁷⁵

Aliás, no que diz respeito ao liberalismo econômico, Sartori deixa claro que, ao contrário do que os utilitaristas acreditavam no sentido de que o liberalismo econômico seria uma implicação do princípio da felicidade máxima para o maior número de pessoas, na verdade, em função desse princípio felicífico pode se chegar à conclusão contrária, ou seja, de que “o princípio do ‘laissez-faire’ provoca a maior infelicidade do maior número.”¹⁷⁶

Tanto isso é verdade que, ainda na esteira da lição de Sartori, os próprios utilitaristas acabaram por reformular seus princípios, introduzindo em sua filosofia três princípios intermediários: “1) todo indivíduo deve contar como uma só pessoa; 2) o Estado é necessário para impedir que cada um possa explorar aos outros em seu benefício; 3) os governantes devem ter poder limitado, para não explorar os governados em benefício próprio”, ressaltando, entretanto, que esses princípios, embora possam derivar implicações práticas precisas, como a “necessidade de um sistema representativo e a justificação do sufrágio universal”, nada tem de especificamente utilitário e não proveem dos princípios fundamentais antes mencionados, mas são, em verdade, máximas de prudência prática que presidem à elaboração do constitucionalismo, não decorrendo, assim, de um “ética hedonista (como a utilitarista), mas de um longa maturação do pensamento político e até mesmo de uma ética cristã, da atribuição de valor do indivíduo como tal.”¹⁷⁷

Com isso pode se concluir que esse afastamento da economia da ética decorre de uma distorção feita pela filosofia utilitarista, pautada num liberalismo econômico que olha apenas o interesse egoísta e individual do ser humano na busca racional da maximização do seu interesse. Com isso, o mercado – e não o Estado, a política democrática – deve ser o regulador da sociedade, que é, sem dúvida, o mote da política neoliberal, desconsiderando, à evidência, o interesse público.

¹⁷⁵ SARTORI, Giovanni. **A Política. Lógica e Método nas Ciências Sociais**. Trad. Sérgio Bath, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1981, p. 148-9.

¹⁷⁶ SARTORI, 1981, p. 150.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 150.

No ponto, vale transcrever a lição de Muller, ao ressaltar a necessidade de imposição do controle democrático por parte do Estado:

Entre Estado e o mercado, o interesse público, o *bonum commune*, é representado apenas pelo Estado. Este é imprescindível para a solução de problema de política distributiva. Justamente a *democracia* exige inserir processos econômicos em processos sociais – entretentes nos planos nacional e internacional. Do contrário, processos que transcorrem no mercado sem a presença do Estado fazem da responsabilidade democrática definitivamente uma farsa. Mas as chamadas forças do mercado não são leis naturais nem regras hierarquicamente superiores da história e da sociedade, são obra humana, parciais e vinculadas a interesses, de utilidade privada e possuídas pela busca cega do lucro: só parecem estar em funcionamento, ao olhar superficial, porque na realidade os sistemas de economia mista continuam existindo em larga escala – os mais ruidosos lamentos liberais contra o controle estatal nunca desprezam subsídios públicos (pagos com receitas de impostos).¹⁷⁸

A teoria da escolha racional, que norteia a teoria econômica da democracia, pautada na ideia do homem racional, egoísta e maximizador de seu próprio interesse, ou seja, do *homo economicus*, não permite a construção de uma sociedade solidária, mas apenas individualista, porquanto não leva em consideração, como adverte Avritzer, a necessária diferenciação entre *homo economicus* e o *homo politicus*, uma vez que este último fundamenta suas ações “não nas ideias de barganha e competição e sim na ideia de argumentação, ideia essa que envolve necessariamente o entendimento do outro enquanto indivíduo com o qual eu tenho algo em comum.”¹⁷⁹

Borón, de forma crítica a essa política neoliberal, aduz que o que havia começado como “sabedoria econômica e política de mercado”, como forma automática e pré-política capaz de gerar crescimento e equidade distributiva, acaba ensejado “em uma virulenta ofensiva antiestatista precisamente no momento em que as classes e grupos subalternos lutavam por uma profundização da democracia.”¹⁸⁰

¹⁷⁸ MÜLLER, Friedrich. **As limitações das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência.** In Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho. Coordenadores Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 2012.

¹⁷⁹ AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática.** Perspectiva. São Paulo. Editora da UFMG, Belo Horizonte. 1996, p. 156.

¹⁸⁰ BORÓN, Atilio A. **Estado, capitalismo e democracia na América Latina.** Trad. Emir Sader, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1994, p. 81.

Moufee, ao criticar o enfoque liberal da democracia, que nega o antagonismo político, por recear não conseguir o consenso, sustenta que a especificidade da democracia moderna está pautada no reconhecimento e na legitimação do conflito e na negativa de eliminação dele por imposição de uma ordem autoritária, ressaltando que “el consenso es necesario em las instituciones constitutivas de la democracia y en los valores ‘éticos políticos’ que inspiram lá asociación política – libertad e igualdad para todos’ –, no entanto deve haver desacordo no sentido e no modo de implementação de tais valores, porquanto em uma democracia pluralista tais desacordos, além de legítimos, são necessários, sendo matéria da política democrática.¹⁸¹

Macpherson, após contestar as teorias a respeito da democracia, centrando sua crítica na democracia *schumpeteriana*, que domina o cenário atual, sustenta a necessidade de uma democracia participativa, que a concebe como uma democracia liberal, na qual se vislumbra a oportunidade de participação do cidadão por outros meios que não os partidos políticos, com um forte sentimento ético de igualdade de direitos de autodesenvolvimento do ser humano, exigindo-se, para isso, que haja “um paulatino desaparecimento ou abandono das pressuposições de mercado quanto à natureza do homem e da sociedade, um afastamento da imagem do homem como consumidor maximizante, e grande redução da atual desigualdade econômica e social.”¹⁸²

Ou seja, a concepção marginalista e neoliberal da economia refuta, por certo, essa visão substancial e participativa da democracia, porquanto espaço de irracionalidade, em contraposição ao espaço racional e maximizador do mercado, pautado na eficiência. Com isso, conforme registram Loureiro e Abrucio, a política democrática restou subalterna do mercado e da economia, seguindo a tendência de pensamento econômico do Sec. XX. No ponto:

Procuramos mostrar no presente artigo que a ideia da política como o espaço de irracionalidade e da democracia como antagônica à eficiência econômica está bastante enraizada no pensamento econômico do século XX e também foi exportada para parte importante da Ciência Política, atingindo ainda muitos estudos sobre políticas públicas em geral. Isso porque a maioria dos economistas, mas também de cientistas políticos que estudam os impactos das

¹⁸¹ MOUFEE, Chantal. **Em torno a lo político**. 1ª ED. 2ª REIMP. Fundo de Cultura Econômica, Buenos Aires, 2011, p. 36-8.

¹⁸² MACPHERSON, 1978, p. 115.

instituições sobre a estratégia dos atores políticos e sobre os resultados das políticas públicas, argumenta que a governabilidade e a efetiva capacidade decisória do Estado só podem ser garantidas se houver insulamento das decisões econômicas de qualquer interferência política, ou se existirem arranjos institucionais que concentrem poder. Em outras palavras, a governabilidade depende da redução das arenas em que as divergências, os conflitos e eventuais consensos possam surgir e em que a política, como o terreno dos interesses e valores construídos socialmente que se expressam num jogo institucionalizado, possa se manifestar.¹⁸³

Marrafon e Robl Filho, igualmente, registram a crítica a essa visão contemporânea da democracia, ressaltando o risco aos direitos fundamentais.

O discurso de POSNER e da AED (análise econômica do direito) ao conceder um papel no máximo de coadjuvante aos direitos fundamentais e enorme relevância à riqueza e à propriedade privada, de certa maneira, promove um retrocesso social. Explica-se: na modernidade tradicional, restringiu-se substancialmente a liberdade e a igualdade com medo do estabelecimento de um sujeito egoísta que colocaria, até mesmo, o regime econômico em risco. Ao se colocar, novamente, a riqueza e a economia em primeiro lugar, mais uma vez os direitos fundamentais são sacrificados. No entanto, o tempo é outro. Não se pode esquecer que aconteceu uma profunda alteração social nos períodos moderno e hipermoderno, criando os indivíduos, nas sociedades democráticas ocidentais, um forte consenso sobre a necessidade de se viver em uma comunidade pautada em direitos.¹⁸⁴

Como registra Nunes, “o ideário liberal rejeita o objetivo de redução das desigualdades, em nome de um qualquer ideal de equidade e de justiça”, sendo que “as políticas que buscam realizar a justiça social distributiva são sempre encaradas como um atentado à liberdade individual”, afastando, assim, da responsabilidade do Estado na implementação de políticas que visem à justiça social, bem como da busca de uma distribuição de renda mais equitativa no intuito de diminuir as desigualdades e permitir uma igualdade efetiva entre as pessoas.¹⁸⁵

¹⁸³ LOUREIRO e ABRUCIO, 2012, artigo s/p, nota 41.

¹⁸⁴ MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FI LHO, Ilton Norberto. **Paradoxos da Hipermodernidade: Reflexões sobre a Análise Econômica do Direito, os Direitos Fundamentais e o Papel da Jurisdição Constitucional no Brasil à Luz da Filosofia de Gilles Lipo Vetsky.** In: MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar, VALE, Julio Keller do, AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de (Org.). *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise.* Florianópolis: Conceito, 2010, p. 281.

¹⁸⁵ NUNES, 2003, p. 38-9.

No caso brasileiro, esse viés neoliberal restou evidente, como registra Marcelino Jr.¹⁸⁶, com a inclusão, por meio da EC 19/1998, no art. 37 da Constituição Federal, do princípio da eficiência, não como mais um princípio do rol, mas sim “como mote do projeto neoliberalizante que conseguiu romper com a barreira normativa existente, visando viabilizar a inserção de elementos de livre mercado no próprio Estado”, com inegáveis riscos ao Judiciário – que é o garantidor dos direitos fundamentais – e à própria Democracia.

Portanto, a democracia contemporânea necessita urgentemente deixar de ser refém dessa concepção marginalista e neoliberal da economia, que, afastada de qualquer conteúdo ético, exclui a política e a participação democrática na tomada de importantes decisões do Estado, as quais são relegadas ao mercado, que as aplica na medida de seu interesse, em detrimento dos direitos fundamentais e do próprio Estado democrático, como se tem visto nas recentes medidas adotadas pelo atual governo brasileiro, como é o caso da Emenda do Teto (EC 95/2016) e das reformas trabalhista e previdenciária.

Com efeito, a EC 95/2016, a pretexto de contenção do déficit nas contas públicas, estabeleceu um ajuste fiscal rigoroso, com contenção de gastos em áreas sociais (saúde e educação), com inegável reflexo na implementação de políticas sociais, tão necessárias para um país com enorme deficiência e falta de tais serviços públicos, o que irá acarretar, sem dúvida alguma, danos à concretização de direitos fundamentais de uma grande massa populacional, porquanto evidente o retrocesso social estabelecido com tais medidas, como será abordado no terceiro capítulo.

É esta visão neoliberal que prepondera no atual cenário brasileiro, sob o prisma da denominada democracia moderna e de eficiência, porquanto, a pretexto de conter o déficit público, lança-se mão do congelamento de investimentos em saúde e educação, sem qualquer medida de enfrentamento contra o sistema financeiro e os juros aviltantes cobrados da dívida pública, por

¹⁸⁶ MARCELINO JR. Julio Cesar. **O movimento da Law and Economics e a eficiência como critério de justiça: incompatibilidade entre direito, economia e direito.** Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v.1, n.º 1, 2010, p. 98-9, acesso em http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1037/867.

exemplo, matérias estas intocadas e que apenas revela a submissão do atual governo brasileiro ao poderio econômico e ao mercado.

Portanto, não há dúvida, essa concepção neoliberal da economia, em busca de uma eficiência econômica, sem qualquer conteúdo moral e ético, evidenciadas pelas medidas adotadas pela EC 95/2016, acaba por impor sérios riscos aos direitos fundamentais de muitos brasileiros, pois é evidente que o congelamento imposto nas áreas referidas impedirá sequer manter o já defasado nível de direitos sociais, acarretando um evidente retrocesso social, além de inviabilizar qualquer tipo de progresso em tais áreas, embora o dever de contínua progressividade de implementação estabelecido no pacto internacional de direitos sociais, econômicos e culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil por força do Decreto 591 de 06 de julho de 1992, bem como na Convenção Americana de 1969 e no Protocolo de São Salvador, que complementa a referida Convenção em relação aos direitos sociais, ambos ratificados pelo Brasil, respectivamente, pelo Decreto n.º 678 de 06 de novembro de 1992 e Decreto 3.322 de 30 de dezembro de 1999.

Dessa forma, é imprescindível que seja feita uma defesa enfática desses direitos, flagrantemente violados, sob um pretexto de eficiência econômica e de governabilidade, exigindo-se, assim, uma expressiva mobilização da sociedade como um todo para que tais questões sejam melhores discutidas no campo político, mas também postura firme do Poder Judiciário na defesa tais direitos fundamentais, direitos estes que devem ser, na lição de Dworkin *levados a sério*¹⁸⁷ e, acima de tudo, considerados *trunfos contra a maioria*, como sustenta Novaes,¹⁸⁸, ainda mais quando se constata que essa maioria é eventual e ocasional e que legisla muito mais na busca do seu próprio interesse, do que no interesse coletivo e social, como é exemplo o nosso Congresso Nacional, responsável pela aprovação da Emenda citada.

E é por essa razão que o papel da jurisdição constitucional precisa ser desempenhado com altivez, sob pena de se colocarem no ralo inúmeras conquistas democráticas obtidas, em nível de legislação, pelo menos, no que

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira, 3ª ed., Martins Fontes, 2010, p. XV. e 283-314.

¹⁸⁸ NOVAES. Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria**. Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 17-67.

diz respeito a direitos fundamentais, tão caros para um Estado Democrático de Direito, que tem como objetivo erradicar a pobreza e acabar com as desigualdades sociais.

CAPÍTULO III – A DEMOCRACIA DA EFICIÊNCIA E O RETROCESSO SOCIAL

3.1 A Emenda Constitucional 95/2016 (PEC do Teto) e a implicação nos direitos fundamentais sociais

Conforme abordagem feita no segundo capítulo, prepondera uma visão restrita de democracia nos sistemas de governo contemporâneos, sendo que, no caso brasileiro atual, a pretensão, dita com todas as letras, é a busca pela democracia da eficiência, cuja crítica já foi feita acima, tendo em conta que a abordagem de tal democracia descarta dos direitos fundamentais.

A colocação em prática da propalada democracia da eficiência, no âmbito nacional, não há dúvida, foi a promulgação da Emenda Constitucional 95/2016, a famosa PEC do Teto, sobre a qual, nesse primeiro tópico, far-se-á uma análise de seus dispositivos e se registrará algumas críticas e alguns dados técnicos, para, nos itens seguintes, ressaltar-se a incompatibilidade dela com a Constituição Federal e os meios de se buscar a reversão de tal estado de coisas.

Após o trâmite célere em ambas as Casas do Congresso Nacional, a PEC (nº 241, na Câmara dos Deputados, e nº 55, no Senado Federal), deu ensejo à Emenda Constitucional 95/2016 (EC 95/16), a chamada PEC do Teto, promulgada em 15/12/2016 e publicada no Diário da União em 16/12/2016, incluindo os artigos 106 a 114 dos Atos das Disposições das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo o novo Regime Fiscal.

De início, impõe-se sejam analisados os dispositivos constitucionais introduzidos pela Emenda Constitucional 95/2016, composta de três artigos, que institui o Novo Regime Fiscal – NRF.

Conforme se depreende, o art. 106 institui o Novo Regime Fiscal, estabelecendo o prazo de 20 anos de vigência, nos termos dos artigos 107 a 114 dos Atos das Disposições das Disposições Constitucionais Transitórias.

O art. 107, por sua vez, estabelece, para cada exercício financeiro, limites individualizados para as despesas primárias¹⁸⁹ dos seguintes Poderes e órgãos: do Poder Executivo (inciso I); do Supremo Tribunal Federal; do Superior Tribunal de Justiça; do Conselho Nacional de Justiça; da Justiça do Trabalho; da Justiça Federal; da Justiça Militar da União; da Justiça Eleitoral; e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário (inciso II); do Senado Federal; da Câmara dos Deputados; e do Tribunal de Contas da União (TCU), no âmbito do Poder Legislativo (inciso III); do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público (inciso IV); e da Defensoria Pública da União (inciso V).

Após a definição da abrangência subjetiva da norma, ou seja, dos poderes e órgãos afetados, o § 1º do art. 107 define os limites a serem aplicados nos vinte exercícios financeiros durante o qual o NRF vigorará, tomando por base o montante das despesas primárias pagas em 2016.

Com efeito, o inciso I do § 1º do art. 107 estabelece que o limite das despesas primárias equivalerá, para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento), percentual este que equivale à taxa de inflação presente em 2016.

O inciso II do § 1º, do referido artigo, estabelece o limite das despesas primárias para os demais 19 (dezenove) exercícios financeiros, o qual equivalerá ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, publicado pelo IBGE, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.

Ou seja, o limite de despesas primárias em um exercício será a resultante do limite referente ao exercício imediatamente anterior corrigido pelo índice de variação da inflação no período indicado.

¹⁸⁹ Despesas primárias são aqueles gastos feitos pelos poderes/órgãos que não incluem os gastos financeiros, como o pagamento de juros, por exemplo.

O § 2º do art. 107 estabelece que os limites a serem observados pela Câmara dos Deputados (art. 51, caput, inciso IV, da CF), pelo Senado Federal (art. 52, caput, inciso XIII, da CF), pelos Tribunais que integram o Poder Judiciário (art. 99, § 1º, da CF), pelo Ministério Público (art. 127, § 3º, da CF) e pela Defensoria Pública da União (art. 134, § 3º, da CF) na elaboração de suas respectivas propostas orçamentárias, não poderão ser superiores aos estabelecidos nos termos deste artigo.

O § 3º do art. 107 estabelece que a mensagem que encaminhar o projeto de lei orçamentária demonstrará os valores máximos de programação compatíveis com os limites individualizados calculados na forma do § 1º deste artigo, observados os §§ 7º a 9º deste artigo.

Por sua vez o § 4º do art. 107 dispõe que as despesas primárias, autorizadas na lei orçamentária anual, sujeitas aos limites de que trata este artigo, não poderão exceder os valores máximos demonstrados nos termos do § 3º do mesmo artigo.

O § 5º do art. 107, por sua vez, veda qualquer possibilidade de que, por meio de abertura de crédito suplementar ou especial, seja ampliado o montante total autorizado de despesa primária sujeita aos limites de que trata o artigo.

O § 6º do art. 107 trata das exceções do NRF e dispõe que não se incluem na base de cálculo e nos limites estabelecidos as transferências constitucionais estabelecidas pelos art. 20, § 1º (royalties da exploração do petróleo, de recursos hídricos para a geração de energia elétrica e de outros minerais devidos aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União); art. 146, parágrafo único, inciso III (distribuição de recursos que cabem aos entes federados em face da centralização e unificação do recolhimento de impostos e contribuições no regime de tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte); art. 153, § 5º (transferência da parte que cabe aos Estados, Distrito Federal e Municípios dos recursos arrecadados com a tributação do ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial); art. 157 (participação dos Estados e do Distrito Federal na arrecadação de recursos de impostos de competência da União); art. 158, incisos I e II (participação dos Municípios na

arrecadação de recursos de impostos da competência da União); art. 159 (recursos da União distribuídos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e Fundo de Participação dos Municípios); art. 212, § 6º (cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação); e as despesas referentes ao art. 21, caput, inciso XIV (Fundo Constitucional do Distrito Federal), todos da Constituição, e as complementações de que trata o art. 60, caput, incisos V e VII (complementação pela União dos valores mínimos por aluno no âmbito do FUNDEB), do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (inciso I). Ainda, encontram-se fora dos limites do NRF, os créditos extraordinários a que se refere o art. 167, § 3º (despesas imprevisíveis e urgentes), da Constituição, conforme o disposto no inciso II do § 6º do art. 107. O inciso III desse parágrafo também exclui as despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições (inciso III), enquanto – e por fim – o inciso IV retira do âmbito de abrangência do NRF as despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.

O § 7º do art. 107 estabelece que nos três primeiros exercícios financeiros da vigência do Novo Regime Fiscal, o Poder Executivo poderá compensar com redução equivalente na sua despesa primária, consoante os valores estabelecidos no projeto de lei orçamentária encaminhado pelo Poder Executivo no respectivo exercício, o excesso de despesas primárias em relação aos limites de que tratam os incisos II a V (Poder Judiciário Federal, Congresso Nacional, Ministério Público da União e Defensoria Pública da União) do *caput* deste artigo.

Essa compensação, de acordo com o § 8º do art. 107, não excederá a 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) do limite do Poder Executivo.

Por sua vez, o § 9º dispõe que, respeitado o somatório em cada um dos incisos de II a IV do caput deste artigo, a lei de diretrizes orçamentárias poderá dispor sobre a compensação entre os limites individualizados dos órgãos elencados em cada inciso.

O § 10 do art. 107 estipula que, para fins de verificação do cumprimento dos limites de que trata este artigo, serão consideradas as

despesas primárias pagas, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário no exercício.

Por fim, em seu derradeiro parágrafo, o art. 107 prevê que o pagamento de restos a pagar inscritos até 31 de dezembro de 2015 poderá ser excluído da verificação do cumprimento dos limites de que trata este artigo, até o excesso de resultado primário dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social do exercício em relação à meta fixada na lei de diretrizes orçamentárias.

Estas são as regras estabelecidas pelo Novo Regime Fiscal.

Ainda durante a tramitação das respectivas PECs na Câmara e no Senado Federal, tais medidas foram alvo de contestações/críticas por entidades/órgãos/instituições.

Em nota pública emitida pela Organização das Nações Unidas – ONU, quando ainda tramitava no Senado Federal a PEC 55 e que havia tramitado na Câmara de Deputados sob o nº 241, o australiano Philip Alston, relator especial das Nações Unidas para a pobreza extrema e os direitos humanos, registrou que o congelamento por 20 anos de gastos sociais, em saúde, educação e segurança social, terá ‘impacto severo’ sobre a população pobre no Brasil, provocará ‘retrocesso social’ e colocará “toda uma geração futura em risco de receber uma proteção social muito abaixo dos níveis atuais”, destacando que as medidas estavam sendo analisadas às pressas pelos senadores, sem a participação de todos os interessados, registrando, ainda, que “mostrar prudência econômica e fiscal e respeitar as normas internacionais de direitos humanos não são objetivos mutuamente excludentes”, porquanto “ambos focam na importância de desenhar medidas cuidadosamente de forma a evitar ao máximo o impacto negativo sobre as pessoas”, e, por fim, que um estudo recente indicou que 43% dos brasileiros não sabe da emenda e que daqueles que sabem a maioria é contra ela¹⁹⁰.

Igualmente, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) lançou nota contrariamente às medidas adotadas, por considerá-las nefastas

¹⁹⁰ PEC 55 é "erro histórico" que provocará "retrocesso social", diz ONU Philip Alston, relator especial das Nações Unidas, in <http://www.cartacapital.com.br/politica/pec-55-e-erro-historico-que-provocara-retrocesso-social-diz-onu>, acesso em 21/12/2016.

para o sistema de justiça, considerado os limites impostos ao Poder Judiciário.

Veja-se:

O governo, diante do rombo financeiro deixado pela má gestão e corrupção, culpando unicamente o serviço público e sob o pretexto de controlar os gastos excessivos e permitir que o país volte a crescer, pretende impor um congelamento no orçamento, estipulando que as despesas de um ano não poderão ultrapassar a inflação do ano anterior.

O governo faz manobras para aprovar rapidamente a emenda, sem qualquer debate prévio e amplo com participação da população, que vai sofrer diretamente seus efeitos.

Investimentos em áreas essenciais – saúde, educação e assistência social – estarão limitados caso referida emenda constitucional seja aprovada, e nenhum debate é proposto para que a sociedade civil possa ter conhecimento do alcance dessa reforma e das suas consequências.

O mero reajuste pela inflação não é suficiente para suprir a despesa gerada pelo simples aumento da população que, em situações de crise economia depende ainda mais dos serviços públicos.

Outrossim, o raciocínio de que o rombo no orçamento federal vem do pagamento de salários ao funcionalismo público não pode ser levado em consideração, uma vez que os valores apontados em ranking recentemente divulgado pelo jornal O Estado de São Paulo não correspondem à realidade, especialmente da magistratura federal.

E, ao contrário do que ali consta, o Poder Judiciário sofreu fortemente com os cortes orçamentários impostos para o ano corrente, o que já vem prejudicando a prestação do serviço e a própria manutenção dos fóruns, gerando demissões em massa de funcionários terceirizados que lidavam com a limpeza e segurança e também de estagiários.

A alegada independência orçamentária do Poder Judiciário não existe na prática, apesar de constitucionalmente prevista. Além disso, ao contrário do que foi afirmado na reportagem, nenhum reajuste foi concedido este ano à Magistratura e ao Ministério Público Federal, enquanto outros reajustes foram dados a diversas categorias de funcionários do Poder Executivo.

O governo também contra-argumenta que, sem a aprovação da PEC, a única alternativa é o aumento de impostos.

A Ajufe aproveita o ensejo para ressaltar que sempre se manifestou favoravelmente à reforma tributária, que vem sendo sucessivamente adiada por diferentes governos e legislações. Ressalte-se que a carga tributária que incide sobre o contribuinte brasileiro é altíssima, sendo que a única medida tomada pelos governos é sempre a maior oneração do contribuinte.

Boa gestão dos gastos públicos é essencial para qualquer economia, pública e privada. No entanto, além de impedir qualquer debate sobre as novas medidas propostas, o governo impõe restrições para um período extremamente longo, de 20 anos, durante o qual não poderá haver nenhuma expansão no serviço público além do crescimento da inflação, o que, como visto, é insuficiente para conter a simples demanda.

Especificamente no tocante ao Poder Judiciário, investimentos deixarão de ser feitos, novos concursos não poderão ser abertos, a demanda de processos aumentará e a força de trabalho não, gerando mais atraso na prestação jurisdicional. E outras restrições atingirão

também os serviços de saúde, assistência social, educação e toda a população brasileira sentirá seus efeitos nefastos.¹⁹¹

No mesmo sentido, foi a manifestação do Ministério Público Federal, ao lançar a Nota Técnica PGR/SRI 82/2016, ressaltando a inconstitucionalidade das medidas, por ofenderem a autonomia financeira do Poder Judiciário, do Ministério Público e de outros órgãos do sistema de justiça.

Com efeito, a partir do momento em que se propõe uma limitação de gastos públicos conforme apresentado pela PEC 241, por vinte anos, percebe-se, claramente, que a proposta de emenda tende a afrontar a independência e autonomia dos Poderes Legislativo e Judiciário e a autonomia das instituições do Sistema de Justiça (Funções Essenciais à Justiça, em especial o Ministério Público e as Defensorias públicas), razão pela qual, respeitosamente, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 241, de 2016 é inconstitucional.¹⁹²

Essas críticas, por certo, devem-se ao fato de que, no Brasil, esses direitos sociais (saúde, educação e assistência social) sequer se encontram concretizados para uma imensa massa da população, com o que o congelamento no investimento é nefasto.

Como forma de subsidiar a fundamentação jurídica que se fará adiante, no sentido da inconstitucionalidade das medidas adotadas na EC 95/2016, por violadoras de cláusulas pétreas da Constituição Federal e caracterizadoras de evidente retrocesso social, é importante trazer alguns dados técnicos, referentes à situação dos direitos sociais no Brasil.

No ponto, calha transcrever dois estudos feitos por pesquisadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre o impacto do NRF para a política de assistência social e para a política de saúde.

Com efeito, no estudo intitulado O Novo Regime Fiscal e suas implicações para a Política de Assistência Social no Brasil, os pesquisadores do referido Instituto, Andrea Baretto de Paiva, Ana Cleusa Serra Mesquita, Luciana Jaccoud e Luana Passos, não deixam dúvida de que as medidas da EC implicarão em descontinuidade dos já precários serviços no âmbito da Assistência Social, conforme conclusão:

¹⁹¹ Disponível em: <http://www.ajufe.org/imprensa/ajufe-na-imprensa/nota-da-ajufe-sobre-a-pec-241>, acesso em 23/11/2017.

¹⁹² Nota Técnica PGR/SRI 82/2016, in <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-envia-ao-congresso-nota-tecnica-contra-a-proposta-do-novo-regime-fiscal>, acesso em 21 de outubro de 2017.

O Brasil vem experimentando uma redução sensível da pobreza monetária e da desigualdade de renda, com sensível melhoria do acesso aos serviços de saúde, educação e assistência por parte da população mais vulnerável. No campo da assistência, a consolidação do Benefício de Prestação Continuada (BPC), a criação e a expansão do Programa Bolsa Família (PBF) e a construção do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) foram instrumentos estratégicos para a melhoria de condições de vida da população e promoção de uma cidadania inclusiva. Nos últimos 10 anos, a despesa do MDSA passou de 0,89% do PIB em 2006 para 1,26% do PIB em 2015, que refletiu uma estratégia deliberada de ampliar a cobertura e a efetividade dessas políticas de forma a prover um modelo de desenvolvimento inclusivo, e não representou, portanto, um “crescimento acelerado e descontrolado do gasto” (grifo nosso), conforme diagnóstico apresentado na Exposição de Motivos da PEC 241/16. Mas o país ainda convive com níveis inaceitáveis de desigualdade social, os quais exigem uma agenda governamental que priorize seu enfrentamento, visando uma sociedade mais justa e civilizada.

O Novo Regime Fiscal (NRF) atua, portanto, na contramão da continuidade do enfrentamento dos níveis de desigualdade social. Além do risco de descontinuidade de serviços, o esforço fiscal proposto na PEC 241/16 constrangerá as proteções assistenciais no campo da garantia de renda operada pelo BPC e pelo PBF. Conforme demonstram as projeções apresentadas na terceira seção, caso o NRF entre em vigor, a restrição no financiamento será crescente, ano a ano, impondo, por conseguinte, o encolhimento da cobertura e a redução da efetividade da política de assistência social. Isto significa, de um lado, desproteger segmentos sociais antes protegidos e, por outro, dificultar novos acessos ao PBF e ao BPC. Estudos do Ipea não apontam erros de inclusão expressivos nos dois programas de modo a justificar uma expressiva redução da cobertura das famílias atualmente atendidas. A limitação para inclusão de novas famílias, por sua vez, teria graves consequências em caso de agravamento da crise econômica, cujos efeitos negativos – como já se vê no aumento da taxa de desemprego e queda da renda das famílias – exigiria resposta do Estado na forma de garantia de uma renda mínima que assegure ao menos a sobrevivência das famílias deslocadas para situação de pobreza.

Considerando que parte expressiva das despesas primárias, objeto da PEC 241/16, reflete a própria atuação do Estado no campo social, pode-se concluir que o congelamento real dessas despesas por 20 anos representa uma desresponsabilização do Estado com a situação social do país, com impactos em uma progressiva – e deletéria – desvinculação entre a atuação pública no campo social e a dinâmica de desenvolvimento do país. Em outras palavras, a configuração da PEC parece ancorar-se em uma concepção de progresso que desconsidera o papel proeminente dos investimentos públicos em educação, saúde, assistência social e cultura no desenvolvimento. Desse modo, a PEC parece passar ao largo da perspectiva de despesas sociais como um investimento capaz de dinamizar a economia e seu próprio financiamento. Por fim, cabe problematizar a premissa que sustenta a adoção deste ajuste fiscal de longo prazo, com impactos significativos para a assistência social em seu período de vigência. Na Exposição de Motivos, argumenta-se que o NRF seria o único caminho possível para o país sair da crise e a economia voltar a crescer. Entretanto, sabe-se que, recentemente, até mesmo economistas do Fundo Monetário Internacional (FMI) revisaram suas recomendações para os países em crise sobre as políticas de

austeridade fiscal: admitiram que tais políticas não só tem custos para o bem-estar social, impactando no aumento das desigualdades sociais, como também podem aumentar o desemprego, prolongando e agravando as crises (Ostry; Loungani; Forceri, 2016). Além disso, Vieira (2016), em meticulosa análise dos principais estudos publicados sobre crises econômicas e ajuste fiscal na área de saúde, revela que, por outro lado, a preservação de determinados programas de proteção social pode ser relevante para a retomada do crescimento econômico em prazo mais curto. Finalmente, Gobetti e Orair (2015) apontam que o equacionamento dos problemas fiscais não depende exclusivamente do resultado primário, e destacam que a solução não passa pela fragilização do Estado de Bem Estar Social brasileiro, mas sim pela correção de distorções, eliminação de privilégios injustificáveis e por outros mecanismos de distribuição de renda como a progressividade tributária. Diante de inúmeras evidências sobre os possíveis malefícios da adoção de uma política de ajuste fiscal tão restritiva, que impactará de forma irreparável as redes protetivas erguidas para atender a população vulnerabilizada pela pobreza e vítimas de diversas situações de violação de direitos, bem como apresentará restrições das políticas sociais como um todo, é imprescindível que se discuta se este é realmente o único caminho para o retorno do crescimento.¹⁹³

No mesmo sentido, os pesquisadores do mesmo Instituto, Fabíola Sulpino Vieira e Rodrigo Pucci de Sá e Benevides, no estudo nominado 'Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil', deixam claro também que as medidas adotadas implicarão em ausência de prestação de serviços na área de saúde, atingindo os mais vulneráveis, ao concluírem:

Pelo exposto nesta Nota Técnica, fica claro que a PEC 241 impactará negativamente o financiamento e a garantia do direito à saúde no Brasil. Congelar o gasto em valores de 2016, por vinte anos, parte do pressuposto equivocado de que os recursos públicos para a saúde já estão em níveis adequados para a garantia do acesso aos bens e serviços de saúde, e que a melhoria dos serviços se resolveria a partir de ganhos de eficiência na aplicação dos recursos existentes. Ademais, o congelamento não garantirá sequer o mesmo grau de acesso e qualidade dos bens e serviços à população brasileira ao longo desse período, uma vez que a população aumentará e envelhecerá de forma acelerada. Assim, o número de idosos terá dobrado em vinte anos, o que ampliará a demanda e os custos do SUS.

Caso seja aprovada, a PEC 241 tampouco possibilitará a redução das desigualdades na oferta de bens e serviços de saúde no território nacional. Não só não haverá espaço no orçamento para tanto, como o teto das despesas primárias, em um contexto de aumento acelerado das despesas previdenciárias, levaria a um processo de disputa das diversas áreas do governo por recursos cada vez mais escassos. Como o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, a redução do gasto com saúde e dos gastos com políticas sociais de uma forma geral afetará os grupos sociais mais vulneráveis,

¹⁹³ Nota Técnica nº 27 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, set/2016, 34 páginas.

contribuindo para o aumento das desigualdades sociais e para a não efetivação do direito à saúde no país.

Não se desconhece o problema da queda da arrecadação e da crise econômica no país. O que se espera é que a solução para o déficit público seja pensada de acordo com as suas reais e diversas causas. A proposta de um ajuste fiscal focado exclusivamente nas despesas primárias, por vinte anos, afeta particularmente as políticas sociais e desconsidera o efeito de tal medida para o desenvolvimento econômico e social do país no médio e longo prazos.

É possível melhorar o desempenho da administração pública no Brasil e, por conseguinte, do SUS, mas é necessário haver decisão política para implementar medidas que promovam o uso eficiente dos recursos em toda a federação. Não parece crível que os recursos do SUS possam ser reduzidos na atual situação e que se possa ao mesmo tempo melhorar sua eficiência. É preciso investir em pessoas e tecnologias, além de melhorar a infraestrutura do sistema, algo difícil de fazer no curto prazo. Para tanto, é necessário alocar recursos.

Por fim, o que se espera é que a PEC 241 seja amplamente debatida e que seus efeitos sejam avaliados não apenas para a economia, mas acima de tudo para as pessoas, para os 206 milhões de cidadãos do país. Essa mudança constitucional reduzirá o grau de liberdade da política fiscal dos dois próximos mandatos presidenciais, e não deveria ser aprovada sem um amplo debate. Que visão de futuro se tem para o Brasil? Espera-se ter um país socialmente mais desenvolvido daqui a vinte anos? Então é preciso refletir sobre os impactos de uma decisão que ocasionaria o desfinanciamento de políticas que promovem a saúde e a inclusão social no país.¹⁹⁴

Registre-se que esses problemas no sistema de saúde, acima referidos, são idênticos aos enfrentados pelo sistema público de educação, área também afetada pelo corte de investimentos estipulado pelo NRF.

Como se vê, as medidas adotadas, sob o argumento de equilíbrio e ajuste fiscal e econômico, cuja origem decorre, por certo, do descalabro das contas públicas, patrocinado, no mais das vezes, por governos incompetentes e corruptos que se sucedem, não possuem qualquer preocupação com a possibilidade real de aumentar o colapso nos serviços públicos essenciais, como saúde, educação e assistência social, que se dará, inegavelmente, ante à redução drástica de investimentos, por 20 anos, numa afronta evidente a direitos fundamentais, muitos ainda sequer implementados de forma efetiva no Brasil, que certamente soçobrarão, em prol de uma meta fiscal e de uma economia eficiente.

¹⁹⁴ Nota Técnica nº 28 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, set/2016, 25 páginas.

Tais medidas são preocupantes porque não se vê essa mobilização e agilidade do corpo político (Executivo e Legislativo) para o enfrentamento de outras questões. Por exemplo, a Lei Anticorrupção, fruto de um projeto popular, foi, na calada da noite, deformada pela Câmara dos Deputados, numa evidente legislação em causa própria, dado o envolvimento maciço de deputados em escândalos de corrupção, avivados pela Operação Lava-Jato, sendo que as estimativas da PF mostram que os desvios na Petrobras totalizam R\$ 42 bilhões, ou seja, 0,7% do PIB Brasileiro, que é de US\$ 5,9 trilhões (2015).¹⁹⁵

Igualmente, não se veem quaisquer medidas que visam ao estancamento de benefícios/isenções fiscais¹⁹⁶, ao combate à sonegação fiscal, que poderiam folgar os cofres públicos, com o ingresso de valores, sem que fossem necessários cortes nas áreas sociais sensíveis. Pelo contrário, embora a grande dificuldade financeira propalada pelo governo, para justificar os cortes, as notícias dão conta de que esse mesmo governo estaria disposto a entregar às teles mais de 100 bilhões em benefícios, o que não foi levado adiante, diante do vazamento da notícia, sendo que o STF suspendeu a tramitação do Projeto de Lei da Câmara n.º 79/2016. Da mesma forma, a tributação sobre grandes fortunas ainda não restou implementada via lei complementar (art. 153, VII, da CF), embora quase trinta anos da Constituição Federal¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Conforme notícia disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-out-07/pgr-condena-teto-gastos-repasse-superavit>, acesso em 10 de janeiro de 2017.

¹⁹⁶ Conforme declaração do subprocurador-geral de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Fabiano Dallazen, as isenções fiscais do Estado do Rio Grande do Sul podem somar R\$ 9 bilhões, além da parcela de natureza federal no valor de R\$ 4 bilhões, totalizando R\$ 13 bilhões, em Isenções fiscais podem somar R\$ 9 bilhões, diz subprocurador do Rio Grande do Sul, disponível em <http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Economia/2016/12/606047/Isencoes-fiscais-podem-somar-R-9-bilhoes,-diz-subprocurador-do-Rio-Grande-do-Sul>, acesso em 11.01.2016. Registre-se que o Estado do Rio Grande do Sul, com o fim de ajustar as contas, entre outras medidas, preferiu o meio mais fácil: aumentou a contribuição previdenciária para todos os servidores públicos de 13,25% para 14%, mas nenhum corte, ao que se sabe, ocorreu nos benefícios fiscais concedidos.

¹⁹⁷ Registre-se, ademais, que, seja no âmbito federal, seja no âmbito estadual, governos de todas as ideologias políticas, com o propalado discurso de ajustes dos gastos públicos e de eficiência na administração, de regra, apoiados por uma mídia tendenciosa, sempre no afogadilho do final do ano, lançam *pacotes* na tentativa de *salvar* as contas públicas, sem qualquer discussão mais aprofundada com os interessados e sem qualquer esclarecimento maior à população, ou seja, de forma antidemocrática, sempre buscando a restrição de direitos.

Portanto, ao invés do corte drástico de gastos nas áreas sociais, ora aprovado pela Emenda do Teto, sem uma discussão necessária com a sociedade brasileira, poderiam e deveriam ter sido tomadas tais medidas pelo atual governo, que prefere, no entanto, o caminho mais fácil, em claro prejuízo aos mais pobres e carentes do País, que tem nos serviços públicos os únicos meios disponíveis para garantirem a saúde e a educação, porquanto incapazes de obterem tais atendimentos na rede privada.

O que se constata, portanto, que essa é a política neoliberal e encetada pelo atual governo, atendendo a comandos do mercado e da economia, numa imposição à sociedade, sem qualquer discussão aprofundada, que está sendo empreendida por políticos que, em sua maioria, buscam salvaguardar os seus próprios interesses.¹⁹⁸

Tais medidas, no entanto, implicam em evidente violação a direitos fundamentais, porquanto as reduções drásticas em investimentos nas áreas sociais implicarão em evidente redução na prestação dos já precários serviços de saúde, educação, assistência social e segurança pública, em afronta aos princípios e objetivos fundamentais da República, que visam à eliminação da pobreza e à diminuição da desigualdade.

Não há dúvida de que são necessários ajustes na economia, porém é preciso que se tenha o cuidado que, sob tal pretexto, não sejam aniquilados direitos fundamentais, sendo que tal cuidado, à evidência, não tem sido visto no atual cenário, que visa apenas a implementar um rigoroso ajuste, com visão neoliberal e com cortes inconcebíveis em áreas sociais sensíveis.

3.2 A violação de cláusulas pétreas e o princípio da vedação do retrocesso no campo dos direitos sociais

¹⁹⁸ Vale registrar a entrevista dada pelo filósofo americano e professor da Universidade de Harvard, Michael Sandel, às Páginas Amarelas da Revista Veja, Editora Abril, edição 2512, ano 50, n.º 2, de 11 de janeiro de 2007, quando afirma textualmente: 'Para promover uma revisão ética, o Brasil precisa urgentemente conseguir atrair novos quadros para a política, com os velhos políticos, é impossível', registrando, outrossim, a necessidade de a sociedade permanecer vigilante em todas as áreas.

Após as considerações feitas acima acerca da na EC 95/2016, limitadora dos gastos públicos nas áreas sociais, impõe-se verificarmos a compatibilidade das regras estabelecidas com a ordem constitucional brasileira, em especial sob a ótica dos direitos fundamentais sociais, amplamente estabelecidos na Constituição Federal

E se atentarmos para a nossa Constituição, num Estado Democrático (e Social) de Direito, não podemos deixar de ver outra coisa senão um conteúdo substancial¹⁹⁹ e dirigente²⁰⁰, que, no ensinamento de Streck, *tem por base um texto constitucional que resgata o ideal de vida boa*,²⁰¹ e, portanto, impõe obrigações para os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) e também para as forças constituídas da sociedade, com o objetivo de *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I, da CF), *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III da CF) e *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV, da CF), a fim de que sejam observados os princípios norteadores fundamentais da República, em especial, da *cidadania* (art. 2º, II, da CF) e da *dignidade da pessoa humana* (art. 2º, III, da CF) e estabelecer a igualdade, de fato, preconizada no art. 5, *caput*, § 1º, da Constituição Federal.

¹⁹⁹ Ao se concluir por um conteúdo substancial da Constituição Federal de 1988, resta assentado que a escolha de valores substantivos não é tarefa exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo, mas também pode ser cumprida pela jurisdição constitucional, seja quando a omissões por parte daqueles poderes, seja para conter medidas retrocessivas impostas por eles.

²⁰⁰ Embora Canotilho tenha, aparentemente, defendido a morte da constituição dirigente, tal deu-se no cenário de Portugal, integrante da União Europeia, tendo ele, ademais, em relação ao Brasil, reafirmado a necessidade do constitucionalismo dirigente, diante da ausência de resolução dos problemas sociais. Em suas palavras: No caso do Brasil, a dimensão política da 'constituição dirigente' tem uma força sugestiva relevante quando associada à ideia de estabilidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente. Referimo-nos à estabilidade articulada com o projeto de modernidade política. Esse projecto, sucessivamente implementado, respondeu a três violências ('triângulo dialéctico') através da categoria político-estatal. Respondeu á falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (O estado contra a violência física e o arbítrio). Deu resposta à desigualdade política alicerçando liberdade e democracia (Estado Democrático). Combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade. A 1constituição dirigente' permanecia o suporte normativo do desenvolvimento deste projeto de modernidade. Ora, quando alguns estados ainda não resolveram o combate às três violências – física, política e social – não se compreende nem o eclipse do Estado de direito, democrático e social, nem a dissolução da sua velência normativa (o constitucionalismo dirigente, democrático e social). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Almedina, Coimbra, 2006, p. 137-8.

²⁰¹ STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, Saraiva, 5ª Ed., revista, modificada e ampliada, 2ª Tiragem, São Paulo, 2014, p. 80.

É tendo em conta essa estrutura e identidade constitucional, extraídas já no Preâmbulo, no qual consta como objetivo permanente a busca pela garantia dos direitos individuais e sociais, pela promoção da igualdade e da justiça, que são reforçados pelos princípios norteadores estabelecidos no art. 1º e pelos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição Federal, que se deve olhar para as cláusulas pétreas estabelecidas no art. 60, § 4, da Constituição Federal.

Da mesma forma, é necessário lembrar que, nos termos do 170 da Constituição Federal, “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, bem como, na esteira do art. 192 da Carta Constitucional, “o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (...)”, e, por fim, de acordo com o art. 193 da Constituição, “ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

Portanto, não há dúvida de que é esta a identidade da Constituição da República, da qual, conforme expõe Bedê, consagra os direitos sociais e estabelece a igualdade e a justiça como objetivos permanentes do Estado Democrático de Direito, e traz um extenso rol de direitos sociais, econômicos e culturais, com o fim de realização da justiça social, por meio da consagração dos direitos fundamentais sociais, notadamente, os de caráter positivo, ou seja, direitos através do Estado.²⁰²

Como ensina Sarlet, as cláusulas pétreas não visam à proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, a fim de que seja impedida a ruptura a determinados princípios fundamentais por meio de uma reforma constitucional.²⁰³

²⁰² BEDÊ. Fayga Silveira. **Sísifo no limite do Imponderável ou Direitos Sociais como limites ao poder reformador**. In Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho. Coordenadores Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 112-3.

²⁰³ SARLET. Ingo wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Constitucionais**. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004, p. 390-1

É, portanto, com essa noção que se deve analisar as medidas adotadas na EC 95/2016, em relação ao disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, que registra a inviabilidade de reforma constitucional a *proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais*.

Diante dessa interpretação sistemática da Constituição Federal, considerando os princípios e objetivos fundamentais, que visam à promoção de igualdade e de justiça, não pode haver dúvida de que os direitos fundamentais sociais, ao lado dos clássicos direitos de defesa, constituem-se em cláusulas pétreas, de acordo com o inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal.

Sarlet sustenta que a inclusão dos direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas decorre dessa interpretação sistemática e extensiva do inciso IV referido, tendo em conta o princípio do Estado Social, que identifica a nossa Constituição, considerando, ademais, em primeiro lugar, que a Constituição Federal não estabelece qualquer diferença entre os direitos de defesa e os direitos sociais, não havendo, então, primazia dos primeiros em relação aos últimos, ressaltando, em segundo lugar, que já está demonstrado que os direitos sociais são equiparados, no que diz respeito à função precípua e à estrutura jurídica, aos direitos de defesa²⁰⁴, e, por fim, que uma interpretação restritiva do inc. IV, para incluir apenas os direitos fundamentais estabelecidos no art. 5º, leva ao absurdo de se deixar fora das cláusulas pétreas os direitos de nacionalidade e os direitos políticos.²⁰⁵

É a mesma a posição de Bonavides, ao ressaltar a vinculação dos direitos sociais com o princípio da dignidade da pessoa humana, afirmando que “sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais ‘a Sociedade livre, justa e solidária’”, prevista como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º), cuja efetividade também tem “pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que, ao mesmo tempo, é princípio da ordem econômica (art. 170, VII) e um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º).” Em razão disso, continua o autor, em razão da obediência aos princípios fundamentais do Título I da Constituição Federal, é

²⁰⁴ Sobre tais questões, ver o capítulo 1.3, retro.

²⁰⁵ SARLET, 2004, p. 394-5.

preciso “interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60”, impondo, assim, a inserção de tais direitos no rol de cláusulas pétreas, fazendo com que “tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais” padecem de inconstitucionalidade.²⁰⁶

Então, no momento em que se consideram os direitos fundamentais sociais também integrantes do rol das cláusulas pétreas, há, por certo, autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional, limites estes desrespeitados, à evidência, pelas medidas impostas pela EC 95/2016, a revelar sua patente inconstitucionalidade, porquanto o congelamento dos gastos em áreas sociais sensíveis, como saúde, educação e assistência social, como feito, afeta, na essência, os princípios e objetivos fundamentais da República.

Com isso, se, de forma genérica, o simples congelamento implica em violação aos princípios e fundamentos da República, já referidos acima, o que já é suficiente para o controle da constitucionalidade, não há dúvida de que, de forma específica, tais medidas ofendem ao princípio da vedação do retrocesso, implicitamente reconhecido no nosso sistema constitucional, porquanto vinculado ao princípio da segurança jurídica, decorrente da própria estipulação de cláusulas pétreas, nas quais também estão incluídos os direitos sociais.

Convém ressaltar que o sistema constitucional brasileiro já reconhece a existência de instrumentos que visam à não regressão, numa ideia amplificada de vedação do retrocesso. Isso ocorre, por exemplo, ao se estabelecer que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ (art. 5º, XXXVI, da CF/88), bem como ao instituir as denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF/88), limitando, à evidência, o poder reformador do legislador ordinário.

Reconhecendo a vinculação do princípio da vedação do retrocesso com as restrições a direitos fundamentais, Sarlet registra a importância do

²⁰⁶ BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, 17ª ed., Malheiros, São Paulo, 2005, p. 642-3.

reconhecimento de tal princípio na dogmática jurídico-constitucional, impondo sejam estabelecidos seus contornos, limites e possibilidades dentro de um contexto histórico e territorial, tendo em conta as constantes tentativas de supressão de tais direitos impostos pela denominada globalização,²⁰⁷ muito em voga nos discursos de democracia da eficiência propaladas atualmente pelo atual governo brasileiro.

Por isso, é importante transcrever o registro de Sarlet:

De outra parte, independentemente de quanto os deveres de progressividade (em matéria de direitos sociais) e desenvolvimento possam (ou mesmo devam) ocupar um lugar de destaque, segue sendo necessária uma preocupação permanente com a consolidação e manutenção pelo menos dos níveis de proteção social mínimos, onde e quando alcançados, nas várias esferas da segurança social e da tutela dos direitos sociais compreendidos em toda a sua amplitude, inclusive como condição para a funcionalidade da própria democracia e sobrevivência do Estado Constitucional. Especialmente considerando as seqüelas causadas (ainda que não exclusivamente) pelo avanço da globalização econômica - e vinculadas ao ideário habitualmente designado como neoliberal - sobre os direitos humanos e fundamentais, verifica-se não ser possível simplesmente negligenciar a relevância do reconhecimento de uma proibição de retrocesso como categoria jurídico-constitucional, ainda mais quando a expressiva maioria das reformas que têm sido levadas a efeito em todas as partes do Planeta envolve mudanças no plano das políticas públicas e da legislação. Com efeito, dentre os diversos efeitos perversos da crise e da globalização econômica (embora não se possa imputar à globalização todas as mazelas vivenciadas na esfera social e econômica), situa-se a disseminação de políticas de “flexibilização” e até mesmo supressão de garantias dos trabalhadores (sem falar no crescimento dos níveis de desemprego e índices de subemprego), redução dos níveis de prestação social, desmantelamento dos sistemas públicos de saúde, aumento desproporcional de contribuições sociais por parte dos participantes do sistema de proteção social, incremento da exclusão social e das desigualdades,²⁰⁸ entre outros aspectos que poderiam ser mencionados.

Especificamente, a vedação do retrocesso social está vinculada a dois fundamentos, a saber: à segurança jurídica e ao princípio do Estado social.

A segurança jurídica consiste no fato de que, em um Estado Democrático de Direito, é preciso que as conquistas de direitos (inclusive os sociais) sejam garantidas por um mínimo de estabilidade, evitando-se que maiorias políticas ocasionais interferiam e violem os direitos já estabelecidos e

²⁰⁷ SARLET. Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a assim chamada Proibição de Retrocesso: Contributo para uma discussão**. RIDB, Ano 2 (2013), nº 1 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567, p. 769-820.

²⁰⁸ SARLET, 2013, p. 774-5.

consolidados. Como adverte Mello, mesmo não havendo positivação, o princípio da segurança jurídica é da essência de um Estado Democrático de Direito, “de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.”²⁰⁹

Miranda, por sua vez, ensina:

Os cidadãos têm direito à protecção da confiança, da confiança que podem pôr nos actos do poder político que contendam com as suas esferas jurídicas. E o Estado fica vinculado a um dever de boa-fé (ou seja, de cumprimento substantivo, e não meramente formal, das normas e de lealdade e respeito pelos particulares).²¹⁰

Courtis, ao lado destes fundamentos que embasam a proibição de retrocesso, quais sejam a segurança jurídica e a protecção da confiança, ligadas a própria noção de previsibilidade, decorrentes do Estado liberal e que servem como funcionamento dos mercados, também justifica a proibição de retrocesso com

el contenido material del principio del Estado social, que es el de la satisfacción para todo ser humano de ciertas necesidades consideradas básicas, a luz de la noción de dignidad humana y del desarrollo material y científico de nuestras sociedades.²¹¹

No caso brasileiro, Sarlet sustenta que o princípio da vedação do retrocesso está implicitamente contido no sistema constitucional brasileiro, decorrente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima efetividade das normas definidoras de direitos, no princípio da protecção da confiança, das manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição Federal, em relação a protecção contra medidas de cunho retroativo, na vinculação de órgãos estatais à imposições constitucionais e a atos anteriores, como corolário da segurança jurídica e do princípio da protecção da confiança e, por fim, como forma de impedir que o Poder Legislativo e o Executivo, embora vinculados aos

²⁰⁹ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 113.

²¹⁰ MIRANDA. Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 312.

²¹¹ COURTIS. Christian. **La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales: apuntes introductorios**. In COURTIS. Christian (compilador). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales*, 1ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 18.

direitos fundamentais, dispunham do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante ofensa à Constituição Federal.²¹²

Portanto, como ensina Barroso²¹³, ao serem regulamentadas certas matérias constitucionais, mesmo que no plano legislativo, instituindo determinado direito, este é incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.

Igualmente, Canotilho destaca que o princípio da proibição de retrocesso social, embora nada possa fazer contra as recessões e crises econômicas, limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (segurança social, subsídios de desemprego, proteção de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado por meio de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem criar outras alternativas ou compensações, constituam-se na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples do núcleo essencial, estando, portanto, a conformação do legislador limitado ao núcleo essencial já realizado.²¹⁴

Mais adiante, ao falar sobre *clausulas de proibição de evolução reaccionária* ou de *retrocesso social*, Canotilho reforça que uma vez concretizados por lei determinados direitos sociais, eles radicam-se subjetivamente, “não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o *núcleo essencial* já realizado desses direitos.”²¹⁵

Queiroz, igualmente, é expressa em tal ponto:

7. Concretamente, o princípio da ‘proibição do retrocesso social’ determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as

²¹² SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004, p. 418-9.

²¹³ BARROSO. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

²¹⁴ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª ed., 2002, p. 3337-8.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 474-5.

‘prestações sociais’, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito com uma ‘lei e protecção’, a acção do Estado, que se consubstanciava num ‘dever de legislar’, transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revogar essa lei*.

(...)

9. Esse ‘dever de protecção’, por sua vez, não reveste a natureza de uma ‘omissão estadual’, antes de uma ‘acção positiva’, que se constitui face ao titular do direito como um ‘direito de defesa em sentido material’. O ‘dever de protecção’ do Estado, uma vez dimanada a ‘lei de protecção’, converte-se, face ao titular do direito, num ‘direito de defesa em sentido formal’.²¹⁶

Novais, embora sustente a inviabilidade de ser reconhecer tal princípio, de forma absoluta, ressaltando que foi ele uma importação do sistema germânico, onde teria sua razões em virtude, de lá, não haver uma previsão constitucional de direitos sociais como direitos fundamentais, e que, em contextos constitucionais diversos, com catálogo de direitos sociais fundamentais, não teria aplicação, porquanto estariam sempre sujeitos à reserva do financeiramente possível, e que tal matéria pode ser tratada como restrições aos direitos fundamentais, admite, no entanto, a possibilidade de retroceder com limites ou exceções, registrando uma proibição de retrocesso ‘*relativa* ou *prima facie*’, que implicaria em dizer que a proibição só incidiria sobre “retrocessos que afectem o *mínimo social*, que afectem o *conteúdo essencial* dos direitos em causa”, sendo, assim, ‘*desproporcionados* ou *desarrazoáveis*,’, e, ainda, quando “afectem a protecção de confiança, a igualdade ou a dignidade da pessoa humana.”²¹⁷

Nessa mesma esteira, Otero estabelece uma diferenciação entre ‘proibição absoluta de retrocesso’ e ‘mera proibição de arbitrariedade no retrocesso”, registrando que, no primeiro caso, encontram-se os direitos fundamentais ligados diretamente à inviolabilidade da vida humana e às condições mínimas inerentes à dignidade da pessoa humana, sobre os quais o legislador, sob pena de inconstitucionalidade, nunca poderá colocar em causa

²¹⁶ QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 69-70 e 116.

²¹⁷ NOVAIS, 2010, p. 243-5.

o nível de proteção já alcançado ou reduzir os parâmetros mínimos indispensáveis à garantia da dignidade humana.²¹⁸

Para ser válida qualquer norma regressiva é de rigor, como aduz Pisarello, que seja provado que tal remanejamento de recursos redundou em maior proteção dos direitos consagrados na Constituição ou nos tratados internacionais de direitos humanos ou que se destinam à atenção prioritária dos grupos mais vulneráveis.²¹⁹ E isso, à evidência, não foi o que ocorreu com a EC 95/2016, porquanto privilegiou o mercado financeiro com medidas drásticas de ajuste fiscal, sem mexer com o mais forte (sistema financeiro, incentivos fiscais, etc), em exata contradição do que sustenta a visão garantista e democrática dos direitos fundamentais, na lição de Ferrajoli, no sentido de que o direito deve servir para a proteção do *mais débil*.²²⁰

Pisarello,²²¹ ao abordar o tema, estabelece critérios para medir a razoabilidade e a proporcionalidade das medidas adotadas que, num primeiro olhar, são regressivas: a) legitimidade das medidas, ou seja vinculação a fins constitucionais b) idoneidade das medidas, no sentido de terem caráter, senão ótimo, pelos menos adequado aos fins buscados; c) necessidade das medidas, isto é que elas sejam imprescindíveis e indispensáveis e que não tenham outras menos gravosas para os direitos afetados; e d) proporcionais em sentido estrito, significando que as medidas devem ser equilibradas e que gerem mais benefícios ou vantagens para o interesse geral.

Parece evidente que as medidas da EC referida não atendem a nenhum dos critérios mencionados, pois afrontam a Constituição Federal, acarretando um desmantelamento do serviço público já existente, impedindo, por exemplo, a manutenção e a inclusão de pessoas em benefícios de prestação continuada (BPC) e no Bolsa Família, inviabilizando a ampliação da universalização do sistema público de saúde e do sistema de educação, cujo crescimento de gasto público é inevitável com o decorrer dos anos, em razão do próprio aumento da população e da situação de crise financeira existente. Da mesma forma, como apontado acima, havia outras medidas que deveriam

²¹⁸ OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**, vol. 1, Almedina, Coimbra, 2016, p. 595.

²¹⁹ PISARELLO, 2007, p. 64.

²²⁰ FERRAJOLI, 2008, p. 51-2.

²²¹ PISARELLO, 2007, P. 65.

ter sido tomadas pelo governo, como combate à corrupção e à sonegação fiscal, como estancamento de benefícios fiscais, medidas estas que, por certo, seriam menos gravosas para os direitos afetados com o congelamento imposto nas áreas sociais, não havendo dúvida em se afirmar que as medidas adotadas acabam por trazer mais prejuízos do que vantagens a longo prazo, por aumentarem a desigualdade social que já é grande.

Ou seja, em resumo, como registra Sarlet, quando implementados determinados direitos sociais, não pode o legislador e o poder público em geral, retroceder mediante uma supressão ou relativização que afete o núcleo essencial de tal direito, que deve estar vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, os critérios materiais principais para a proibição do retrocesso.²²²

Convém registrar que esses critérios ou premissas de aplicação do princípio da vedação do retrocesso social, pelos menos para a doutrina brasileira, foram extraídos da decisão paradigmática, proferida no Acórdão 509/2002, do Tribunal Constitucional Português, ao julgar inconstitucional o Decreto da Assembleia da República que, ao instituir um novo rendimento social de inserção, em substituição ao antigo, excluiu da fruição do novo benefício pessoas com idade entre 18 e 25 anos, oportunidade em que, segundo Queiroz, restaram definidos os requisitos para a aplicação de tal princípio, a saber:

- “quando (...) se pretenda atingir ‘o *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”, isto é, “quando ‘sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios’, se pretenda proceder a uma ‘*anulação, revogação ou aniquilação* pura e simples desse núcleo essencial”;
- ou, ainda, quando “a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação do princípio da igualdade ou da *princípio da proteção da confiança*”;
- ou “quando se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam ineludivelmente enraizado ou *sedimentado* no seio da sociedade”.²²³

²²² SARLET. Ingo Wolfgang. **La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis.** In COURTIS. Christian (compilador). Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales, 1ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 351-8.

²²³ QUEIROZ, 2006, p. 73-4.

Pelo que se vê, as medidas adotadas na EC 95/2016, que congelam gastos em saúde e educação, afetam o núcleo essencial de tais direitos sociais, acarretando o aniquilamento deste núcleo, em clara violação ao princípio da igualdade e da proteção da confiança, atingindo, por certo, também, direitos enraizados e sedimentados no seio da sociedade, como o são os direitos à educação e à saúde.

Em relação ao núcleo essencial, portanto, a vedação de retrocesso deve ser absoluta, não havendo razões para a relativização ou supressão, considerando, conforme menciona Alexy, que ‘una teoría absoluta del contenido esencial no puede decir que razones no son superiores, sino tan sólo que no existen razones superiores.’²²⁴

Esse núcleo essencial, desse modo, não poderia ser afetado por critérios de proporcionalidade na avaliação de políticas públicas. Como leciona Pisarello:

Así, es posible sostener que incluso si una medida superara el test de proporcionalidad, podría reputarse inconstitucional si afectara el contenido ‘indisponible’ del derecho social em cuestión tanto en su amplitud como en las condiciones para su disfrute. El contenido mínimo del derecho y la prohibición de ‘desfigurar o ‘vaciarlo’, se convertirían así en un umbral que ninguna medida regresiva podría rebasar, aunque se tratara de una decisión en principio ‘proporcional’²²⁵

É de rigor ressaltar, ademais, novamente com Sarlet, que “por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos de efeitos prospectivos”, “não apenas (embora também) sob a ótica do direito de cada pessoa considerada na sua individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo”, exemplificando com a possibilidade desmonte, total ou parcial – mesmo com efeitos prospectivos – do sistema de seguridade social, de saúde e de acesso ao ensino público e gratuito.²²⁶

²²⁴ ALEXY. Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Trad, para o espanhol Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, p. 290.

²²⁵ PISARELLO. Gerardo. **Derechos sociales y principio de no regresividad em España**. In COURTIS. Christian (compilador). Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales, 1ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 324-5.

²²⁶ SARLET, 2004, p. 407-8.

No ponto, o congelamento dos gastos nas áreas sociais imposto pelo atual governo não deixa de ser, como medida prospectiva, um evidente retrocesso social, pois impedirá a própria manutenção do já precário estado das coisas, que registra uma grande deficiência na prestação de tais serviços, o que tenderá a piorar, haja vista a inevitável redução drástica de investimento em tais áreas.

Com efeito, a redução do dinheiro e do investimento em tais áreas implicará em maior precarização no fornecimento de tais serviços, já com enormes deficiências na atual estrutura. Ora, é notório que o Sistema Único de Saúde ainda é deficiente, seja por falhas de gestão, seja por corrupção, mas também por falta de mais recursos. Os cortes orçamentais que advirão do novo regime fiscal instalado somente agravarão tal situação. O mesmo se diga à área de educação e na área de assistência social, com o contingenciamento de recursos orçamentários, que implicará no corte e na redução de benefícios já consolidados, como BPC e Bolsa Família, por exemplo..

Convém registrar, ainda, na esteira da lição de Sarlet, que a adesão por parte dos estados latino-americanos, entre os quais o Brasil, ao Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e ao Protocolo de San Salvador acarreta “um comprometimento jurídico-constitucional com o dever de progressiva realização de tais direitos e, por via de consequência, com a correlata proibição de regressividade.”²²⁷

Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil por força do Decreto 591 de 06 de julho de 1992, bem como a Convenção Americana de 1969 e o Protocolo de São Salvador, que complementa a referida Convenção em relação aos direitos sociais, ambos ratificados pelo Brasil, respectivamente, pelo Decreto n.º 678 de 06 de novembro de 1992 e Decreto 3.322 de 30 de dezembro de 1999, estabelecem, de forma expressa, o dever de progressividade em relação à implementação de direitos fundamentais sociais.

Dessa forma, uma vez havendo um dever constante de progressividade, na esteira da lição de Courtis, é intuitivo concluir que é preciso

²²⁷ SARLET, 2013, p. 783 e 798.

adotar políticas no sentido de que visem a melhorar as condições de gozo e de exercício de tais direitos fundamentais sociais, a implicar, por outro lado, um dever de não regressividade, ou seja, de ser proibida a adoção de políticas ou medidas que piorem a situação dos direitos referidos. Ou seja, na medida em que o estado se compromete em melhorar a situação destes direitos, simultaneamente assume a obrigação de não reduzir os níveis de proteção dos direitos já existentes.²²⁸

Ora, as medidas estabelecidas na EC 95/2016, não há dúvida, aniquilam o dever de progressividade, porquanto não vai ser possível avançarmos em políticas públicas e no melhoramento das condições de vida dos que mais necessitam, e, pelo contrário, importarão em piora, em regressividade, na implementação dos direitos sociais, em clara ofensa aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da cidadania, com o afastamento inequívoco dos objetivos traçados pelo constituinte de erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais, bem como de promoção de igualdade e de justiça.

Pode-se afirmar que essas medidas de congelamento de gastos em tais áreas fere de morte o Estado Social, que, no dizer de Bonavides, restou instituído pela Constituição Federal de 1988, ao conferir ao princípio da igualdade o centro medular, o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social,²²⁹ e que, à evidência, ainda não restou concretizado no Brasil.

Ou seja, o congelamento de tais gastos implicará em ausência de implementação de direitos fundamentais sociais, catalogados amplamente no texto constitucional, acarretando um evidente retrocesso na efetivação de tais direitos, porquanto os minguados recursos ora existentes tenderão a diminuir, impedindo a continuidade de programas e políticas públicas nas áreas de saúde, educação e assistência social, para falar somente nestas áreas, que são, por certo, as mais nevrálgicas.

Portanto, não há dúvida, essa concepção neoliberal da economia, em busca de uma eficiência econômica, sem qualquer conteúdo moral e ético,

²²⁸ COURTIS, 2006, p. 08-10.

²²⁹ BONAVIDES, 2005, p. 371 e 376.

evidenciadas pelas medidas adotadas pela EC 95/2016, acaba por impor sérios riscos aos direitos fundamentais de muitos brasileiros, pois é evidente que o congelamento imposto nas áreas referidas impedirá sequer manter o já defasado nível de direitos sociais, acarretando um evidente retrocesso social, além de inviabilizar qualquer tipo de progresso em tais áreas, embora o dever de contínua progressividade de implementação estabelecido no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil por força do Decreto 591 de 06 de julho de 1992, bem como na Convenção Americana de 1969 e no Protocolo de São Salvador, que complementa a referida Convenção em relação aos direitos sociais, ambos ratificados pelo Brasil, respectivamente, pelo Decreto n.º 678 de 06 de novembro de 1992 e Decreto 3.322 de 30 de dezembro de 1999.

Outra questão de suma importância na análise da vedação do retrocesso é estabelecer que o ônus de prova de demonstração de que tal não ocorre cabe ao instituidor da medida, ou seja, aos poderes políticos. Dito de outro modo, ao instituir uma medida com caráter retrocessivo, cabe ao poder instituidor demonstrar, à sociedade, que tal norma não conflita com a vedação do retrocesso.

No ponto, Abramovich e Courtis sustentam que toda norma com viés regressivo deve ter a presunção de invalidez e de ilegitimidade, exigindo um *'escrutínio estricto o um severo control del la razoabilidad y legitimidad de la medida y el propósito de la norma, quedando a cargo del Estado la prueba de su justificabilidad'*, impondo que, em caso de dúvida, deve se concluir pela invalidez da norma regressiva, aplicando-se a regra hermenêutica, já utilizada na Corte Suprema argentina, de *in dubio pro justitia socialis*.²³⁰

Diante deste contexto, o arcabouço jurídico acima referido permite que a jurisdição constitucional como um todo e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, corrijam os patentes equívocos cometidos pelo atual Governo (Poder Executivo e Legislativo), concluindo pela inconstitucionalidade – seja no controle direto, seja no concentrado – das medidas que congelaram os gastos nas áreas sociais, por serem violadoras de

²³⁰ ABRAMOVICH e COURTIS, 2014, p. 111.

cláusulas pétreas e do princípio da vedação de retrocesso, as quais vão de encontro aos objetivos fundamentais da República, que visam à erradicação da pobreza e das desigualdades sociais.

3.3 A jurisdição constitucional como salvaguarda contra o retrocesso

Após discorrermos acerca da evidente violação de cláusulas pétreas e de violação ao princípio da vedação do retrocesso social, é preciso indicar os caminhos para se buscar a reversão de tal situação, sob pena de perecimento dos direitos fundamentais sociais.

É clássica e histórica a discussão acerca do guardião da Constituição patrocinada por Carl Schmitt e Hans Kelsen, na primeira metade do século passado, tendo como base a Constituição de Weimar.

Com efeito, Schmitt, ancorado na doutrina do poder neutro (*pouvoir neutre*) do monarca, de Benjamin Constant, sustentava que o guardião da Constituição deveria ser o chefe do Estado, no caso da Alemanha, o Presidente do Reich, o qual estaria, por força da Constituição de Weimar, “*munido de poderes que o tornam independente dos órgãos legislativos, embora esteja vinculado, simultaneamente, à referenda dos ministros dependentes da confiança do parlamento*”. Entendia que tal competência não poderia ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de torná-lo um superpoder, acima dos demais, e, com isso, senhor da Constituição.²³¹,

De outro canto, Kelsen insurgiu-se contra a teoria de Schmitt, escrevendo um artigo intitulado *Quem deve ser o guardião da Constituição? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?)*, no qual sustentou a inviabilidade de se transpor a doutrina do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant, utilizado na Monarquia e atribuído ao monarca, para um Estado Democrático, onde a escolha do chefe de Estado decorre de uma série de pressões político-partidárias, registrando que a imparcialidade do Presidente do Reich,

²³¹ SCHMITT. Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho, Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Editora Del Rey Ltda., Belo Horizonte, 2007, p. 193-234.

decorrente da “unidade homogênea, indivisível, de todo povo alemão”, pretendida por Schmitt, é uma mera ficção. Sustentou, ainda, que, tendo em conta que a função política de uma Constituição é limitar os poderes, nenhuma instância incumbida de exercício de tais poderes, como é o caso do Chefe do Estado, seria idônea para proteger a Constituição, porquanto teria oportunidade jurídica e estímulo político para vulnerá-la, baseado no princípio de que ninguém pode ser juiz da própria causa. Defendia, então, que um tribunal constitucional seria mais democrático e idôneo para a função de guardião da Constituição.²³²

Como se sabe, a tese de Kelsen estabeleceu-se na maioria dos estados democráticos a partir da Segunda Guerra Mundial, os quais criaram cortes constitucionais responsáveis pelo julgamento de matéria constitucional e controle da constitucionalidade.

Na configuração dos atuais estados constitucionais, a jurisdição constitucional, como registra Mendes, citando a famosa conferência proferida por Kelsen perante a Associação dos Professores Alemães de Direito Público, possui enorme relevo e importância no sistema democrático, ao garantir o equilíbrio entre os poderes estatais e, em especial, proteger o direito das minorias contra a ditadura das majorias eventuais.²³³

O Brasil, por força de sua Constituição, constituiu-se, como é sabido, em um Estado Democrático de Direito (art. 1º), com independência e harmonia entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 2º), cabendo a este último, por meio do órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, a guarda da Constituição (art. 102, *caput*). Esta, não há dúvida, foi a opção política do constituinte originário, que, de resto, seguiu o que outras constituições modernas fizeram, a partir da Segunda Guerra Mundial, conferindo a um tribunal constitucional a função de guardião da Constituição.

Registre-se que esta função de guardião do Supremo Tribunal Federal não pode significar uma ditadura do Judiciário, impondo também que este

²³² KELSEN. Hans. **Jurisdição Constitucional**. Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 239-98.

²³³ MENDES. Gilmar Ferreira. **Apresentação à obra Guardiã da Constituição**, in SCHMITT. CARL. O Guardiã da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho, Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Editora Del Rey Ltda., Belo Horizonte, 2007, p. XIV.

dialogue com o povo, sendo que há mecanismos para tanto, quais sejam, as audiências públicas e a figura do *amicus curiae*, ambos previstos no nosso sistema jurídico²³⁴.

Segundo Muller²³⁵, o povo constitui-se em categoria política em constante construção, redefinição e reconstrução, de acordo com a realidade de cada sociedade, sendo necessário, então, que a jurisdição constitucional esteja afinada com esse conceito, a fim de responder aos anseios da comunidade (povo), que deve ser chamado e ouvido em especial nas grandes questões de moralidade nacionais.

Dessa forma, conforme registra Godoy²³⁶, é necessário que a interpretação e a aplicação da Constituição seja feita de forma compartilhada, a fim de que os desacordos morais sobre os conteúdos das normas constitucionais sejam discutidos, pelo Poder judiciário, com os cidadãos, grupos, movimentos sociais, outras instituições, pelo povo, enfim.

E esse controle da constitucionalidade assume maior importância em tempos de crise, quando muitas medidas adotadas, decorrentes da economia de mercado, podem conflitar com direitos fundamentais, sendo necessário, portanto, que haja um debate maior por parte da população, até porque, infelizmente, os poderes políticos preferem aprovar medidas muitas vezes sem qualquer discussão mais aprofundada, como foi o caso da PEC do Teto, que deu ensejo à EC 95/2016.

Registre-se que essa questão restou muito discutida no âmbito português²³⁷, após a crise de 2008/2009, quando o Governo de Portugal, atendendo a determinações da União Europeia, efetuou uma série de ajustes,

²³⁴ O atual Código de Processo Civil estabeleceu a possibilidade de intervenção dos *amicus curiae* (amigos da corte) em matérias relevantes, temas específicos e de repercussão social (art. 183 e parágrafos e art. 927, § 2º). Igualmente, houve previsão de realização de audiências públicas de forma prévia à tomada de decisões (art. 927, § 2º). A Lei 9868/99, que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, também prevê tal tipo de intervenções.

²³⁵ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Neumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²³⁶ GODOY. Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese de Doutorado em Direitos, Universidade do Paraná, p. 231-2.

²³⁷ É importante que seja feita essa análise, dada a similitude da Constituição Portuguesa, cuja brasileira inspirou-se, em especial no que tange ao amplo catálogo de direitos fundamentais sociais.

com restrições de direitos e imposições de novos tributos, cujas medidas foram levadas ao Tribunal Constitucional.

Diante disso, veio à tona a sustentação de que as constituições devem ser entendidas e aplicadas como constituições *prima facie*, que é marcada por uma maior conformação do legislador e também do julgador, levando-se em conta as circunstâncias concretas do momento, com uma flexibilização na aplicação dos princípios e da própria normatividade constitucional e da jurisdição constitucional.

Canas, referindo-se à Constituição Portuguesa, conceitua o que se denomina por constituição *prima facie*:

Há um debate subliminar sobre se há uma "constituição da normalidade" e uma "constituição da crise". Este debate tem relevo sobretudo nas áreas sociais ou prestacionais da constituição, mas a ele não fogem algumas zonas mais clássicas, como a dos direitos de liberdade que implicam posições jurídicas subjetivas de vantagem e correlativos deveres do Estado de proteção ou até de promoção. Este debate não toca o essencial. Na verdade, em situação de normalidade ou em situação de crise (económica ou outra), as constituições são em boa medida entendidas e aplicadas atualmente como *constituições prima facie*, isto é, quadros normativos que estabelecem uma disciplina de princípio que é superada se houver razões cuja ponderação concreta - pautada pelo que temos designado de *comandos de ponderação* e otimização - justifique aquela superação. A Constituição *prima facie* confere superior margem de manobra ao legislador, proporcionando-lhe uma maior capacidade de adaptação às circunstâncias (inclusive de crise) e aos programas políticos. Mas também realça o papel do juiz constitucional, obrigado a intensificar o controlo da lei, particularmente nas circunstâncias em que esta, em nome de interesses públicos, por vezes de emergência, prepondera os equilíbrios sociais garantidos pelos direitos e por princípios como o da igualdade. A Constituição *prima facie* é contemporânea da era do princípio da proporcionalidade, de uma *nova relevância* do princípio da igualdade e da *reanimação* da construção jurisprudencial do princípio da proteção da confiança, todos eles com ligação umbilical ao princípio do Estado de direito (artigo 2.^o5).²³⁸

²³⁸ CANAS. Vitalino. **Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao "corte" de pensões)**, E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público, n.1, 2014, disponível em: <http://e-publica.pt/constituicaoprimafacie.html>.

Com essa aplicação da constituição *prima facie*, o Tribunal Constitucional português acabou, em vários acórdãos²³⁹, alterando a sua prática até então adotada, para cancelar decisões do Governo, decorrentes das medidas de austeridade que a União Europeia impôs como forma de redução do déficit orçamentário português.

Pinheiro, ao diferenciar a jurisprudência da crise com uma jurisprudência feita sem crise, registra:

Entendemos que a “jurisprudência da crise” traduz um “processo negocial” entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as “exigências das circunstâncias”. O TC socorreu-se da “prossecação do interesse público” dentro de uma ordem “transitória” e “excepcional” para decidir no sentido da não inconstitucionalidade de medidas legislativas que conheceriam outro desfecho não fora o tempo de “crise”. A utilização banal e repetitiva, amiúde sem fundamentação abundante, do “interesse público” serviu de base a uma sequência de decisões do TC em manifesta cedência da normatividade – tal como vinha sendo interpretada – à verdade do mundo. A crueza desta conclusão assenta não só no conteúdo das decisões, mas também na sua comparação com a jurisprudência “précrise”²⁴⁰

Não parece haver dúvida de que, no caso português, a jurisdição constitucional rendeu-se à situação de emergência invocada pelo Governo, vindo a tomar medidas restritivas, sob argumentos de interesse público, sacrificando direitos de servidores públicos, com reduções remuneratórias, suspensões de pagamentos de férias e gratificações natalinas e a instituição de uma contribuição extraordinária de solidariedade, entre outras, lançando mão

²³⁹ Para citar três principais, todos analisados por artigo de PINHEIRO. Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise; Tribunal Constitucional Português, in Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, no. 1, jan/jun. 2014. ISSN 1982-4564: 1) Acórdão n.º 396/2011, que confere compatibilidade com a Constituição de reduções remuneratórias entre 3,5% e 10% dos servidores público; 2) Acórdão n.º 353/2012, que confere legitimidade à Constituição a suspensão do subsídio de férias e de Natal ou equivalentes a trabalhadores em funções públicas e a aposentados e reformados; 3) Acórdão n.º 187/2013 do TC referente ao à lei do orçamento para o ano de 2013, contém quatro pedidos de fiscalização, provenientes do Presidente da República, do Provedor de Justiça e de deputados à Assembleia da República. Os artigos questionados estatuíam a manutenção da redução das remunerações dos trabalhadores do sector público, a suspensão do subsídio de férias para os trabalhadores do sector público, a suspensão do subsídio de férias ou equivalente de reformados e aposentados, a incrementação de uma Contribuição Extraordinária de Solidariedades (CES) sobre as pensões situadas entre €1.350 e €3.750, fixada entre as taxas de 3,5% e 10%, a redução de subsídios a atribuir pela Caixa Geral de Aposentações (CGA), a alteração do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) e introdução de uma sobretaxa em sede de IRS.

²⁴⁰ PINHEIRO. Alexandre Sousa. **A jurisprudência da crise; Tribunal Constitucional Português**, in Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564, p. 170-1.

do princípio da igualdade proporcional, sob o argumento de que os servidores públicos estariam em situação originária de desigualdade em relação aos da iniciativa privada.

Alexandrino, amparado em Vital Moreira, sintetizou as críticas essenciais formuladas contra a jurisprudência do Tribunal Constitucional, formada no período de 2010 a 2014, em relação ao ajuste proposto pelo Governo.

(i) O Tribunal Constitucional tem um papel de legislador negativo, razão pela qual não lhe compete dizer o que o legislador deve fazer;

(ii) Na fiscalização da constitucionalidade, o ónus da prova (“para além de qualquer dúvida razoável”, como acrescentou) é sempre da inconstitucionalidade, razão pela qual não pode o Tribunal Constitucional exigir ao legislador a prova de que a sua acção é constitucional;

(iii) Na generalidade destas decisões, não estiveram em causa direitos fundamentais (sejam eles direitos de liberdade ou direitos sociais), mas sim *entitlements* públicos, razão pela qual é censurável que o Tribunal Constitucional entenda que se trata de cláusulas pétreas;

(iv) Há uma distinção clara a fazer entre princípios e regras, na medida em que os primeiros são flexíveis e têm de ser lidos contextualizadamente, razão pela qual o Tribunal Constitucional não pode usar os princípios como se fossem regras;

(v) Por fim, há também uma distinção a fazer entre o plano da bondade política e o da inconstitucionalidade das decisões do legislador, podendo perfeitamente haver más decisões políticas que nem por isso são inconstitucionais, razão pela qual não pode ser negada essa fronteira.²⁴¹

Novais, embora tenha defendido um patriotismo constitucional, diante dos ataques sofridos pelo Tribunal Constitucional português, como forma de pressão, quando foi acionado em razão dos cortes feitos pelo Governo, para se adequar às medidas impostas pela comunidade europeia, admitiu que o tribunal teve que ser condescendente com o governo, em razão da situação de emergência.²⁴²

²⁴¹ ALEXANDRINO. José de Melo. **O impacto jurídico da jurisprudência da crise**. Texto da intervenção proferida na Conferência “Debates sobre a Jurisprudência da Crise em Tempo de Viragem”, organizada pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Instituto de Políticas Públicas Thomas Jefferson - Correia da Serra, em 3 de Novembro de 2014, acessível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o_impacto_juridico_da_jurisprudencia_da_crise.pdf, em 07 de janeiro de 2016, p. 2.

²⁴² NOVAIS. Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional**, Almedina, Coimbra, 2014, p. 50 e 74.

Convém registrar que Alexandrino, em crítica a Novais, sustentou que o Tribunal Constitucional português não cumpriu seu papel de forma isenta, cedendo a influências externas, sendo condescendente com o poder político, em prejuízo de garantias constitucionais, concluindo:

Reconhecendo embora as dificuldades da jurisdição em “tempo de emergência”, entendo que o Tribunal Constitucional, por um lado, não revelou um suficiente compromisso com o texto da Constituição, que em muitas destas decisões esvaziou ou ignorou, preferindo o tortuoso caminho da Constituição “prima facie”; por outro lado, não deixou de nos empurrar para o desolador desfecho da sobrecarga fiscal – induzida pelos constrangimentos exteriores, onnipresente nas soluções políticas sucessivamente apresentadas desde 2010, mas resultante afinal também do injustificado esvaziamento jurisdicional das garantias constitucionais do contribuinte.²⁴³

Portanto, a alegação de situação de crise, pautado em um interesse público abstrato, é caminho muitas vezes fácil a ser adotado pelos governos, muitas vezes incompetentes e corruptos no trato do dinheiro público, impondo que a jurisdição constitucional fique vigilante para um efetivo controle de tais questões.

E, no caso brasileiro, não há dúvida de que o primeiro caminho é por meio da ação direta de inconstitucionalidade da EC 95/2016, que deve ser ajuizada no Supremo Tribunal Federal.²⁴⁴

A possibilidade de se avaliar a constitucionalidade de emendas à constituição já é matéria consolidada, sob a égide da Constituição Federal de 1988, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, desde o *leading case* estabelecido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939, de 15 de dezembro de 1993, cuja ementa, de lavra do Ministro Sydnei Sanches, deixou claro que ‘uma emenda constitucional, emanada, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição.’”

Além do controle concentrado, por certo, ainda é possível o controle difuso, decorrente da atuação de juízes e tribunais, no exame específico de determinado caso concreto.

²⁴³ ALEXANDRINO, 2014, p. 07.

²⁴⁴ Registre-se que já há várias ações diretas de inconstitucionalidade contestando tal Ementa ajuizadas no STF (ADI 5633, ADI, de autoria da AMB, ANAMATRA e AJUFE; ADI 5643, da FENASEPE, ADI 5658, do PDT e ADI 5680, do PSOL).

A nossa análise, neste último tópico, porém, não enveredará para o controle de constitucionalidade, mas sim buscará trazer à lume uma análise sobre a interpretação que se entende adequada da Constituição Federal, que permitirá o rechaço da Emenda referida e, por outro lado, a salvaguarda dos direitos fundamentais sociais. E essa interpretação deve ser feita tanto no controle concentrado, como no difuso.

Nesse contexto, é de rigor seja levando em consideração, em primeiro lugar, o conteúdo principiológico do texto constitucional, atrelado aos objetivos fundamentais da República. Em segundo lugar, na análise a ser feita, não se pode deixar de considerar que, no mais das vezes, a exclusão social e econômica encontra-se vinculada a opções políticas tomadas por determinados modelos de desenvolvimento, que acabam aumentando o fosso das desigualdades. E é esse o modelo adotado, ao que parece, pela economia da eficiência propalada pelo atual governo e posta em prática de forma evidente com a promulgação da EC/95/2016.

Ora, é preciso verificar, então, até que ponto esse modelo adotado é compatível com a nossa Constituição, papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional, até porque o 'ataque' é obra dos outros dois Poderes: Executivo e Legislativo, responsáveis pela aprovação da Emenda referida.

Como ponto de partida, é inegável sejam os direitos fundamentais, por força da Constituição Federal de 1988, considerados a essência do Estado Democrático de Direito que se constitui o Brasil. Dessa forma, qualquer medida adotada, para ser compatível com a Constituição, deve passar pelo filtro da compatibilidade com os princípios e fundamentos adotados pelo Brasil, na promoção dos direitos fundamentais, devem ser compatíveis, em linhas gerais, com a identidade constitucional. É, com essa noção, que deve ser buscada a interpretação do texto constitucional, que deve ser entendida como 'algo que constitui a sociedade'.

E, para essa interpretação, diante de tais regras constitucionais, que refletem, não há dúvida, um conteúdo substancial da democracia, e não meramente formal/procedimental, impõe-se sejam os direitos fundamentais incluídos, no dizer de Ferrajoli, na *esfera do indecidível*, ou seja, a salvo

inclusive de maiorias. Nas suas palavras, no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais, que é o objeto direto do presente trabalho:

'os direitos sociais, constituindo em expectativas positivas as quais correspondem, face às funções públicas, deveres de prestação, por exemplo, de assistência médica ou de instrução, definem a esfera daquilo que nenhuma maioria pode decidir de não fazer: como não fornecer a alguém a assistência médica ou o ensino fundamental'²⁴⁵

A interpretação constitucional, portanto, deve levar em conta essa posição privilegiada dos direitos fundamentais, de essência constitutiva do Estado Democrático de Direito, de identidade do Estado, na busca de igualdade e justiça social.

Streck, ao postular uma necessária ruptura com a tradição inautêntica de interpretação do Direito – senso comum teórico, aduz que

afigura-se necessário, antes de tudo, compreender o sentido de Constituição. Mais do que isso, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente, entendê-lo *como mecanismo prático que provoca (e pode provocar) mudanças na realidade*. No topo do ordenamento jurídico, está a Constituição. Esta Lei Maior deve ser entendida como *algo que constitui a sociedade, é dizer, a constituição do país e a sua Constituição*. Nesse sentido, deixo claro no desenvolvimento desta obra que assumo uma postura *substancialista*, para o qual o Judiciário (e, portanto, o Direito) assume especial relevo.²⁴⁶

Com efeito, para essa ruptura, é necessário que se ultrapasse o que ainda domina a prática jurídica, decorrente da filosofia da consciência, colocando-se a linguagem, que fundamenta a hermenêutica, como condição de possibilidade para as mudanças que são necessárias.

E disso resulta, sem dúvida alguma, a necessidade da adoção da hermenêutica de cariz filosófica (Heidegger e Gadamer) e da visão do direito como um empreendimento interpretativo construtivo e de integridade (Dworkin), como meios para a busca de uma resposta constitucionalmente adequada em relação aos direitos fundamentais sociais.

²⁴⁵ FERRAJOLI, 2011, p. 99-100.

²⁴⁶ STRECK, 2005, p. 292.

Segundo leciona Motta, a aproximação entre Dworkin e a hermenêutica de cariz filosófica²⁴⁷, dá-se basicamente na ideia, em ambos, de que “não há uma cisão entre os momentos de compreensão-interpretação-aplicação, ou seja, que somente compreendemos e interpretamos *aplicando*.”²⁴⁸ Assim, registra o autor citado, Dworkin, ao sustentar a integridade do direito, vincula o interprete de forma construtiva com o passado, da mesma forma que “Gadamer trabalha com a autoridade da tradição, temática que vem acompanhada da questão da pré-compreensão e dos preconceitos”.²⁴⁹

Segundo Gadamer, “encontramo-nos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio”, mas sim “como algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer em si mesmos no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição.”²⁵⁰ Então, ressalta Gadamer, é preciso “escutar a tradição e situar-se nela é o caminho para a verdade que se deve encontrar nas ciências de espírito.”²⁵¹

Dworkin, ao sustentar que o direito é um empreendimento interpretativo, também dá importância à tradição, ao registrar de forma expressa que “todos entramos na história de uma prática interpretativa em um determinado momento; nesse sentido o acordo pré-interpretativo é contingente e local”. Ou seja, como continua o autor, ninguém parte de um marco zero, de “um ponto de Arquimedes”, uma vez que “os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa à qual não podem escapar totalmente.”²⁵²

²⁴⁷ Registre-se que essa aproximação já tinha sido referida por Lenio Streck, em especial no 11º capítulo de Verdade e Consenso, também citado no presente trabalho.

²⁴⁸ MOTTA. Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**, 2ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p. 87.

²⁴⁹ Ibidem, p. 94.

²⁵⁰ GADAMER. Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Complementos e índice, Vozes, Petrópolis, 2002, p. 53

²⁵¹ GADAMER. Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Vozes, Petrópolis, 2004, p. 374.

²⁵² DWORKIN. Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed., Trad. Jeferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 113.

Como registra Streck, “o intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio)ambiente cultural-histórico, é dizer em uma tradição.”²⁵³

Essa conciliação da história (tradição) com a realidade é tarefa do intérprete (jurista, juiz), ao qual se exige uma visão do direito como empreendimento interpretativo construtivo e com os olhos voltados à hermenêutica filosófica.

Tal postura do interprete é o que Gadamer denominou de fusão de horizontes, no sentido de que cabe ao intérprete dar vida à norma jurídica, pela interpretação, quando da aplicação. Com isso, o ato de interpretar implica em criar (produz) um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá, e não somente reproduzir sentidos.²⁵⁴

Então, é tarefa da hermenêutica, de cariz filosófica, como diz Streck, provocar os pré-juízos, para que se possa descobrir o sentido da Constituição, que está escondido, uma vez que o texto continua inefetivo, não descoberto.²⁵⁵ Nessa atribuição de sentido, impõe ressaltar, novamente com Streck, que não pode haver separação entre texto e norma, havendo, sim, uma diferença entre eles (que é ontológica), com o que “a norma (que é produto da atribuição do sentido a um texto) *não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto ‘desnudo’*”. Ela é, sim, a construção hermenêutica do sentido do texto. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da *applicatio*.²⁵⁶

Essa diferença ontológica ocorre na incidência do tempo. Ou seja, como ensina Motta, o “ex-surgir da compreensão dependerá da faticidade e da historicidade do intérprete”, sendo impossível que este se situe fora da tradição.²⁵⁷ Ou na lição de Streck, “os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete”, o qual, ao olhar um texto, já atribuirá uma determinada norma a ele, numa atividade construtiva, não meramente reprodutiva.²⁵⁸ Nessa linha, também sustenta Silva Filho que é

²⁵³ STRECK, 2005, p. 267.

²⁵⁴ GADAMER. Hans-Georg, 2002, p. 405.

²⁵⁵ STRECK, 2005, p. 300-1.

²⁵⁶ Ibidem, p. 311.

²⁵⁷ MOTTA, 2012, p. 95.

²⁵⁸ STRECK, 2005, p. 316.

missão da hermenêutica tornar patente a tensão entre o texto histórico e a realidade, a fim de explicitar o estranhamento e propiciar a interpelação.²⁵⁹

Nesse sentido, ainda, é a lição de Ovídio Baptista da Silva, ao registrar:

Não basta, portanto, revelar uma pretensa interpretação ‘verdadeira’, porque o preceito – inserido no sistema que o produziu – longe de encerrar-se em sua primitiva formulação, deve inserir-se no âmbito social em que vive o intérprete, de modo que a simples revelação do sentido originário da norma – embora seja caminho a ser seguido pelo intérprete – não esgota a sua missão. Depois dessa tarefa preliminar, ele terá de harmonizar sei sentido primitivo com as circunstâncias de sua atualidade, infundindo-lhe nova vida. A mera revelação do que seria o sentido originário deve ser tarefa do historiador do Direito, não do intérprete que a deve aplicar.²⁶⁰

Assim, continua Streck:

Quando olho (interpreto) um texto, este já me vem filtrado a partir da ideia que tenho da Constituição, isto é, minha interpretação está condicionada pela minha pré-compreensão que tenho acerca da Constituição, do constitucionalismo, da teoria do Estado, da sociedade, etc. Desse modo meus pré-juízos estão ‘constitucionalizados’ ou não, na medida em que posso estar mergulhado na ‘baixa constitucionalidade’! Esses pré-juízos é que vão condicionar, sempre, o objeto de minha interpretação.²⁶¹

Com Motta, há necessidade de se identificar, por primeiro, “o nosso lugar de fala, a nossa *tradição* (por exemplo: estamos num Estado Democrático de Direito, a Constituição é topo normativa etc.)”, para, então, “mergulharmos na construção dos sentidos e consequências destes supostos (o que é afinal um Estado Democrático de Direito, como compreender/interpretar/aplicar a Constituição etc.)”.²⁶²

Com isso, no dizer de Streck, a construção das condições de possibilidade para a concretização da Constituição implica entender a Constituição como uma dimensão que banha todo universo dos textos jurídicos, transformando-os em normas, que ocorre sempre na *applicatio* (no ato aplicativo), envolvendo toda a historicidade e a faticidade do intérprete.²⁶³

²⁵⁹ SILVA FILHO. José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e Direito: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual.** Lumen Juris, 2003, p. 86-7.

²⁶⁰ SILVA. Ovídio Baptista. **Processo e Ideologia.** O Paradigma racionalista. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2004, p. 280.

²⁶¹ STRECK, 2005, p. 322.

²⁶² MOTTA, 2012, p. 93.

²⁶³ STRECK, 2005, p. 321.

Como se vê, é preciso, então, que haja uma mudança de compreensão da Constituição, a fim de que ela possa ser interpretada de forma adequada aos seus princípios e objetivos fundantes e fundamentais, pois, como adverte Streck, primeiro compreendemos para depois interpretar, sendo que toda interpretação se dá na aplicação, onde há sempre a construção de um sentido, diante da situação de ser no mundo do intérprete.²⁶⁴

Dworkin, ao sustentar uma interpretação construtiva das práticas sociais, o que se aplicaria também ao Direito, deixa claro que nenhum paradigma é imune à mudança, diante de uma nova realidade. Ou seja, “os paradigmas fixam as interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação de um novo paradigma que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco”.²⁶⁵ Ou ainda, prossegue o autor, “de repente o que parecia incontestável é contestado; uma nova interpretação – ou mesmo uma interpretação radical – de uma parte importante da aplicação do direito é desenvolvida por alguém em seu gabinete de trabalho, vendo-se logo aceita por uma maioria ‘progressista’. Os paradigmas são rompidos e surgem novos paradigmas.”²⁶⁶

Para essa guinada em direção à efetiva concretização dos direitos fundamentais sociais, é necessário que, como assinala Streck,

percebemos a Constituição ‘como’ Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição ‘como’ Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência histórica, nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição ‘como’ Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a maioria da população não os tem.²⁶⁷

É preciso, então, que seja compreendido o sentido da Constituição, em especial no que ela significa na implementação dos direitos constitucionais sociais, pois, essa falta de compreensão, qualificada, implica em ausência de

²⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?** Uma resposta a partir da *Ontological Turn*, in Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, São Leopoldo, 2003, p. 228.

²⁶⁵ DWORKIN, 2014, p. 89

²⁶⁶ Ibidem, 2014, p. 112.

²⁶⁷ STRECK, 2003, p. 306.

aplicação ou aplicação ineficaz. Mais uma vez Streck é preciso a respeito de não se entender – compreender – a Constituição como Constituição:

Isso significa dizer que uma ‘baixa compreensão’ acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma ‘baixa aplicação’, *com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais sociais*. As condições de possibilidade para que o intérprete compreenda um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de um pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social.²⁶⁸

Ressalte-se que com a adoção da hermenêutica filosófica e – acrescento – com uma interpretação construtiva e com integridade do Direito, permite-se, como adverte Streck, uma espécie de objetividade na interpretação, evitando atribuição de qualquer sentido do texto, havendo, com isso, na *applicatio*, um fechamento da interpretação, que serve como blindagem contra a livre atribuição de sentidos.²⁶⁹

É de suma importância, portanto, a discussão acerca do papel dos princípios constitucionais (em especial, da igualdade, art. 5º, § 1º, da CF; da cidadania, art. 2º, II, da CF; e da dignidade da pessoa humana, art. 2º, III, da CF), os quais, segundo Streck, introduzem/recuperam/resgatam o mundo prático no Direito, dando-lhes o devido sentido, na concretização dos direitos fundamentais sociais, considerando o chamado constitucional, instaurado no Preâmbulo da Constituição Federal, ao instituir um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.”²⁷⁰

Convém ressaltar que esse Estado Democrático tem o objetivo de *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I, da CF), *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III da CF) e *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV, da CF),

²⁶⁸ STRECK, 2014, p. 351.

²⁶⁹ Ibidem, p. 370.

²⁷⁰ Ibidem, p. 568-619.

a fim de que sejam observados os princípios norteadores fundamentais da República, em especial, da *cidadania* (art. 2º, II, da CF) e da *dignidade da pessoa humana* (art. 2º, III, da CF) e estabelecer a igualdade, de fato, preconizada no art. 5, *caput*, § 1º, da Constituição Federal.

Igualmente, como já se referiu, é necessário lembrar que, nos termos do art. 170 da Constituição Federal, “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, bem como, na esteira do art. 192 da Carta Constitucional, “o sistema financeiro nacional” está “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (...)”, e, por fim, de acordo com o art. 193 da Constituição, a “ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

Da mesma forma, como já se mencionou também, o Estado brasileiro é subscritor de tratados e convenções internacionais que vedam a regressividade e exigem uma progressividade em relação aos direitos fundamentais sociais.

Como se vê, todo o arcabouço constitucional – que forma a identidade constitucional – está voltado a que se promova uma justiça social e se diminua as desigualdades, o que somente é possível com a concretização dos direitos fundamentais sociais, os quais foram extremamente afetados com a promulgação da EC 95/2016.

Portanto, as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com a identidade constitucional, que tem como objetivo, não há dúvida, a implementação dos direitos fundamentais sociais, visando à promoção da justiça social e à redução das desigualdades. Com isso, com uma adequada interpretação constitucional, a ser feita pelo Poder Judiciário, pautada na hermenêutica filosófica e na integridade do direito pode-se concluir que as medidas adotadas pela EC 95/2016 vão na contramão de tal identidade constitucional.

É, em razão disso, que as medidas adotadas pela EC 95/2016, em especial as que congelam o investimento em saúde e educação pelo prazo de 20 anos, são flagrantemente inconstitucionais, porquanto violadoras de

cláusulas pétreas e impositivas de evidente retrocesso social, por não permitirem, à evidência, o cumprimento dos objetivos fundamentais da República, que visam à justiça social e à redução das desigualdades, bem como por afetarem a identidade constitucional.

Por isso, em havendo uma interpretação adequada da Constituição Federal, é impositivo que o Poder Judiciário declare a inconstitucionalidade de tais medidas, porquanto incompatíveis com a identidade constitucional.

CONCLUSÃO

Como conclusão, pode-se dizer que os direitos fundamentais, como conquistas da humanidade, decorrentes da gradual e lenta evolução histórica, por força do advento da Modernidade, ainda, lamentavelmente, em especial os direitos sociais, não estão garantidos para uma grande maioria da população, em especial nos países periféricos, como é o caso do Brasil.

Essa não efetividade decorre, pelo constatado, de uma visão neoliberal que supervaloriza o princípio da liberdade e o individualismo, em detrimento dos princípios da igualdade, acabando por criar uma série de empecilhos (mitos) para a não implementação dos direitos sociais.

Dessa forma, para o enfrentamento do problema, impõe-se uma nova abordagem do princípio da liberdade, a fim de que seja ele reconciliado com o da igualdade, além de se buscar o resgate do princípio esquecido, qual seja o da fraternidade (solidariedade), a fim de que todos possam ser considerados pelos atores políticos.

E essa necessária e urgente consideração dos três princípios, sem supervalorização de um em relação ao outro, dar-se-á com uma efetiva implementação dos direitos fundamentais sociais, porquanto são estes, não há dúvida, que aproximam os três referidos princípios, ao permitirem que os mais necessitados, que são abrangidos pelas políticas públicas, possam ser incluídos na sociedade.

Para isso, é preciso uma reconstrução democrática, garantista, participativa e inclusiva dos direitos fundamentais sociais, afastando-se, num primeiro momento, os mitos recorrentes que impedem sejam eles considerados como tais e implicam, em razão disso, na não efetivação deles, adotando-se uma compreensão de indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, sejam eles civis e políticos, sejam eles sociais, econômicos e culturais.

Num segundo momento, é necessária uma reconstrução das garantias para a implementação dos direitos fundamentais, com o alargamento dos sujeitos encarregados e no aumento de níveis de proteção destes direitos, bem como, de forma participativa e inclusiva, permitir o acesso e alcançar os mais vulneráveis e mais necessitados de tais direitos.

Portanto, a reconstrução dos direitos fundamentais sociais permite que, numa reconciliação dos princípios da liberdade e da igualdade, mais o resgate do princípio da fraternidade, sejam alcançados os menos favorecidos e que necessitam de inclusão social, os quais ainda não foram contemplados com essas conquistas da humanidade.

Para essa reconstrução dos direitos fundamentais sociais, é preciso que se altere a própria compreensão da democracia, vigente nos estados contemporâneos, a qual, diferentemente de seu sentido original, como governo do povo, permanece com muitos traços da democracia elitista e restrita, porquanto estabelecida com base na centralização das decisões por apenas determinados grupos, hoje vinculados ao mercado econômico.

Com efeito, como visto, a democracia elitista, decorrente da teoria das elites, que tem como expoentes, Pareto, Mosca e Michels, sustenta que somente uma minoria pode e deve governar, tendo em conta que a massa não entende de política, cuja participação não é tão benéfica à democracia, porquanto a política exige decisões rápidas e eficientes, inviabilizadas quando há uma grande massa.

Por isso, com base em tal teoria, a democracia necessita de que haja uma classe política dirigente, constituída da elite, na qual seja permitida apenas uma circulação dessa elite, a qual deve governar de forma oligárquica e com *poder de ferro*, porquanto a imensa maioria não está preparada para tanto.

Essa concepção elitista de democracia foi adaptada pelo método *shumpeteriano*, ao estabelecer uma forma realista e restrita de democracia, na qual a participação do povo resume-se à eleição, contentando-se a democracia com que haja uma competição entre a classe dirigente pelos votos dos eleitores. Ou seja, essa concepção *shumpeteriana* mascarou a concepção da democracia, para adequá-la aos Estados contemporâneos, e para que continuassem a serem chamados de Estados democráticos, quando, na verdade, o exercício do poder continuou a ser exercido por uma minoria elitista e restrita.

Tal modelo, à evidência, permitiu que se sustentasse que a pouca ou até a falta de participação não seja problema, mas sim sinal de que a democracia pode estar indo muito bem, viabilizando a democracia sem o povo, em completa afronta ao que se pretendia na origem.

Com base em tais assertivas, a própria política, como palco para a tomada das decisões dos políticos, restou enfraquecida, sob o argumento de que as decisões importantes dos governos devem ser deixadas por tecnocratas, em nome de eficiência, fazendo com que a teoria econômica da democracia e a análise econômica do direito surgissem como mecanismos de tomada de decisões, com base na economia e no mercado. Com isso, a democracia ficou sem o povo e sem os políticos, ou melhor, sem as decisões/discussões políticas, pois estas devem ser tomadas por burocratas e tecnocratas do mercado.

A democracia contemporânea, então, passou a ser dominada pela economia e pelo mercado, com uma visão marginalista e neoliberal da economia, centrada no *homo oeconomicus*, como agente racional maximizador, afastando-se do conteúdo ético, desconsiderado que o homem está inserto numa história, numa cultura e numa sociedade, preponderando uma visão neoliberal do Estado, na qual se produz um comportamento autointeressado e maximizador do próprio interesse, legitimando o mercado livre pregado pelas instituições econômicas.

Tal concepção de democracia, no entanto, exclui o povo e os próprios políticos das decisões fundamentais de um governo, como, por exemplo, a destinação de orçamento para determinada política social, porquanto tal decisão deve ser tomada por técnicos, em nome de uma eficiência econômica e como forma de conter o déficit público, por imposição externa, no caso, o mercado, como ocorreu, *v.g.*, com a Emenda do Teto (EC 95/2016).

Com isso, não há dúvida de que esse modelo de democracia contemporânea, que privilegia a economia e o mercado, coloca em risco a própria democracia, bem como os direitos fundamentais, porquanto tem uma visão neoliberal do Estado, que não atende e não implementa as necessárias políticas públicas e exclui a participação popular e a política na tomada dessas decisões, negando a implementação de direitos fundamentais.

E esse modelo restou evidente, no caso brasileiro, com as medidas entabuladas pela EC 95/2016, as quais consolidaram a propalada democracia da eficiência buscada pelo atual governo, que coloca em risco os direitos fundamentais, em completa afronta ao texto constitucional.

De fato, a Constituição Federal, já em seu Preâmbulo, seguido pelos dispositivos que estabelecem os objetivos fundamentais da República, no sentido de *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I, da CF), *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III da CF) e *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV, da CF), e pelos princípios norteadores fundamentais da República, em especial, da *cidadania* (art. 2º, II, da CF) e da *dignidade da pessoa humana* (art. 2º, III, da CF) e estabelecer a igualdade, de fato, preconizada no art. 5, *caput*, § 1º, da Constituição Federal, estabelece uma identidade constitucional.

E essa identidade é mantida, quando do estabelecimento das regras sobre a ordem econômica, que, na esteira do art. 173 da CF, funda-se ‘na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’, bem como nas disposições sobre o sistema financeiro nacional, que deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (...), conforme o art. 192 da CF, e, por fim, nas regras que preveem, de acordo com o art. 193 da Constituição, que ‘ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.’”

Igualmente, na subscrição aos pactos e convenções internacionais, que estabelecem o dever de não regressividade e de progressividade dos direitos sociais, cujas normas também passam a ser constitucionais, a identidade constitucional é preservada, visando à promoção de direitos, à busca da igualdade social e à diminuição das desigualdades.

Portanto, com base nessa identidade constitucional, que deve ser analisar a compatibilidade das medidas adotadas pela EC 95/2016 com a Constituição da República, podendo se afirmar, sem dúvida alguma, a flagrante inconstitucionalidade delas.

Isso porque, como registrado, os direitos fundamentais sociais, como os de liberdade, também devem ser incluídos como cláusulas pétreas, à luz do disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, constituindo-se, assim,

em autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional, com o que se pode concluir que as medidas da EC 95/2016 ofendem cláusulas pétreas.

Não fosse isso, pode-se concluir, também, que tais medidas implicam em ofensa ao princípio da proibição do retrocesso social, princípio este implicitamente reconhecido no nosso sistema constitucional, por vinculação aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, bem como por vinculação de tal princípio à imunidade garantida pelas cláusulas pétreas, na qual também estão incluídos os direitos fundamentais sociais.

É importante registrar que o referido princípio também deve ter aplicação sobre medidas de caráter prospectivo, que se projetam para o futuro, como é o caso das adotadas na Emenda citada, as quais enveredam para um aniquilamento e sucateamento dos serviços sociais já existentes, em decorrência do congelamento imposto.

Por isso, as medidas adotadas, sob a propalada democracia da eficiência, são violadoras de direitos fundamentais e da própria democracia, por afastarem a possibilidade de o Estado Democrático de Direito garantir tais direitos, ao se submeter às regras do mercado, impostas pelo credo neoliberal e marginalista, que não possui conteúdo ético, e que visa apenas ao agente racional e maximizador do seu interesse, próprio do *homo oeconomicus*, descurando-se que o homem está inserido numa história, numa sociedade e numa cultura.

Nesse cenário, então, afigura-se imprescindível, para a alteração de tal quadro e para estancá-lo, uma jurisdição constitucional comprometida com o texto constitucional, com a identidade da Constituição da República, o que será alcançado com uma interpretação adequada dela, valendo-se da hermenêutica filosófica e do direito como empreendimento construtivo e de integridade. Essa interpretação, por certo, deve refletir o conteúdo substancial da democracia, que é estabelecido no texto constitucional, afastando-se de uma interpretação *prima facie* da Constituição, lançada mão em momentos de crise, própria para violar direitos fundamentais. Essa interpretação, então, deve colocar os direitos fundamentais a salvo de maiorias eventuais, como as obtidas na aprovação da Emenda referida, ou seja, colocando-os sob a *esfera do indecidível* (Ferajoli).

Com efeito, uma interpretação comprometida com a identidade constitucional, estabelecida nas normas nela contidas, não há dúvida, concluirá que as medidas adotadas, sob o argumento da democracia da eficiência, são, na verdade, violadoras de direitos fundamentais sociais, por ofensivas a cláusulas pétreas, nas quais estão incluídos tais direitos fundamentais e por imposição de retrocesso social, princípio este implicitamente reconhecido no ordenamento constitucional, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH. Víctor. COURTIS. Christian. **Los Derechos Sociales como derechos exigibles**. Editorial Trotta. Madrid. 2014.

ALEXANDRINO. José de Melo. **O impacto jurídico da jurisprudência da crise**. Texto da intervenção proferida na Conferência “Debates sobre a Jurisprudência da Crise em Tempo de Viragem”, organizada pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Instituto de Políticas Públicas Thomas Jefferson - Correia da Serra, em 3 de Novembro de 2014, acessível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o_impacto_juridico_da_jurisprudencia_da_crise.pdf, em 07 de janeiro de 2016.

ALEXY. Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Trad. para o espanhol Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

AQUINI. Marco. **Fraternidade e direitos humanos**. In O princípio esquecido: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas, Org. Antônio Maria Baggio. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida, Editora Cidade Nova, Vargem Grande Paulista/SP, 2008.

ATIENZA. Manuel. **A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas consequências para a Teoria contemporânea dos Direitos humanos. Diálogo entre o Prof. Marcos Leite Garcia e o Prof. Manuel Atienza**. In: Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza. Editora Lumen Juris, Rio De Janeiro, 2006.

ARENDT. Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo, Companhia das Letras, São Paulo, 1989.

AVRITZER. Leonardo. **A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática**. Perspectiva. São Paulo. Editora da UFMG, Belo Horizonte. 1996.

BAGGIO. Antonio Maria. **A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789**, In O princípio esquecido: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas, Org. Antônio Maria Baggio. Trad. Durval Cordas, Iolanda

Gaspar e José Maria de Almeida, Editora Cidade Nova, Vargem Grande Paulista/SP, 2008.

BARRETO. Vicente De Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais.** *In* Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

BARROSO. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUMAN. Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Trad. Plínio Dentzein. Zahar, Rio de Janeiro, 2001.

BECK. Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Trad. Sebastião Nascimento. Editora 34. São Paulo, 2011.

BEDÊ. Fayga Silveira. **Sísifo no limite do Imponderável ou Direitos Sociais como limites ao poder reformador.** *In* Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho. Coordenadores Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. Malheiros Editores, São Paulo, 2006.

BENTHAN. Jeremy. **Tratados de legislación civil y penal.** Trad. Ramon Salas Editora Nacional. Madrid, 1981.

_____ **Anarchical Fallacies.** *In: Nonsense upon Stilts:* Bentham, Burke and Marx on the Rights of the Man. (Org.) J. Waldron, Londres, 1987.

BERLIN. Isaiah. **Dos conceptos de libertad. Sobre la libertad.** Trad. Julio Bayon *et al.* Alianza Editorial. Madrid, 2012.

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

_____ **Igualdade e liberdade.** Trad. Carlos Nelson Coutinho, Ediouro, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 1997.

_____ **O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1986.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 16ª Ed., Malheiros, 2005.

BORÓN. Atilio A. **Estado, capitalismo e democracia na América Latina.** Trad. Emir Sader, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1994.

BRASIL. Joaquim Francisco Assis. **A Democracia Representativa – Do Voto ao Modo de Votar (1893)**, in A Democracia Representativa na República: Antologia, introdução de José Antônio Giusti Tavares. Edição Fac-Similar, Conselho Editorial do Senado Federal, Edição Fac-Similar, Senado Federal, Brasília, 1998.

_____ **Ditadura, Parlamentarismo, Democracia (1908)**, in A Democracia Representativa na República: Antologia, introdução de José Antônio Giusti Tavares. Edição Fac-Similar, Conselho Editorial do Senado Federal, Brasília, 1998.

CANAS. Vitalino. **Constituição *prima facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao "corte" de pensões)**, E-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público, n.1, 2014, disponível em: <http://e-publica.pt/constituicaoprimafacie.html>.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª ed., 2002.

CARDUCCI. Michele. **Por um Direito Constitucional Altruísta**. Trad. Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros e Cristina Lazzarotto Fortes. Livraria do Advogado Editora, 2003.

COURTIS. Christian. **La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales: apuntes introductorios**. In COURTIS. Christian (compilador). Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales, 1ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

DAHL. Robert. A. **Poliarquia: participação e oposição**. Trad. Celso Mario Paciornik. 1ª ed.; 3ª reimpr., Editora Universidade de São Paulo (EDUSP), São Paulo, 2015.

DOWNS. Anthony. **Uma teoria Econômica da Democracia**. Trad. Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos EDUSP, São Paulo, 1999.

DWORKIN. Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, Trad. Nelson Boeira, 3ª Ed., Martins Fontes, São Paulo, 2010.

_____ **O Império do Direito**, Trad. Jeferson Luiz Camargo; 3ª Ed., Martins Fontes, São Paulo, 2014.

FERRAJOLI. Luigi. **Democracia Y Garantismo**, Edición de Miguel Carbonell, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Outros. Editorial Trota, Madrid, 2008.

_____ **Derechos y Garantías. La del más débil.** Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Editorial Trotta, Madrid, 1999.

FRIEDEMANN. Milton y FRIEDMAN. Rose. **Libertad de elegir.** Trad. C. Rocha, Grijalbo. Barcelona, 1980.

_____ **Capitalismo e liberdade, com ajuda de Rose D. Friedman:** tradução Afonso Celso da Cunha Serra. - 1. ed. - Rio de Janeiro: LTC, 2014.

GADAMER. Hans-Georg. **Verdade e Método I.** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Vozes, Petrópolis, 2004.

_____ **Verdade e Método II.** Complementos e índice, Vozes, Petrópolis, 2002.

GARCIA. Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregório Peces-Barba.** *In* Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição, Org. Juliano Keller do Valle e Júlio César Marcelino, Conceito Editorial, Florianópolis, 2008.

_____ **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais.** *In:* Novos estudos Jurídicos, v. 10, nº 2, jul/dez, 2005.

GODOY. Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo. Crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.** Tese de Doutorado em Direitos, Universidade do Paraná.

GRIMM. Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales.** Trad. Raúl Sanz Burgos. Editorial Trotta. Madrid, 2006, p. 162-3.

HABERMAS. Jürgen. **A inclusão do outro,** trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo, Mota, Edições Loyola, 3 ed. São Paulo, 2007.

HAYEK. Friedrich Von. **Os fundamentos da liberdade;** introdução de Henry Maksoud; tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo, Visão, 1983.

_____ **Direito, Legislação e Liberdade: A miragem da justiça.** Trad. Henry Maksoud. Vol. II, Editora Visão, São Paulo, 1985.

_____ **Direito, Legislação e Liberdade: A ordem política de um povo.** Trad. Henry Maksoud. Vol. III, Editora Visão, São Paulo, 1985.

HOLANDA. Cristina Buarque de. **A teoria das elites**. Zahar, Rio de Janeiro, 2011.

HUNTINGTON, Samuel. **A ordem política nas sociedades em mudança**. Trad. Pinheiro de Lemos. Forense Universitária. Rio de Janeiro. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1975.

KANT. Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN. Hans. **Jurisdição Constitucional**. Martins Fontes, São Paulo, 2003.

LIMA. Alexandre José Costa. **A dialética da fraternidade, da dignidade e do pluralismo**. In O princípio esquecido 2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política, Org. Antônio Maria Baggio. Trad. Durval Cordas e Luciano Menezes Reis, Editora Cidade Nova, Vargem Grande Paulista/SP, 2009.

LIMONGI. Fernando. **Prefácio à obra Poliarquia: participação e oposição**. Trad. Celso Mario Paciornik. 1ª ed. 3ª reimpr. Editora Universidade de São Paulo (EDUSP), São Paulo, 2015.

LIPSET. Seymour Martin. **O Homem Político (Political man)**. Tradução Álvaro Cabral, Zahar Editores. Rio de Janeiro. 1967.

LOUREIRO. Maria Rita. ABRUCIO. Fernando Luiz. **Democracia e eficiência: a difícil relação entre política e economia no debate contemporâneo**. *Revista de economia Política*, vol. 32, n.º 04, out./dez. 2012, São Paulo, acesso em <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572012000400005>.

LUÑO. Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución**. Editorial Tecnos SA, 9ª ed., Madrid, 2005.

_____ **Los Derechos Fundamentales**, Editorial Tecnos SA, 7ª ed., Madrid, 1998.

MACKAAY. Ejan. ROUSSEAU. Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Sztajn. Atlas. 2ª ed., 2015.

MACPHERSON. C. B. **A Democracia Liberal: origens e evolução**. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Zahar Editores. Rio de Janeiro, 1978.

MARCELINO JR. Julio Cesar. **O movimento da Law and Economics e a eficiência como critério de justiça: incompatibilidade entre direito, economia e direito**. *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v.1, n.º 1, 2010, p. 98-9, acesso em

http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1037/867.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FI LHO, Ilton Norberto. **Paradoxos da Hipermodernidade: Reflexões sobre a Análise Econômica do Direito, os Direitos Fundamentais e o Papel da Jurisdição Constitucional no Brasil à Luz da Filosofia de Gilles Lipo Vetsky**. In: MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar, VALE, Julio Keller do, AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de (Org.). *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. Florianópolis: Conceito, 2010.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

MENDES. Gilmar Ferreira. **Apresentação à obra Guardião da Constituição**, in SCHMITT. Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho, Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Editora Del Rey Ltda., Belo Horizonte, 2007.

MICHELS. Robert. **Os partidos políticos**. Tradução de Hamilton Trevisan do título da edição em inglês *The Sociology of Political Parties*. Editora Senzala, São Paulo, sem ano.

MIGUEL. Luis Felipe. **A Democracia Domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo**. *Revista de Ciências Sociais*, vol. 45, nº 3, Rio de Janeiro, 2002.

MILL. John Stuart. **Sobre a Liberdade**, Trad. Pedro Madeira, ver. Desidério Murcho. Edições 70 Lda, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Neumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____ **As limitações das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência**. In *Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho*. Coordenadores Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. Malheiros Editores, São Paulo, 2006.

MIRANDA. Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MOSCA. Gaetano. GASTON. Bouthoul. **História das Doutrinas desde a antiguidade**. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1980.

MOTTA. Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**, 2ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.

MOUFEE. Chantal. **Em torno a lo político**, 1ª ED. 2ª REIMP. Fondo de Cultura Econômica, Buenos Aires, 2011.

MYRDAL. Gunnar. **Aspectos políticos da teoria econômica**. Trad. José Auto. Revisão e notas Cassio Fonseca. Ed. Abril Cultural, São Paulo, 1984.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Para além do bem e do mal: Prelúdio de uma filosofia do futuro**. Trad. Alex Marins. Editora Martin Claret Ltda., São Paulo, 2006.

NOVAIS. Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

_____. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria**. Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

_____ **Em defesa do Tribunal Constitucional**, Almedina, Coimbra, 2014.

NOZICK. Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1991.

NUNES. Antônio José Avelãs. **Uma Introdução à Economia Política**. Quartier Latin. São Paulo. 2007.

_____ **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Renovar. Rio de Janeiro, 2003.

OLSON. Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva: Os benefícios públicos em uma teoria dos grupos sociais**. Trad. Fabio Fernandez. 1ªed. 2ª. Reimp., Editora Universidade de São Paulo – EDUSP, São Paulo, 2015.

ORTEGA Y GASSET. José. **A Rebelião das Massas**, Trad. Marylene Pinto Michael, Martins Fontes. São Paulo, 1987.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**, vol. 1, Almedina, Coimbra, 2016;

PECES-BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General**. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1995.

PINHEIRO. Alexandre Sousa. **A jurisprudência da crise; Tribunal Constitucional Português**, in Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

PIOVESAN. Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Max Limonad. 3ª ed. São Paulo, 1997.

PISARELLO. Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción.**, Editorial Trota, Madrid, 2007.

_____ **Derechos sociales y principio de no regresividad em España.** In COURTIS. Christian (compilador). Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales, 1ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

POPPER. Karl. **Busqueda sin término. Una autobiografía intelectual**, trad. C. Garcia Trevijano, Tecnos, Madrid, 1977.

POSNER, Richard. A. **El Análisis Económico del Derecho**. Trad. Eduardo L. Suárez, 2ª ed., FCE, México, 2007.

QUEIROZ. Cristina. **O Princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

RAWLS. John. **Uma teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997.

RIDOLA. Paolo. **A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia**. Coordenação e revisão técnica Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck. Livraria do Advogado Editora. 2014.

ROBL FILHO. Ilton Norberto. **Aplicação do Método Econômico à Democracia e ao Direito: "Nem tanto ao céu, nem tanto ao inferno**. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, acessível in <http://www.conpedi.org.br/conteudo.php?i d=2>.

ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 33, n.º 131, jul/set 1996.

SANDEL. Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Trad. da 13ª ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo, 13ª ed., Civilização brasileira, Rio de Janeiro, 2014.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4º ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004.

_____ **Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a assim chamada Proibição de Retrocesso: Contributo para uma discussão**. RIDB, Ano 2 (2013), nº 1 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567.

_____ **La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis**. *In* COURTIS. Christian (compilador). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales*, 1ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

SARTORI. Giovanni. **A Política. Lógica e Método nas Ciências Sociais**. Trad. Sérgio Bath, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1981.

SCHMITT. Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho, Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Editora Del Rey Ltda., Belo Horizonte, 2007.

SCHUMPETER. Joseph A. **Democracia, Socialismo e Democracia**, trad. do original inglês *Capitalism, Socialism and Democracy*, Editora Fundo de Quintal, Rio de Janeiro, 1961.

SEN. Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 2000.

_____ **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Dornelli Mendes, Companhia das Letras, São Paulo, 2011.

_____ **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das letras, São Paulo, 1999.

SILVA. Ovídio Baptista. **Processo e Ideologia**. O Paradigma racionalista. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2004.

SILVA FILHO. José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e Direito: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?** Uma resposta a partir da *Ontological Turn*, in Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, São Leopoldo, 2003.

_____. **Verdade e Consenso**, ed. Saraiva, 5ª Ed., revista, modificada e ampliada, 2ª Tiragem, São Paulo, 2014.

TOCQUEVILLE. Alexis de. **A Democracia na América**. Trad. Neil Riberio da Silva, 2ª ed., Editora Itatiaia, Belo Horizonte, 1987.

TOSI. Giuseppe. **A fraternidade é uma categoria política?** In O princípio esquecido 2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política, Org. Antônio Maria Baggio. Trad. Durval Cordas e Luciano Menezes Reis, Editora Cidade Nova, Vargem Grande Paulista/SP, 2009.

VIEIRA. Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do Estado de direito**. In. Igualdade, diferença e direitos humanos. Coord. Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flavia Piovesan. Editora Lumen juris. Rio de Janeiro, 2008.

WEBER, Max. **Parlamento e governo na Alemanha reordenada**. Os pensadores. 2ª ed., Abril Cultural, São Paulo, 1980.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva**. 3ª ed. Brasília: UNB, vol. 1, 1994.

_____. **Ciência e Política. Duas vocações**. Editora Cultrix, Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota, São Paulo, 1968.