

CARLOS LUIZ STRAPAZZON

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Primeiros Elementos para Uma Teoria Constitucional
do Direito Humano Fundamental de Segurança Social*



Editora Unoesc



CARLOS LUIZ STRAPAZZON

ISBN 978-85-8422-056-4

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Primeiros Elementos para Uma Teoria Constitucional
do Direito Humano Fundamental de Segurança Social*



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S897t	Strapazzon, Carlos Luiz. Primeiros elementos para uma teoria constitucional do direito humano fundamental de segurança social / Carlos Luiz Strapazzon. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. - (Série Direitos Fundamentais Sociais) 76 p. ; il. ; 30 cm. ISBN 978-85-8422-056-4 1. Direitos fundamentais. 2. Seguridade social. 3. Direitos humanos. I. Título. II. Série Doris 341.27
-------	--

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria
Alciomar Marin

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Lisandra Antunes de Oliveira
Eliane Salete Filipim
Luiz Carlos Lückmann
Carlos Luiz Strapazzon
Gilberto Pinzetta
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron
Marceli Maccari

Comissão Científica

Carlos Luiz Strapazzon (Unoesc, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil, Brasil)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Francesco Saitto (La Sapienza, Italia)
Ivan Obando Camino (Talca, Chile)
Mercè Barcelò i Serralalera (UAB-Espanha)
Rogerio Gesta Leal (Unoesc, Brasil)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
CAPÍTULO I	
A SEGURANÇA SOCIAL E SEGURO SOCIAL	9
1.1 DIREITO HUMANO DE SEGURANÇA SOCIAL: SAÚDE, ASSISTÊNCIA SOCIAL E PREVIDÊNCIA	11
1.2 DIREITO HUMANO, INCLUSIVE A SEGURO SOCIAL	13
CAPÍTULO II	
A ECONOMIA E O DIREITO À SEGURANÇA SOCIAL	17
2.1 A RESERVA DO POSSÍVEL E SUA DIMENSÃO POSITIVA	19
2.2 TEORIA E RACIONALIDADE ECONÔMICA NO ESTUDO DOS DIREITOS SOCIAIS	21
2.3 A METODOLOGIA DA ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (EAL)	21
2.4 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS DA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL	22
2.5 TEOREMA DA IMPOSSIBILIDADE	23
2.6 A POLÍTICA NUM MODELO RACIONAL DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO GERAL	25
2.7 MODELOS IDEALISTAS DE ANÁLISE POLÍTICA	27
2.8 APROXIMAÇÃO CRÍTICA DOS PRESSUPOSTOS DA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL	29
2.9 SERES HUMANOS SOB O OLHAR DO PRAGMATISMO PRÁTICO	32
REFERÊNCIAS.....	34
CAPÍTULO III	
EXPECTATIVAS IMPERATIVAS*	37
3.1 OMISSÕES ILÍCITAS E/OU QUE CAUSAM DANOS	39
3.2 OMISSÕES QUE FRUSTRAM LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS.....	42
3.3 OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS	43
3.4 EXPECTATIVA IMPERATIVA: CATEGORIA-CHAVE	45
3.5 TUTELA JUDICIAL DE EXPECTATIVAS IMPERATIVAS.....	47
3.6 CRÍTICA	50
REFERÊNCIAS.....	50

CAPÍTULO IV

RESPONSIVIDADE GOVERNAMENTAL, DEMOCRACIA SOCIAL E ANÁLISE DE LEADING CASES	53
4.1 CONTROLE JUDICIAL DO DEVER DE CONTROLAR A RESPONSABILIDADE GOVERNAMENTAL	56
4.2 DIREITOS SOCIAIS APLICADOS 1: ÁFRICA DO SUL - SOOBRA MONEY CASE	57
4.3 DIREITOS SOCIAIS APLICADOS 2: ÁFRICA DO SUL - IRENE GROOTBOOM CASE	58
4.4 DIREITOS SOCIAIS APLICADOS 3: COLÔMBIA - CASO ZORAIDE SANCHES	61
4.5 DIREITOS SOCIAIS APLICADOS 4. COLÔMBIA - CASO DOS COMERCIANTES INFORMAIS	62
4.6 DIREITOS SOCIAIS APLICADOS 5: BRASIL - CASO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	64
4.7 RESPONSABILIDADE GOVERNAMENTAL E INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS EVOLUTIVAS	67
4.8 CRÍTICA	68
REFERÊNCIAS.....	70

APRESENTAÇÃO

Este livro ainda tem caráter exploratório. Já quase alcança o objetivo final da pesquisa desses últimos anos. É, antes de tudo, uma primeira resposta a vários temas e problemas relativos ao direito de segurança social.

O leitor encontrará aqui, de início, um estudo dos contornos do direito humano de segurança social. É o primeiro ensaio que publico com esse propósito. É um primeiro respiro numa direção que ainda vai trazer muitos outros trabalhos, todos comprometidos a derrubar um preconceito: o que identifica, indevidamente, seguridade social e direito à segurança social. O livro escorre também para a exploração da linguagem econômica aplicada à democracia. Estou convencido de que a revisão da abordagem dos direitos sociais, em linha com as necessidades de uma teoria apropriada para o direito de segurança social, não pode prescindir de uma densa análise econômica e democrática. Depois, apresento uma releitura da teoria das *expectativas*. É um capítulo decidido a explicar as razões pelas quais a constitucionalização dos direitos sociais mudou (e muito) o sentido da tradicional separação entre o que é *expectativa* e o que é *direito*. Ao final ofereço aos leitores um novo conceito para a teoria do direito do Brasil: o de *responsividade*, aplicado ao contexto dos direitos a prestações sociais e orientado por estudos de casos.

O livro é, como dito de início, a expressão do resultado parcial de 4 anos de pesquisas desenvolvidas em duas direções: a de aproximar a dogmática dos direitos constitucionais de segurança social da agenda que chamo de projeto *República Inacabada* e de abordar os direitos constitucionais fundamentais da pessoa humana a partir do léxico, da metodologia e da agenda dos direitos humanos.

Se a política da realização do direito à segurança social reclama, ainda, a invenção e reinvenção de arranjos administrativos que assegurem a garantia jurídica e a melhor proteção administrativa desses direitos (esse é o dilema da *República Inacabada*), o desafio teórico não é menor. Não só porque a teoria constitucional brasileira começou há menos de 15 anos seu diálogo firme com os direitos humanos, e insiste em dissociá-los por aspectos predominantemente formais, mas também porque está ocorrendo uma significativa mudança no próprio campo dos direitos humanos, com a nova agenda do desenvolvimento humano sustentável.

Esses dois lados da figura indicam que tanto a pesquisa teórica quanto a empírica sobre o — e no Brasil não seria exagero qualificar de — desconhecidíssimo direito à segurança social, precisam produzir um novo tipo de crítica, a uma vez constitucional, republicana, humanista e sustentável, isto é, apta a apontar a resignificação do direito à saúde, à assistência e à previdência num contexto de afirmação dos objetivos fundamentais da República, e em sintonia com os direitos humanos. Quer dizer: o momento exige que a teoria brasileira dos direitos fundamentais sociais se reinvente para afirmar seus vínculos com os ideais republicanos e para assumir os novos pressupostos de uma nova agenda mundial. É um momento de grande complexidade.

O primeiro capítulo deste livro, então, discute a carência da teoria dos direitos fundamentais a partir do que está estabelecido no Art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Art. 9º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou seja, o Direito Humano de Segurança Social, inclusive de seguro social. A rigor, esse caminho se justifica porque o Brasil não tem nenhuma tradição de proteção do direito humano de segurança social e, no mais das vezes, confunde esse direito com o arranjo administrativo do que chamamos de *Seguridade*

Social e também com o direito ao *seguro social*, mais conhecido no Brasil como direito de previdência social.

O segundo capítulo é um diálogo com aspectos econômicos. Na primeira parte desse capítulo exploro o conceito de *reserva do possível*, tal como ele se apresenta no direito constitucional do Brasil. O destaque, aqui, é para a dimensão positiva da reserva do possível. Na segunda parte, analiso, como disse, a pertinência de uma abordagem teórica de matriz econômica para os propósitos deste livro, isto é, dialogo com a teoria da escolha racional, que se desenvolveu, no campo jurídico, como *Análise Econômica do Direito*. O objetivo dessa segunda parte é realizar uma boa análise dos fundamentos dessa abordagem teórica e, assim, avaliar sua aplicabilidade instrumental para uma teoria constitucional do direito humano de segurança social. A análise econômica desse direito é parte, não é tudo, para uma teoria contemporânea para esse direito tão particular. Nesse capítulo, então, há uma análise relativamente aprofundada das boas e más soluções que essa abordagem teórica, chamada de *análise econômica do direito*, pode oferecer para a teoria jurídica dos direitos sociais.

É difícil admitir que uma teoria da efetividade dos direitos fundamentais de segurança social possa se desenvolver sem olhar para o tema das omissões inconstitucionais. Esse é um tema que parece ser típico de sociedades com repúblicas democráticas mal acabadas. Noutras palavras, é um problema crônico de sociedades sem tradição de *welfare state* e marcadas por uma cultura da tolerância com a desigualdade. Quer dizer, é um problema grave para uma sociedade como a do Brasil, sem coesão de classes apta a gerar um acordo político pela proteção social universal e, ainda por cima, desinformada sobre as vantagens competitivas da igualdade social para os desafios do século XXI.

Por isso, o objeto preferencial do terceiro capítulo são as omissões administrativas e a força jurídica das *expectativas* geradas por direitos sociais a prestações positivas, ainda mais quando assumem o *status* de direitos constitucionais fundamentais. A tese central desse capítulo é que direitos humanos constitucionais de segurança social geram um tipo muito especial de *expectativas*. Não meras *expectativas*, como a doutrina civilista se habitou a falar. Mas *expectativas imperativas*, isto é, *expectativas* que, em face da omissão arbitrária, podem ser protegidas e tuteladas pelo Poder Judiciário.

No quarto e último capítulo desenvolvo o tema da *responsividade*. Aqui apresento apenas uma primeira versão dessa teoria. Um estudo mais aprofundado do tema está em fase de conclusão e deve compor um próximo livro, em que esse será o tema central. Por hora, posso dizer que a *responsividade* é uma dimensão muito particular da democracia, e com largos efeitos sobre o entendimento do direito à segurança social. Para isso, ofereço uma discussão do tema da *responsividade* como obrigação estatal e, a seguir, apresento uma análise crítica de cinco importantes decisões de Tribunais constitucionais que foram chamados a enfrentar a inconstitucional violação ao dever estatal de responsividade. Todos os casos analisados foram julgados em países de renda baixa ou de renda média, exceto o caso do Brasil, que a despeito da alarmante desigualdade social e regional, é considerado um país de renda média alta. Os casos da África do Sul, da Colômbia e do Brasil são bons começos para pensar as funções do Poder Judiciário, posto que os três são países não desenvolvidos, são democracias relativamente jovens e sem nenhuma tradição de efetividade dos direitos de segurança social. Em síntese: são Repúblicas Inacabadas.

Para encerrar essa apresentação, preciso agradecer ao Programa de Pós-Graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina | UNOESC, por oferecer as melhores condições para a realização deste livro. Os capítulos que compõe este livro foram elaborados e reelaborados ao longo dos últimos cinco anos de dedicação à pesquisa dos direitos fundamentais de segurança social nessa Universidade, além da pesquisa realizada em estágio pos-doutoral na PUCRS, entre 2012-2014. Na maior parte, e com exceção do Capítulo II, todos os textos aqui publicados já foram discutidos e publicados em congressos científicos ou em livros. Para este livro todos foram revisados e atualizados. O capítulo II, no entanto, é inédito e foi preparado para compor esta obra.

Todos os resultados aqui apresentados só foram possíveis porque foram beneficiados pela ajuda e colaboração de muitas pessoas, em especial orientandos do mestrado e bolsistas de iniciação científica da UNOESC. Fica aqui, portanto, o registro do meu mais sincero agradecimento a todas e todos.

A partir de 2016 este livro passa a fazer parte da bibliografia de base da minha disciplina do mestrado em direitos fundamentais da UNOESC, pois essa foi uma das principais razões de sua produção.

Carlos Luiz Strapazon*
Chapecó, SC, abril de 2015.

* Doutor em Direito Constitucional (UFSC). Pós-Doutor em Direitos Fundamentais (PUCRS). Professor-pesquisador da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais, onde é professor de Direitos Fundamentais de Segurança Social e líder do grupo de pesquisa em direitos sociais. É também Professor de Direito Constitucional da Universidade Positivo, Curitiba-PR. email: strapazon.carlos.luiz@gmail.com

Capítulo I

A segurança social e seguro social

1.1 DIREITO HUMANO DE SEGURANÇA SOCIAL: SAÚDE, ASSISTÊNCIA SOCIAL E PREVIDÊNCIA

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou, em 1952,¹ a Convenção n. 102, denominada Convenção concernente às normas mínimas para a Segurança Social, 1952. Essa Convenção é o mais importante instrumento internacional a reconhecer direitos mínimos de segurança social. É um instrumento que, como objeto de investigação científica, tem um valor inestimável, pois dimensiona bens jurídicos que, por consenso internacional – e à primeira vista – devem fazer parte do âmbito de proteção dos direitos fundamentais de Segurança Social.²

Essa Convenção n. 102 da OIT³ estabelece que os Estados-parte devem assegurar a prestação de assistência médica (art. 7º) às pessoas quando seu estado de saúde assim o exigir,⁴ tanto em caráter preventivo quanto curativo. Para alcançar esse fim, a Convenção arrola vários meios diretos⁵ os quais considera adequados e igualmente obrigatórios. Além do dever de implementar políticas de assistência médica, os Estados estão obrigados a garantir prestação de recursos financeiros (Art. 13) na forma de pagamentos periódicos, a pessoas que perderam sua autonomia financeira ou que reduziram sua capacidade de obter a própria renda por meio de seu trabalho.⁶

Seus princípios fundamentais são os seguintes:

- 1) assegurar o direito de todas as pessoas viverem em liberdade do medo e das necessidades;
- 2) assegurar normas mínimas de Segurança Social;
- 3) assegurar cobertura universal;
- 4) assegurar assistência social para quem não é protegido pelo seguro social;
- 5) reconhecer rol aberto de riscos sociais;
- 6) assegurar benefícios compatíveis com a dignidade da pessoa humana.

¹ A Convenção n. 102 foi aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, em 04 de junho de 1952. Entrou em vigor no plano internacional em 27 de abril de 1955.

² No Brasil, a proposta de ratificação dessa Convenção 102 havia sido enviada, pela primeira vez, ao Congresso Nacional, em 1964, mas foi rejeitada na época. A justificativa utilizada foi que a Previdência Social brasileira não incluía 50% dos assalariados, não agregava os trabalhadores rurais nem domésticos, nem cuidava dos acidentes de trabalho. O projeto de ratificação voltou a ser encaminhado ao Congresso Nacional em 2004, com a justificativa de que os direitos previdenciários já haviam sido ampliados no Brasil, com a criação de diversos benefícios contidos no texto da Convenção e com a inclusão de novos contingentes de segurados. Quanto a isso, ver Elias (2009, p. 175 e ss.).

³ Na América Latina, cinco países ratificaram antes do Brasil essas normas mínimas de Segurança Social previstas na Convenção 102 da OIT, são eles: México (1961), Peru (1961), Costa Rica (1972), Equador (1974), Venezuela (1982). A ratificação formal pelo Brasil só ocorreu 56 anos depois de a Convenção ter sido aprovada pela OIT. A ratificação brasileira aconteceu em 18 de setembro de 2008, pelo Decreto Legislativo n. 269, do Congresso Nacional, e o depósito da ratificação foi realizado na OIT em 15 de junho de 2009. Depois do Brasil, também o Uruguai (2010) aderiu formalmente.

⁴ Os *serviços de saúde* devem abranger *qualquer estado mórbido* (Art.10), seja qual for a sua causa; devem abranger também cuidados especiais para as *mulheres em período de gestação*, parto e suas consequências. Os serviços médicos devem ser, *no mínimo*, de *clínica geral e visitas domiciliares*; serviços de especialistas; *produtos farmacêuticos indispensáveis*, *hospitalização*, de *gestação e de trabalho de parto*, assistência pré-natal e assistência após o parto. O sistema também deve ser capaz de conservar, restabelecer e melhorar a *saúde*, bem como a *capacidade de trabalho* das pessoas amparadas.

⁵ Clínicos gerais e especialistas, dentistas, enfermeiros, hospitais, casas de repouso, sanatórios, produtos farmacêuticos, artigos médicos, visitas domiciliares (Ver item 2, do Art. 34).

⁶ Os benefícios enumerados na Convenção são os seguintes: a) auxílio-doença; b) auxílio-desemprego; c) aposentadoria por velhice; d) auxílio em caso de acidentes de trabalho e de doenças profissionais; e) auxílios familiares para a garantia de sustento de crianças. Esses podem ser um pagamento periódico e/ou fornecimento direto de alimentos, roupas, habitação, local para férias ou assistência domiciliar, ou uma combinação de ambas; f) auxílios para cobrir os gastos do período de gravidez (assistência pré-natal), do parto (assistência durante o parto) e suas consequências, bem como assistência após o parto; g) auxílios de aposentadoria por invalidez profissional; h) pensão por morte, ao viúvo ou viúva, ou aos filhos.

Na Mensagem Presidencial n. 496, de 20.06.2004, que recomenda a recepção dessa Convenção, por via de Referendo do Congresso Nacional, o Min. Estado das Relações Exteriores apresentou a seguinte exposição de motivos, que foi adotada pela Presidência da República na sua íntegra, como justificção oficial do Poder Executivo:

Segundo a Ata da 83a. Reunião do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS), realizada em 18.09.02, a Convenção, remetida pela primeira vez ao Legislativo em 1964, teria sido rejeitada, uma vez que àquela época a Previdência não envolvia 50% dos assalariados, não agregava os trabalhadores rurais e domésticos, nem cuidava dos acidentes de trabalho. [...] Os benefícios da Convenção estão [agora] disciplinados na Lei 8.213/91 e na Lei 7.998/90, que regula o programa de seguro-desemprego, o abono salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Muito embora o instrumento seja um atestado público da insatisfação das Nações Unidas diante da miséria humana e, ao mesmo tempo, uma evidente preocupação com proteção da dignidade da pessoa humana, tudo indica que tais obrigações (de fazer e de oferecer) não têm natureza restrita de valores morais. Isso porque a Convenção trata esses direitos prestacionais como direitos subjetivos. Prova disso é que para além da dimensão material, a Convenção regula também a dimensão do controle eficaz desses direitos. O instrumento determina que cada Estado-parte deve assegurar os meios judiciais e administrativos para que os cidadãos possam apelar (Art. 70, 2) em caso de recusa de prestação, de má-qualidade da prestação ou de insuficiente quantidade de bens.

Quanto ao financiamento desses serviços e bens, a Convenção autoriza que uma parte dos custos operacionais seja paga pelos próprios usuários do sistema (Art. 10,2). Todavia, para evitar que pessoas de poucos recursos tenham de suportar pesados encargos, a Convenção dispõe que os bens e serviços de Segurança Social devem ter seus custos cobertos por contribuições de toda a sociedade, por meio de tributos que tenham por fato gerador e base de cálculo situações e atividades desvinculadas da condição de contraprestação direta desses serviços médicos e dessas ajudas financeiras. Quer isso dizer que, segundo a Convenção 102 da OIT, os direitos prestacionais de Segurança Social devem ser financiados solidariamente (Art. 70), isto é, não somente pelos beneficiários, mas por toda a sociedade. Isso permite concluir que a natureza jurídica da segurança social, e segundo esse instrumento, é de interesse coletivo, pois somente interesses coletivos devem ser financiados por esforços comuns de toda uma sociedade.

Como se percebe, a Convenção n. 102 da OIT oferece uma ampla lista de bens jurídicos protegidos pela Segurança Social (estado mórbido, incapacidade de trabalho, suspensão de ganhos, sobrevivência para além de uma idade determinada, acidentes de trabalho, gravidez, manutenção de crianças). Todos esses bens são geradores de direitos humanos subjetivos a prestações, quer de serviços médicos, quer de ajudas em dinheiro.

A proteção desses bens, todavia, não está posta apenas no direito material internacional. Como se observou a Convenção também protege o direito a uma prestação eficiente desse bens jurídicos, motivo pelo qual obriga os Estados a regularem o exercício desses direitos e a tutelá-los pelas vias judiciais e administrativas internas. É preciso destacar, porém, que para além das formas internas de tutela, a OIT adota um mecanismo internacional de supervisão da eficácia de suas Convenções. O Estado-signatário fica obrigado a encaminhar, anualmente, relatórios oficiais sobre

a situação de sua legislação de Segurança Social, bem como de suas políticas públicas nessa área. Além desses relatórios oficiais, a OIT também firma convênios com ONGs e recebe denúncias diretas da sociedade civil, além de enviar, em situações especiais, comissões de especialistas a locais denunciados.

Para fechar este ponto é suficiente dizer o que já deve estar bastante claro: a segurança social assumiu um significado específico no cenário internacional dos direitos humanos. Trata-se de um interesse coletivo que tem, em seu âmbito de proteção, direitos subjetivos à assistência médica, educacional, a prestações pecuniárias periódicas e ao financiamento solidário dessas prestações.

1.2 DIREITO HUMANO, INCLUSIVE A SEGURO SOCIAL

Direito formalmente estabelecido em praticamente todas as nações democráticas, a Previdência Social, por sua vez, é um dos mais significativos emblemas de um entendimento avançado de direitos fundamentais e da cidadania. Junto com o direito do trabalho, é um símbolo da chamada terceira geração de direitos fundamentais: os direitos fundamentais a prestações sociais positivas do Estado. Seu propósito é, a uma só vez, clássico e contemporâneo: clássico porque é um refinamento do direito fundamental à segurança jurídica, entendida como proteção jurídica em face do retrocesso de status jurídico adquirido (SARLET, 2007, p. 4). Por isso o direito previdenciário é parte, em todo o mundo, dos sistemas de direitos de segurança social (seguridad social, social security, securité sociale). E possui um propósito contemporâneo porque é um gênero de direitos cuja eficácia depende de uma complexa organização de políticas públicas, de direitos legais e da assimilação de princípios de justiça pós-liberal, isto é, a favor da igual liberdade de todos, da universal consideração de interesses e da distribuição equitativa de bens coletivos fundamentais (DWORKIN, 1997, p. 343-344; RAWLS, 1997).

Em democracias recentes do eixo latino-americano, como é o caso do Brasil, a organização da previdência social é inspirada nesses ideais de justiça política e também nos princípios clássicos do sistema de Segurança Social de Beveridge, ou seja, na (1) proteção continuada dos que perderam sua renda própria, (2) na contribuição permanente para garantir o financiamento estável do sistema, (3) na unificação administrativa da gestão dos benefícios e serviços de Segurança Social, (4) em valores adequados para os benefícios, (5) na abrangência universal do sistema e (6) na adequada classificação dos contribuintes e beneficiários (BEVERIDGE, 1942, p. 9, para. 17).

Muito embora essa seja sua matriz ideológica, o sistema previdenciário brasileiro é também o resultado de um complexo processo de disputas políticas, de um esforço histórico, e coletivo, para superar a imoralidade ou a injustiça de uma cena social marcada por clivagens estruturais discriminatórias, por desigualdade social gerada por modelos excludentes de desenvolvimento econômico.

Todas essas últimas características se agravaram, a partir dos anos setenta e oitenta. Nesse período recente, tanto o Brasil quanto outras nações latino-americanas que realizaram reformas estruturais neoliberais, como o México, o Chile e a Argentina, começaram a reconhecer a emergência de um novo tipo de problema, associado às tradicionais práticas de ajuda coletiva, de reciprocidade e solidariedade social: o novo fenômeno foi a fragmentação das comunidades locais semi-rurais e a substituição da ética da solidariedade comunitária pelo crescimento da indiferença moral. Estes dois últimos fenômenos parecem ter sido especialmente acentuados por dois eventos:

de uma perspectiva social, o crescimento populacional associado à expansão de grandes centros urbanos. Sociedades tipicamente rurais se convertem em sociedades metropolitanas massificadas e consumistas; e, de uma perspectiva estatal, a onda de reformas estruturais que retirou funções prestacionais do Estado central. Tudo isso aumentou muito a insegurança social para muitos setores das sociedades latino-americanas.

Esses são grandes traços bem conhecidos das nações subdesenvolvidas da América Latina e da crise de seus sistemas de políticas sociais. No caso mais específico da Previdência Social no Brasil é importante é relevar esse último ponto. É que a partir dos anos oitenta, sobretudo a partir da Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988) ganhou força um discurso de reformas sociais, neoliberal, ditado pela orientação ortodoxa na política econômica e que muito influenciou os debates e os rumos da organização do modelo brasileiro de Segurança Social.

Para seus críticos a introdução da Segurança Social como preceito constitucional inviabilizava financeiramente a Previdência Social, pois foram aumentados os valores dos benefícios e flexibilizadas as condições de acesso aos benefícios, não houve vinculação de benefícios com contribuições e não houve separação entre as contas da Previdência e Assistência [...] (FLEURY, 2005, p. 458).

No Brasil, por exemplo, esse discurso reformista da Segurança Social predominou na ocasião em que foram elaboradas as Leis n. 8.212/91 e n. 8.213/91. Duas foram as principais consequências percebidas desse evento: a primeira foi o enfraquecimento da tese da segurança social integrada e correlacionada e, assim, a desarticulação jurídica entre saúde, assistência e previdência; a segunda foi o fortalecimento da tese do seguro social. Para alguns dos defensores do conceito de Segurança Social, esta já não tem mais existência formal nem administrativa, desde que a legislação ordinária separou as três áreas componentes, nem financeira, já que houve uma progressiva especialização das fontes, que se acentuará no período seguinte [...] (FLEURY, 2005, p. 458).

Tanto no Brasil quanto nos demais (e poucos) locais em que há sistemas previdenciários relativamente funcionais, ou seja, instituições, orçamento e direitos formalmente estabelecidos, prevalece a visão da previdência social como um sistema a serviço das pessoas que contribuíram para formar um seguro social, ou seja, prevalece a abordagem da previdência social como sistema de contrapartidas e equivalências.

No Brasil, no entanto, as premissas do sistema constitucional da segurança social não são os mesmos que foram adotados pelas leis orgânicas antes mencionadas. O desenho jurídico-constitucional da segurança social precede a onda neoliberal. E é o regime jurídico-constitucional precedente que determina o sentido e o alcance dos direitos fundamentais a prestações do sistema de Segurança Social, ou seja, dos subsistemas de direitos a prestações previdenciárias, assistenciais e sanitárias. O desenho constitucional específico do sistema de direitos constitucionais previdenciários foi esboçado, precipuamente, pela Assembléia Nacional Constituinte. E o texto da Constituição do Brasil estabelece, no Art. 201, em conexão material com o art. 60, do Título II, as hipóteses fáticas básicas do subsistema de direitos fundamentais previdenciários, integrado aos fundamentos e objetivos do sistema constitucional de Segurança Social. Vê-se, portanto, que “[...] a Segurança Social, como princípio reitor da proteção social, consagrado na CF/88, não foi

concluída organizacional, financeiramente ou em relação ao padrão de benefícios e à cobertura.” (FLEURY, 2005, p. 458).

A análise do texto constitucional revela a alta importância desse subsistema de direitos para o sistema brasileiro de direitos fundamentais. Basta registrar, por hora, que as hipóteses fáticas básicas que geram direitos a benefícios previdenciários, por sua importância e conexão material com direitos fundamentais, estão formalmente estabelecidas no texto original da Carta da República, razão pela qual devem receber proteção especial do Estado (leis, orçamento e políticas públicas) e da sociedade (contribuições sociais e respeito). Tais hipóteses fáticas foram estabelecidas no Art. 201 do texto constitucional e objetivam garantir um nível mínimo de renda para todas as pessoas que se encontram em situação de especial risco vital e existencial.

De um modo geral, o sistema brasileiro de direitos constitucionais previdenciários resistiu à onda das reformas estruturais dos anos 1980 e 1990, mas o sistema infraconstitucional, o INSS, a doutrina e a jurisprudência inclinam-se, grosso modo, por uma interpretação restritiva dos sujeitos protegidos. O entendimento dominante é que o sistema previdenciário protege os contribuintes; ou seja, que o princípio preferencial desse sistema de direitos é o princípio contributivo (CF Art. 195, § 5o, Art. 201, caput).

Em regimes jurídicos determinados pelo princípio contributivo, as pessoas que exercem atividade remunerada participam do financiamento dos custos sistêmicos e, por isso, são titulares de expectativas e direitos a prestações, em alguma proporção. Aí estão os empregados do setor privado, os trabalhadores rurais, os servidores públicos celetistas (aqueles que possuem contratos regidos de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT) os contribuintes autônomos, isto é, aqueles que contribuem de forma espontânea para a Previdência Social, como, por exemplo, os profissionais liberais, os trabalhadores. Isso, à primeira vista, seria o que distingue a Previdência Social daquele outro pilar da Segurança Social que é a Assistência Social (CRFB, Art. 6º; Art. 203), já que esta é caracterizada pela gratuidade do atendimento universal a pessoas desamparadas, ou seja, que se encontrem em situação de alto risco social, e que nunca hajam contribuído financeiramente para o custeio do sistema.

Muito embora essa dicotomia tenha bases constitucionais, diferente dos sistemas clássicos de seguro social orientados pela relação contratual entre contribuição e benefícios, a Previdência Social no Brasil não é custeada exclusivamente pelas receitas de segurados, mas por contribuições de trabalhadores, empresas e Estado, em proporções variáveis. O regime jurídico da Previdência Social, ao menos o que está constitucionalmente estabelecido é mais do que um mero sistema de seguro social. É uma organização administrativa de políticas públicas de natureza distributiva e protetiva da dignidade das pessoas. É, por isso, um complexo subsistema de direitos constitucionais fundamentais prestacionais regido pelos princípios constitucionais da Segurança Social. E como tal, existe para ser eficaz, ou seja, para proteger os titulares que puderem ser atribuídos, de modo constitucionalmente adequado, às hipóteses fáticas básicas do subsistema.

Capítulo II

A economia e o direito à segurança social

Há dois temas centrais, de natureza econômica, que requerem especial atenção da pesquisa em direitos humanos fundamentais de segurança social: a objeção da reserva do possível e a metodologia de análise econômica das questões atinentes aos direitos implicados com gasto público e solidariedade econômica para proteção da renda de todos. Neste capítulo serão analisados e discutidos alguns temas particularmente sensíveis a isso. Na primeira parte, desenvolve-se a tese da dimensão positiva da reserva do possível, na segunda parte, apontam-se limites ao alcance explicativo das abordagens econômicas para tratar de explicar direitos fundamentais dependentes de gastos públicos.

2.1 A RESERVA DO POSSÍVEL E SUA DIMENSÃO POSITIVA

Desde os primeiros trabalhos⁷ que vimos desenvolvendo sobre o tema das conexões entre expectativas imperativas de concretização de direitos fundamentais sociais prestacionais e o postulado da reserva do possível, a gestão do orçamento público tem recebido especial atenção. Essa abordagem é uma necessidade das investigações sobre preocupações com a dimensão eficaz de direitos que criam obrigações de fornecimento de bens ou serviços, como é o caso dos direitos de Segurança Social.

A reserva do possível é amplamente reconhecida como a principal objeção ao cumprimento de direitos prestacionais sociais. Seu significado mais elementar é o de que os direitos fundamentais a prestações de serviços e de bens sempre são afetados pelas limitações objetivas de sua realização. Apesar de reconhecer a correção dessa tese, como extensão da premissa segundo a qual ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível, sustenta-se, aqui, que em Estados, como o Brasil, onde há direitos objetivos, procedimentos e orçamento formalmente estabelecidos para reger a existência e efetividade do sistema de segurança social no texto da Constituição, todos esses bens jurídicos pertencem ao âmbito de proteção da segurança social. Mais ainda, **é preciso ver** que esse modelo de proteção (modelo constitucional) de direitos, procedimentos e recursos vinculados ao custeio da prestação de bens e serviços da Segurança Social é uma expressão da proibição constitucional contra retrocessos em sede desses direitos fundamentais.

Isso evidencia, por outro lado, que o Estado brasileiro dispõe de uma reserva do possível em sentido positivo, ou seja, dispõe de rígida proteção jurídica (porque Constitucional) de recursos mínimos para a realização do nível mínimo de proteção e promoção de direitos sociais prestacionais. Essa reserva financeira, que é o Orçamento da Segurança Social e outras fontes definidas pelo texto constitucional, atribui contornos objetivos ao conceito jurídico do que seja economicamente possível, em termos de satisfação de expectativas desses direitos, no Brasil. Assim, o postulado da reserva do possível tem duas dimensões, uma negativa e outra positiva. A negativa é sua concepção original: o postulado da reserva do possível é, também no Brasil, uma advertência de que a efetividade de direitos a prestações de serviços e bens tem limitações estabelecidas pela realidade fática, nas condições objetivas de sua realização material. Mas não é apenas isso: o postulado da reserva do possível tem, no Brasil, estreita conexão, igualmente, com o postulado da proibição de retrocessos em sede de direitos fundamentais. É que a proteção constitucional

⁷ Strapazzon (2010) e Strapazzon e Silva (2012).

de um orçamento especificamente destinado a custear direitos prestacionais sociais revela a face positiva do postulado da reserva do possível.

O postulado da reserva do possível, enquanto postulado jurídico inerente às discussões sobre custos e direitos tem, no direito brasileiro, uma natureza negativa e outra positiva. A face negativa, mais conhecida, é inibidora das expectativas fundamentais de realização dos investimentos para a satisfação dos direitos prestacionais sociais. Essa face negativa articula-se com o postulado da primazia da realidade, ou seja, exige que a mobilização de recursos esteja limitada pelo conceito de recursos disponíveis. A face positiva é protetora dos recursos objetivamente disponíveis (o orçamento público da Segurança Social) contra quaisquer gestões ineficientes ou medidas limitadoras dos gastos vinculados.

Disso se infere que a gestão de recursos públicos vinculados à satisfação de expectativas geradas por direitos fundamentais sociais prestacionais é, em si mesma, sujeita ao controle de razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que esses recursos públicos, por serem bens constitucionais diretamente referidos a direitos fundamentais, reclamam consistente justificação constitucional de toda e qualquer intervenção que implique sua restrição ou violação. Essa é a face positiva do postulado da reserva financeira do possível que, como se sustenta aqui, precisa ser melhor explorada pela teoria do âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais e pela teoria da jurisdição protetiva de direitos fundamentais sociais prestacionais.

Parece necessário assumir que a proteção das expectativas de financiamento de políticas públicas garantidoras de direitos sociais prestacionais são uma face pouco explorada do postulado da reserva do possível. Reconhece-se que a reserva do possível é amplamente apresentada como objeção ao cumprimento de direitos prestacionais sociais. Todavia, sustenta-se, aqui, que em Estados como o Brasil, onde há um orçamento da Segurança Social é constituído como algo distinto do Orçamento Fiscal do Estado, a existência de orçamento da Segurança Social é, por si só, uma garantia constitucional de cumprimento de direitos sociais em seu nível mínimo, ou seja, é uma reserva financeira fundamental para realizar o mínimo possível em satisfação de expectativas desses direitos.

Mais, a face negativa, mais conhecida, é inibidora das expectativas fundamentais de realização dos investimentos para a satisfação dos direitos prestacionais sociais. A face positiva é protetora dos recursos escassos disponíveis (o orçamento público) contra a gestão inadequada. Ou seja, a face positiva do postulado da reserva do possível indica que o orçamento público vinculado à satisfação de direitos fundamentais é um bem jurídico que compõe o âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais prestacionais. Com isso, a gestão desses recursos públicos vinculados à satisfação de expectativas geradas por direitos fundamentais sociais prestacionais é, em si mesma, sujeita ao controle de razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que a gestão de recursos públicos destinada a sustentar o custeio de políticas públicas efetivadoras de direitos sociais é, também, uma forma de intervenção em um bem coletivo diretamente referido a direitos fundamentais e, como tal, sujeito à justificação constitucional de toda e qualquer intervenção. Essa é a face garantista do postulado da reserva financeira do possível que precisa ser melhor explorada pela teoria dos direitos humanos fundamentais de segurança social.

2.2 TEORIA E RACIONALIDADE ECONÔMICA NO ESTUDO DOS DIREITOS SOCIAIS

Este tópico insere-se num contexto maior de investigações que há certo tempo desenvolvo sobre as bases teóricas da dogmática brasileira dos direitos fundamentais. Ele foi concebido, por isso, para aprimorar a compreensão dos pressupostos de um tipo específico de abordagem do direito: o método da economic analysis of law (doravante, EAL) desenvolvido, sobretudo, pela escola de Chicago. Tanto o método, quanto seu autor mais conhecido, Richard Posner, tornaram-se mais familiares da comunidade de especialistas em direitos fundamentais no Brasil depois das traduções dos livros de Ronald Dworkin (2000, 2002), cuja crítica aumentou o interesse pela metodologia e pelas teses centrais da EAL. Muito embora o mesmo tenha dedicado tempo e atenção às objeções de Posner, pouco se tem feito e estudado no Brasil, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, para conhecer melhor as bases teóricas de uma das principais e influentes teorias atuais sobre o direito.

O foco, então, do presente tópico volta-se para os autores pioneiros da rational choice policy analysis (RCT), autores que, por isso, estão relacionados de um modo especial com o empreendimento teórico-metodológico da EAL. O particular interesse desse estudo é compreender as bases teóricas para a análise dos direitos fundamentais sociais. Para realizar este intento é necessário conhecer o debate travado nos Estados Unidos sobre as premissas epistemológicas do empreendimento da Rational Choice Theory. É um trabalho interessado, portanto, na natureza científica dessa proposta teórica, tendo como referência os trabalhos que mais influenciaram o desenvolvimento da Rational Choice Theory no âmbito das ciências sociais.

Esta crítica é um esforço preliminar, e de natureza exploratória, para posteriores análises sobre a tentativa de transferir para a teoria dos direitos fundamentais as premissas e os métodos da teoria da escolha racional.

2.3 A METODOLOGIA DA ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (EAL)

É bem assentado na literatura especializada que a EAL

[...] nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. (GICO JÚNIOR, 2010, p. 18).

De fato, a EAL preocupa-se em demonstrar a necessidade e a importância do uso do feramental econômico para interpretar e aplicar o direito. Contudo, não pode ser vista, de acordo com seus defensores, como um instrumento complementar de outro arcabouço teórico (teoria) para, em alguns casos, quantificar, por exemplo, o montante que deve ser pago à vítima de um acidente automobilístico ou o valor da multa ou indenização quando ocorre um quebra de cláusulas contratuais. Mas sim, deve ser vista como uma teoria, a partir do contexto pós-guerra e no âmbito de uma concepção não positivista, que exprime ou pelo menos pretende ser uma posição intermediária entre o positivismo estrito e a livre interpretação constitucional (POSNER, 2010).

A EAL pretende apresentar critérios operacionalizáveis de justiça e para tomada de decisões na esfera judicial tendo como base os fundamentos da racionalidade econômica, ou seja, de uma racionalidade orientada por custos e benefícios. Sendo assim, adota postura diversa dos jusrealistas e neo-constitucionalistas, em um cenário não positivista ou pós-positivista, que se aproximam, respectivamente das ciências (sociais) e da filosofia. Estas posições, mas especialmente a última, não se preocupariam de forma clara e cabal com as reais consequências econômicas das leis ou das decisões judiciais. Faltam a elas instrumentos analíticos para identificar, prever e mensurar custos e benefícios no mundo real. Esse rigor e precisão, no entanto, de corte empírico e matemático, é um dos objetivos centrais dessa abordagem teórica. E se for capaz de realizar, certamente que a metodologia de análise não pode ser deixada de lado por toda a comunidade científica séria.

Contudo, poderíamos levantar a questão: pode a racionalidade dos custos e dos benefícios, a racionalidade da eficiência econômica ser utilizada, de modo exclusivo, para explicar fenômenos não econômicos?

Em termos históricos, desde o Século XVIII com a publicação das obras de Jeremy Bentham (1748-1832), a economia é concebida como teoria das escolhas racionais, estudo voltado para os incentivos e restrições comportamentais que não tem natureza monetária. Essa maneira de conceber a economia é retomada e revigorada por autores ligados à “Escola de Chicago”, tais como Milton Friedman, Ronald Coase e Gary Becker (POSNER, 2010).

A EAL aceita a tese de que a Economia pode e deve ser usada para as diversas áreas do direito e não só a temas direta e explicitamente atrelados a economia, como seria de supor todos os temas do direito privado e muitos temas de direitos sociais cuja realização depende de decisões orçamentárias. Os postulados econômicos da decisão baseada em escolha esclarecida para gerar maximização de resultados são, portanto, pressupostos firmes da EAL para estender ao direito a análise econômica. Nesses termos, metodologicamente, a EAL evitaria dificuldades iminentes presentes em outros modelos explicativos e apresentaria uma proposta atual e defensável de análise e compreensão dos limites e oportunidades da efetivação do direito.

2.4 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS DA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Recentemente a abordagem econômica passou a ser utilizada para compreender e explicar diferentes aspectos da vida social, compreendendo uma miríade significativa de aspectos da vida social: desde guerras, padrões de suicídio, punições até casamentos. Tais tematizações e outras podem ser identificadas em importantes trabalhos de renomados economistas realizados no decurso do século XX, como por exemplo, Arrow (1951), Downs (1957), Olson (1965), Becker (1976) e Coleman (1990).

Como destacamos acima a base da análise econômica é a teoria da escolha racional. Em termos genéricos ela pode ser entendida como uma teoria que pretende explicar o comportamento social e político com base no pressuposto de que as pessoas agem racionalmente e de que em situações de múltipla escolha, elas escolhem maximizar o resultado de suas escolhas

Para dar conta dos propósitos desta investigação, na sequência, serão analisadas duas significativas contribuições realizadas no campo da teoria da escolha racional: os trabalhos pioneiros de Kenneth Arrow e de Anthony Downs.

2.5 TEOREMA DA IMPOSSIBILIDADE

Kenneth Arrow realiza em seu clássico *Social Choice and Individuals Values* (1963), um trabalho formal. Pretende saber se há possibilidade lógica para afirmar a tese de que o bem estar social é uma projeção de valores individuais. Para representar formalmente as condições de possibilidade dessa extensão, ele deduz a questão em uma série de notações matemáticas.

Influenciado pela problemática formulada pelo Marquês de Condorcet, proposta e desenvolvida no século XVIII, a questão de Arrow será resolver o problema de como pensar a probabilidade de haver um meio capaz de transferir um conjunto de valores ou preferências individuais conhecidas para um padrão social de tomada de decisões. Ou seja, como transformar preferências individuais em decisão coletiva (EPSTEIN, 1997).

Para tentar solucionar a questão, Arrow (1963) criou uma *função matemática do bem-estar social*, admitindo, desde o início que a escolha social de qualquer ambiente é sempre uma junção de preferências individuais. Segundo Arrow (1963), a elaboração dessa *função* tem alguns pressupostos: o primeiro é que a teoria supõe que os valores e preferências individuais são dados -, portanto, não há necessidade de proceder a investigações empíricas para identificá-los. O segundo é a presunção de que esses valores “dados e conhecidos” não podem ser alterados pelas características do processo decisório (ARROW, 1963). O terceiro é a tese da racionalidade de todos os indivíduos. O “indivíduo racional” dessa teoria tem o mesmo comportamento do indivíduo utilizado pela moderna análise econômica. Tal noção “tem forte apelo intuitivo”. A escolha racional testada matematicamente – como procedeu Condorcet – é estruturada em pares de alternativas.

Uma breve explicação. Para Arrow, uma explicação assim elaborada, com esses pressupostos, pode ser plausível, pois se conceitualmente é possível imaginar uma escolha sendo tomada entre duas alternativas, não seria possível excluir nenhuma distribuição de probabilidade em relação a elas. Desse modo, Arrow (1963) em seu modelo reduziu todas as escolhas possíveis a apenas três: X é preferível a Y, X é indiferente a Y ou Y é preferível a X. Presume que as escolhas serão consistentes entre si, ou seja, se X é preferível a Y e Y é preferível a Z, então X é preferível a Z.

Condorcet, também procedeu assim. Seu objeto de investigação era a probabilidade de decisões relativas à pluralidade votos e ele mostrou que nem sempre é possível agregar as preferências dos votantes de forma coerente. As preferências de cada eleitor devem ter uma propriedade elementar, devem ser transitivas, isto é, se um eleitor põe o candidato A à frente de B e coloca o B à frente de C, então também colocará o A adiante de C. Numa coletividade e, em eleições em que haja pelo menos três candidatos, não é isso que se passa. A coletividade pode preferir A à B, preferir B a C e, no entanto, preferir C à A. Daí o problema. A racionalidade coletiva, para o teorema de Arrow, é um atributo importante dos sistemas democráticos capazes de se adaptar em ambientes variáveis (ARROW, 1963).

O quarto pressuposto vincula-se aos critérios de avaliação do comportamento de um indivíduo quando ele faz escolhas. Arrow presume apenas que essas escolhas se realizam numa escala de preferências, mas não propõe uma ordem objetiva para essa escala. Cada indivíduo na comunidade hipotética ordenará de modo definitivo todos os valores sociais relevantes, em termos de seus desejos (ARROW, 1963).

O quinto pressuposto é lógico-matemático. Do mesmo modo como já ocorre em vários estudos especializados sobre comportamento do consumidor, de empresas, do mercado de tra-

balho, entre outras, também para fins de compreender a lógica do processo de escolhas sociais Arrow (1963) entende ser conveniente dar a ele uma linguagem matemática, ou seja, representar preferências individuais por notações matemáticas, tal qual empregadas nos modelos teóricos da microeconomia

O sexto pressuposto refere-se à definição de bem-estar social. Neste caso, para criar uma função do bem estar social - expressão que mais tarde será modificada por “constituição” do bem estar - Arrow (1963) sustenta que é preciso assumir algumas condições especiais que devem ser atendidas. São elas:

- a) a função bem-estar social (ou constituição) deve ser um tipo de processo ou ordem social que responda positivamente às alterações dos valores individuais, ou pelo menos, que não responda negativamente;
- b) precisa estar fundada em escolhas que descartem alternativas irrelevantes;
- c) necessita ser o resultado de escolhas feitas por indivíduos livres para alterar suas preferências;
- d) não seja imposta;
- e) represente uma soma aleatória de utilidades (ARROW, 1963).

Essas condições são aleatórias, “[...] mas consideradas, pela maioria dos especialistas, como exigências perfeitamente razoáveis para qualquer procedimento de tomada de decisão coletiva que se fundamente em preferências individuais expressas por meio do voto.” (EPSTEIN, 1997, p. 283).

Shepsle e Bonchek (1997) as resumem em quatro fórmulas apenas. A Condição U (admissibilidade universal), a condição P (condição ótima de Pareto); a condição I (condição de independência de alternativas irrelevantes) e a condição D (condição não ditatorial).

Arrow deseja que o critério de escolha social seja consistente com a relação binária e transitiva. Nesses termos:

Assim, um modelo de escolha social consiste de um conjunto de indivíduos (sociedade) $N=\{1, \dots, n\}$; um conjunto de alternativas X ; para cada indivíduo j , um conjunto de preferências ρ_j e o conjunto das relações de preferências (completas e transitivas) da sociedade sobre X , ρ . Uma função do bem estar social (FBS) agrega n pré-ordenações individuais (um perfil de preferências) de X numa única pré-ordenação (social) de X . Isto é, $F: \rho_1 \times \rho_2 \times \dots \times \rho_n \Rightarrow \rho$; $R=(R_1, R_2, \dots, R_n) \in R$. Assim, $x F(R) y$ significa que o bem estar social não é mais baixo em x do que em y . (SOTOMAYOR, 2006, p. 4).

Contudo, o resultado de suas investigações formais é pessimista. Seu trabalho, por isso, ficou conhecido como Teorema da impossibilidade de Arrow. Em termos sintéticos, Arrow demonstrou a impossibilidade lógica de elaborar uma função de bem estar social segundo a qual fosse possível garantir que uma escolha social resultasse da junção das preferências individuais (vontade da maioria) sem que uma parte da sociedade desse ordens à outra, isto é, não seria possível fazer prevalecer a vontade da maioria, e ao mesmo tempo garantir todas as cinco condições democráticas do U, P, I e D (DOWNS, 1999; EPSTEIN, 1997; SHEPSLE; BONCHEK, 1997).

De acordo com Sotomayor (2006) Arrow provou que se o número de alternativas for maior do que dois, então é impossível definir uma Função de Bem Estar Social que induza um critério de

escolha racional. Todos os postulados foram realizados independentemente de testes empíricos. São estruturas lógicas submetidas a testes com a mesma estrutura daquelas. Na sua própria visão, a vantagem desse método repousa na possibilidade de atribuir muitas interpretações diferentes ao mesmo sistema, com uma considerável economia de tempo (ARROW, 1963).

Após apresentação dos principais conceitos e teses de Arrow, com o propósito de avançar um pouco mais nãos meandros metodológicos/epistemológicos da RCT destacaremos a Teoria econômica da democracia defendida por Anthony Downs.

2.6 A POLÍTICA NUM MODELO RACIONAL DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO GERAL

O livro clássico de Anthony Downs - Uma teoria econômica da democracia - é, mais do que parece, um trabalho de economia política. Não é exatamente a democracia, em si, que lhe interessa. Nessa medida, é correta a afirmação de Reis (1999):

[A] discussão feita por Downs trata o processo político-eleitoral em termos análogos aos que são utilizados para dar conta do jogo do mercado na ciência econômica, salientando o cálculo realizado por partidos e eleitores em variadas circunstâncias que encontram regularmente ao tomar suas decisões. (REIS, 1999).

No entanto, a posição de Reis (1999) ao dizer que o elemento diferenciador da abordagem de Downs é tratar a política numa perspectiva econômica com o propósito de formular uma teoria abstrata e logicamente rigorosa do comportamento fundada, especialmente, na racionalidade dos agentes, menospreza o papel pioneiro de Schumpeter (1961) na formulação de uma Teoria econômica da democrática e, ao mesmo tempo, e reduz a perspectiva teórica de Downs. É dizer que, primariamente, ele se empenhara para realizar uma inovação metodológica na ciência política. É, em suma, colocar no centro das atenções de Downs a teoria política, e não a teoria econômica.

Parece ser mais adequado afirmar que o “[...] esforço de tratar a política com o instrumental próprio da economia” foi o objetivo prioritário de outro autor, Joseph Schumpeter. Este sim, não tinha uma ambição econômica na sua teoria política. Downs, por sua vez, tinha. Ele deriva toda a estrutura lógica dos argumentos de sua Teoria Econômica da Democracia dessa matriz conceitual schumpeteriana.

Downs (1999, p. 51) assevera, em nota de rodapé, que “[...] a análise profunda da democracia feita por Schumpeter é a inspiração e fundamento de toda a nossa tese e nossa dívida e gratidão a ele são realmente grandes.” É inequívoco, ainda, o seu entusiasmo com o que ele chama de “insight brilhante” de Schumpeter. A preocupação de Schumpeter de transferir para a política o axioma do interesse pessoal, qual seja, que as funções sociais são em geral os subprodutos da ação humana, e as ambições privadas é que são seus fins, é admirada explicitamente por Downs. Chega a fazer uma citação para ilustrar a adoção dessas premissas schumpeterianas:

[...] a fim de entender como a política democrática atende a essa finalidade social, devemos partir da luta competitiva pelo poder e cargos e perceber que a função social é preenchida, por assim dizer, incidentalmente - no mesmo sentido que a produção é incidental à produção de lucros. (SCHUMPETER; 1950, p. 282, 1961, p. 343; DOWNS, 1999, p. 51).

Então, o esforço de Downs para “tratar a política com o instrumental próprio da economia” é apenas um meio para alcançar outros fins. Ele tem uma outra grande questão teórica que lhe desafia: reformular a tradicionalíssima Teoria Geral do Equilíbrio. Essa teoria econômica foi criada pelos economistas clássicos, em especial pelo francês Leon Walras (1976), e desenvolvida ao longo da primeira metade do século XX por vários outros sem, no entanto, ter feito à devida consideração do papel do Estado e da política.

Há, então, para Downs, algo importante por fazer na teoria econômica: completar o sistema geral de equilíbrio pela releitura do modo de agir do Estado e dos políticos.

Walras, para esclarecer, foi o primeiro a formular uma teoria do sistema econômico como um sistema de equações representativas da demanda por bens, pelos consumidores, e de oferta de bens, pelos produtores, no qual as condições de equilíbrio igualavam oferta e demanda em qualquer mercado. É de Walras também a presunção de que, nesse sistema, cada consumidor age para maximizar sua utilidade e que cada produtor age para maximizar seus lucros, num ambiente de concorrência perfeita, pensada como um ambiente no qual consumidores e produtores respeitam os preços pagos e recebidos como algo independente de suas escolhas (ARROW; DEBREU, 1954).

Desse modo, o modelo teórico de sistema econômico competitivo - que não é, de fato, equilibrado, mas que tende ao equilíbrio⁸ - teve seu profundo desenvolvimento entre os economistas. E foi Schumpeter quem derivou uma teoria política desse método. E Downs? Onde se encontra nesse programa de pesquisas?

Downs objetiva reunificar a teoria política com a teoria econômica. Deseja eliminar os preconceitos da teoria econômica tradicional em relação o papel do governo e da política nesse sistema teórico do Equilíbrio Geral. Por isso enfatiza: “O governo não foi integrado com êxito àqueles que tomam decisões privadas numa teoria geral do equilíbrio. Essa tese é a tentativa de fornecer essa regra de comportamento para o governo democrático e de rastrear suas implicações.” (DOWNS, 1999, p. 25). E ainda:

O governo também deve ser reconhecido como uma parte da divisão do trabalho. Os economistas presumiram que os homens desempenham seus papéis na divisão do trabalho como um meio de servir a seus próprios interesses pessoais. A teoria do governo deve tratá-lo também como um agente econômico. (DOWNS, 1999, p. 309).

Fica evidente pelas ponderações feitas por Downs sua visão negativa sobre os aspectos pouco desenvolvidos da teoria tradicional do equilíbrio sistêmico geral acerca do Estado e pelo governo na divisão do trabalho, v.g., nas funções do sistema econômico de agentes. Segundo ele, os homens que controlam os governos não são altruístas em seus papéis de produtores, tampouco o governo é uma máquina que realiza a vontade do povo como supunham os economistas da Teoria Geral do Equilíbrio. O governo, insiste Downs (1999, p. 309), é uma instituição controlada por homens racionais e auto-interessados: “Tudo o que pedimos é que o papel do interesse pessoal

⁸ Walras (1988, p. 183) usa a metáfora do lago para esclarecer que “tudo se passa no mercado como se este fosse um lago agitado pelo vento, onde a água sempre busca o equilíbrio, sem jamais atingi-lo. Entretanto, há dias nos quais a superfície do lago é quase horizontal; mas não há um só dia em que a oferta efetiva dos serviços e dos produtos seja igual à sua demanda efetiva e em que o preço de venda dos produtos seja igual ao seu preço de custo em serviços produtivos.”

seja iluminado de modo que o governo possa descer de reinos mais etéreos e assumir seu lugar nas teorias econômicas como um agente humano.”

Portanto, Downs (1999) não aceita a suposição de que seja razoável admitir, como faz a teoria econômica tradicional, que os indivíduos, enquanto agem fora da esfera pública, tenham um comportamento qualificável como racional e auto-interessado. E que sejam afastados dessa lógica de ação individual à medida que esses mesmos homens assumam responsabilidades públicas. Brevemente, não é teoricamente concebível que as motivações privadas dos indivíduos deixem de influenciar os fins de suas ações quando eles se afastam das atividades privadas e passam a exercer funções públicas. Esses pontos de vista não se coadunam com os axiomas que explicam como operam todos os outros agentes econômicos na sociedade (DOWNS, 1999).

Sendo assim,

Se a hipótese estiver correta, os homens no governo alcançam suas próprias metas executando aquelas ações governamentais que mais agradam aos eleitores, exatamente como os empresários lucram produzindo coisas que o povo quer. [Mas] a incerteza é tão grande no mundo real que o governo não sabe quais são as metas dos eleitores ou como melhor atingi-las. Daí suas ações não serem rigidamente determinadas por uma função de voto, não mais do que as ações dos oligopolistas são determinadas precisamente por uma função de demanda. (DOWNS, 1999, p. 310).

Para explicar, portanto, o papel do governo na economia,

[...] os economistas não devem considerar o governo como uma influência perturbadora sobre a economia privada auto-reguladora. É preciso tornar o governo uma variável endógena dos modelos econômicos. [...] A economia e a política devem se fundir numa teoria unificada de ação social. (DOWNS, 1999, p. 298 e 309).

Nesses termos, Downs está convencido de que os economistas perderam muito tempo investigando a função do bem-estar social, isto é, os fundamentos racionais de uma suposta regra que tivesse a possibilidade de converter preferências individuais em ação social. Deslocaram, assim, a atenção do problema da execução dos bens públicos para um terreno apolítico. Deixaram de desenvolver um modelo teórico que complementasse a Teoria Geral do Equilíbrio; precisamente, que pudesse dar unidade lógica à ação racional dos agentes tradicionais do mercado ao comportamento racional dos governos e dos políticos num ambiente democrático.

Esse é o seu desafio: erguer um modelo teórico que explique isso.

2.7 MODELOS IDEALISTAS DE ANÁLISE POLÍTICA

Em artigo publicado na França três anos depois da publicação da Teoria Econômica da Democracia - em 1961 - Downs esclareceu, detalhadamente, os pressupostos metodológicos do modelo teórico adotado em sua teoria. Eles são os seguintes:

O termo “Teoria Política” tem dois significados correntes: (1) o da construção de um ideal ético (filosofia política) e (2) o da descrição das relações de fato relativas à autoridade, ao poder e a seu exercício real, especialmente o dos governos, por meio de teorias empíricas (Ciência Política). A Teoria Econômica, por outro lado, tem três significados possíveis. De acordo com Downs ela tem esses dois tipos de teorias já mencionados para a Teoria Política, e, em acréscimo, um

terceiro, não muito conhecido dos cientistas políticos, que ele denomina de “teoria idealizada” da economia. Idealizada; não “idealista”, uma vez que ela pode ser também empírica. A “teoria idealizada” da economia afirma que se os homens conhecem seus objetivos eles devem se esforçar para alcançá-los.

A conhecida metáfora do “corpo político” é um bom meio para entender as características dessa formulação teórica “idealizada”. Essa metáfora já vem sendo usada para analisar os sistemas políticos desde a era elisabetana e dos primeiros Stuarts, portanto, desde os séculos XVI e XVII (KANTOROWICZ, 1998, p. 48). Ela, no entanto, não pode ser aplicada à economia, pois ali as decisões do sistema econômico são descentralizadas. Mas nos sistemas políticos a metáfora é válida. Os modelos “idealizados”, então, exercem na economia uma função analítica semelhante à exercida pela metáfora do corpo exerce para o estudo da política.

O pressuposto de que o “modelo teórico idealizado” é um modelo em equilíbrio, é recorrente em economia. Os economistas têm feito uso do conceito de “equilíbrio” em suas teorias, que, em suas aplicações, têm dois significados principais: (1) que todas as variáveis estão interligadas por um sistema de causa e efeito de tal forma que uma mudança no comportamento de uma altera o comportamento de todas as demais; e (2) que se nenhuma força externa modifica as variáveis elas manterão relações fixas por tempo indefinido. Na realidade, os economistas sabem que as variáveis teóricas sempre são afetadas por forças externas, então, a teoria econômica usa o equilíbrio do sistema econômico apenas como uma tendência, não como algo efetivo (DOWNS, 1961, p. 387-388).

Apesar de ter um uso secundário na teoria política - algo como “corpo” para a economia -, o equilíbrio não é, argumenta Downs, um conceito estranho à Ciência Política. Por exemplo, ele já é aplicado no conceito de “equilíbrio de poderes”. A Teoria Política tem, então, alguma proximidade com essa categoria de análise. Afirmar, por extensão, que o sistema político é um corpo com instituições relacionadas entre si em estado de equilíbrio, é um modo de pensar a política por “modelos idealizados”, exatamente como se faz na economia.

Como é, então, que a teoria econômica chegou a esse tipo de teoria que se vale da noção de equilíbrio em seu sistema conceitual?

Downs (1961) explica que, primeiramente, ela desenvolveu modelos teóricos para explicar áreas específicas da economia. Em verdade, segundo ele, foram três os tipos de modelos desenvolvidos: o clássico - para o qual a economia é pensada como um sistema, com divisão de trabalho e partes especializadas interligadas entre si. Depois o modelo da utilidade marginal, que explicava a atividade econômica (a) pela preservação da noção de sistema unitário composto de partes interligadas entre si; pelos conceitos de (b) decréscimo da utilidade marginal e (c) pelo decréscimo da produtividade marginal - essa nova forma teórica conduziu, depois, a teoria econômica a dois modelos distintos: (a) o da lógica pura da escolha; (b) e o da economia de livre-empresa. E em terceiro lugar a Teoria da Lógica da Escolha, que se tornou, assevera, um sistema de análise puramente dedutivo que poderia ser aplicado a qualquer situação que exigisse uma decisão humana.

A Teoria Pura da Decisão econômica, então, ou da lógica da escolha, é a principal responsável pelos “modelos idealizados” mais recentes, e pela presunção de que a maneira pela qual aquele que tem de tomar uma decisão relativa a objetivos variados e com recursos escassos, deverá proceder se quiser tomar uma decisão racional, isto é, que lhe permita alcançar seus objetivos com o máximo de eficácia (DOWNS, 1961).

Downs (1961) acredita firmemente que essa lógica da escolha - acrescida do princípio da utilidade - é um instrumental teórico com aplicabilidade extensiva a todas as ciências sociais, por ser muito útil para predizer ações racionais, ainda que seja muito genérica para sustentar uma ciência social descritiva.

Os modelos teóricos, então, podem ser precisos na construção de prognósticos, ainda que a realidade de seus pressupostos possa ser colocada em dúvida.

Esse modelo idealizado é, portanto, um esquema que pode ser útil para a teoria política para: 1 - descobrir em que fases da política no mundo real os homens são racionais, 2 - em que fases são irracionais e 3 - como se afastam da racionalidade, no segundo caso (DOWNS, 1999).

Portanto, alerta Downs (1999, p. 55): “Sempre que o leitor ficar tentado a achar que uma asserção é empiricamente falsa [num modelo idealizado], ele deve provisoriamente supor que ela se refere apenas ao modelo. Se ela, então, se encaixar logicamente, essa suposição é correta; se não, nossa análise precisa ser melhorada.”

Então, é possível para a Ciência Política, e necessário para a Teoria Geral do Equilíbrio, construir um modelo que mostre como um governo racional se comporta num Estado democrático. Um bom começo é pressupor para o modelo que: (1) todo governo procura maximizar o apoio político; (2) que o governo existe numa sociedade democrática, portanto, com partidos e governos eleitos; (3) que o objetivo principal do governo é a reeleição; (4) que a eleição é o objetivo dos partidos afastados do poder; (5) que, respeitada a constituição, o governo pode fazer tudo; (6) que o governo não pode restringir as liberdades de seus oponentes; (7) que, apesar de o governo modelo funcionar presumidamente com conhecimentos perfeitos, ele contém incertezas. (Downs, 1999). Esses são os fundamentos metodológicos de seu modelo, utilizados na Teoria Econômica da Democracia.

2.8 APROXIMAÇÃO CRÍTICA DOS PRESSUPOSTOS DA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Após a exposição de duas das mais importantes teorias da escolha racional faremos considerações sobre a base epistemológica que elas estão assentadas. As Teorias da Escolha Racional expostas parecem sustentar-se, regularmente, na epistemologia de Imre Lakatos (1976, 1977, 1978). Esta propõe que a racionalidade científica consiste, principalmente, na elaboração de uma estrutura teórica ampla capaz de unificar e guiar as pesquisas. Por essa razão, rejeitam não explicitamente, nessa medida, os pressupostos científicos de Thomas Kuhn (1994), para o qual o que define o caráter de uma teoria científica é a sua aceitação por uma comunidade relevante de especialista, como também rejeitam os pressupostos da problem-oriented theory de Karl Popper (2006, p. 94-95), que afirmava:

Como acontece com todas as outras ciências, as ciências sociais também são bem-sucedidas ou fracassadas, interessantes ou ociosas, frutíferas ou estéreis, na exata proporção com o significado ou interesse dos problemas de que tratam; e naturalmente também na exata proporção com a honestidade, retidão e simplicidade com que esses problemas são atacados. Não se tratam, aqui, de modo algum, apenas de problemas teóricos. Problemas práticos graves, como o problema da pobreza, do analfabetismo, da repressão política e da incerteza jurídica, constituíram pontos de partida importantes da pesquisa das ciências sociais. Mas esses problemas práticos levam à reflexão, à teorização e, com isso, a problemas teóricos. Em todos

os casos, sem exceção, é o caráter e a qualidade do problema – junto obviamente com a ousadia e a originalidade da solução sugerida – que determinam o valor ou o desvalor de um feito científico. (POPPER, 2006, p. 94-95, grifo nosso).

Em sentido contrário, Lakatos (1976, 1977, 1978) advogava que o trabalho científico e a ciência não são simplesmente ensaio e erro, isto é, uma série de conjecturas e refutações. A ciência, antes, deriva de programas de pesquisa ou de programas de investigação. Para ele, um trabalho adquire estatura científica quando é coerente e faz progredir um programa de investigações. Isso importa mais do que ser uma teoria refutável, ou do que ser uma teoria com origens em problemas ou ser uma tese empiricamente consistente. Para Lakatos (1976, 1977, 1978), o êxito científico ocorre quando uma comunidade científica é capaz de construir programas de investigação “progressivos”, isto é, quando instituem uma série de teorias que comungam de um mesmo “núcleo teórico firme” constituído por proposições hipotéticas fundamentais, e que se desenvolve progressivamente do irrealismo hipotético para o realismo tético, por via de uma heurística negativa ou de uma heurística positiva (MATHESON, 1996).

Das proposições iniciais de um “Programa de Pesquisas” derivam os conhecidos “problemas teóricos” de um programa de investigação. Esse é o primeiro estágio da construção científica: instituem-se presunções irrealistas (Newton, por exemplo, decidiu que tanto a terra quanto o sol eram pontos de massa). Essas presunções iniciais se convertem no “núcleo teórico firme” do programa, e passam, assim a ter valor “heurístico”, isto é, a proporcionar meios para resolver problemas. Só na medida em que o programa vai ficando mais realista e que as hipóteses vão sendo testadas elas podem modificar as hipóteses centrais (heurística negativa) ou podem ampliar a capacidade preditiva do programa como um todo (heurística positiva).

Um bom programa de pesquisas científicas é, então, desse ponto de vista, aquele que incorpora, progressivamente, mais capacidade preditiva. Não é, portanto, a submissão do “núcleo conceitual firme” a testes empíricos que gera um bom programa de investigações científicas, mas os ajustes progressivos das categorias abstratas e preditivas fundamentais. (MATHESON, 1996)

A Teoria da Escolha Racional parece filiar-se claramente à epistemologia de Lakatos. E é uma escola teórica que está, atualmente, numa segunda fase. A primeira foi a dos autores clássicos, entre eles, os que estudamos neste trabalho. A segunda fase, a atual, que tem características menos generalistas, menos voltadas para a elaboração de macro sistemas conceituais.

Donald Green e Ian Shapiro (1994, 1995), entretanto, escreveram críticas severas a esse “Programa Investigativo”. Não negam que os “modelos” dessa escola teórica tenham valor heurístico, isto é, que sirvam de diretriz provisória na investigação dos fatos. Mas, a contribuição dela para a pesquisa empírica em política é considerada nula. É por isso que vale à pena acompanhar os argumentos do livro *Pathologies of Rational Choice Theory* (GREEN; SHAPIRO, 1994) e do texto *Choix rationnels et politique: pourquoi en savons-nous toujours aussi peu?*

Para eles, a Teoria da Escolha Racional padece de SDM: isto é, de Síndrome da Deficiência Metodológica (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 99), que em síntese pode ser diagnosticada pelas características a seguir elencadas. Eles, os teóricos da escolha racional:

1. não orientam a pesquisa por problemas empíricos. A maioria dos postulados desta teoria não foram testados empiricamente e seus autores sequer sugerem meios adequa-

- dos para testá-los. É comum que os autores remodelam seus pressupostos, para salvar a teoria, quando eles não correspondem aos fatos. Assim, parecem ser elaboradas de uma forma que as preserve das alterações dos fatos, na medida em que constroem modelos simplistas e sempre muito abrangentes. Desse modo, os elementos empíricos são utilizados com caráter ilustrativo, normalmente de forma parcial, em vez de validar afirmações (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 98, 108 e 115);
2. *adotam a paradoxal suposição de que todos os agentes racionais têm informações suficientes para comparar e decidir.* Os agentes, na verdade, devem estimar antes o valor das informações que não detêm para então decidir se vale a pena procurar novas (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 102);
 3. *não têm metodologia corrente.* Aplicam mal as técnicas estatísticas, negligenciam problemas de erros de medidas, colocam confiança excessiva nas inferências baseadas em poucos casos (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 104);
 4. *têm visão restrita de progresso científico.* Para eles, o progresso científico consiste em elaborar modelos que apresentem equilíbrios que correspondam a regularidades observáveis (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 104);
 5. *elaboram explicações post hoc,* isto é, depois de estruturar hipóteses e axiomas, os teóricos da ação racional não procuram testar empiricamente suas afirmações ou compará-las com explicações concorrentes. Muitas conclusões, são, portanto, muito mais “sugestões” do que propriamente afirmações consistentes com a realidade dos fatos. Além disso, elaboram teorias deliberadamente genéricas e simplificadas que dificilmente podem ser submetidas a testes empíricos (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 109; BAERT, 1997, p. 70);
 6. *reproduzem, num estilo formalmente elegante, conclusões óbvias e bem conhecidas,* inclusive do senso comum (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 106);
 7. *usam e abusam do princípio da racionalidade:* um tema que faz parte da agenda investigativa desses autores é responder à pergunta: “por que os indivíduos tratam a política como um assunto de lazer ou passatempo?”. As respostas, como a de Downs, apontam para a *ignorância racional*, isto é, já que nada incita os homens se instruíram para a política, a ignorância é tratada como ação racional. Noutra formulação: se adquirir conhecimentos políticos suficientes para votar conscientemente é ato muito oneroso, não buscar informações é a ação racional. O problema é que os teóricos não explicam as razões que os levaram a estruturar esse tipo de resposta, uma vez que não há pesquisa empírica que a sustente. (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 106-107);
 8. *não dialogam com a tradição científica.* A teoria da escolha racional não refuta hipóteses de outras correntes científicas. Também não aponta para questões que poderiam refutar seus próprios postulados. Então como reconhecer sua validade científica se é impossível vê-la rejeitando hipóteses falsas das demais teorias políticas? (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 108);
 9. *utilizam um léxico complexo e não sujeito a verificações:* expressões tais como “interesse”, “racional”, “recursos latentes”, “equilíbrio”, “regras de decisão”, “preferências”, são variáveis que habitam o sistema conceitual dessa escola teórica, mas são

- também vocábulos que não podem ser observados. O problema, neste caso, é saber se os dados concretos *confirmam* ou *infirmam* a teoria (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 110);
10. *apóiam-se preferencialmente em argumentos qualitativos*. Dada a ausência de pesquisa empírica que oriente a teoria, os teóricos argumentam por ilustrações selecionadas de episódios memoráveis da história (GREEN; SHAPIRO, 1995, p. 110).

2.9 SERES HUMANOS SOB O OLHAR DO PRAGMATISMO PRÁTICO

Para apreciar melhor os fundamentos dessas críticas é preciso fazer uma espécie de condensação das características epistemológicas e metodológicas dos autores analisados para identificar pontos comuns e apresentar alguns padrões em seus estilos. De fato, um traço marcante das teorias de escolha racional é a estratégia dedutiva com metáfora mercantil (ALMOND, 1999, p. 177). As deduções, nessas teorias, procuram estabelecer consequências num nível geral, macro. Depois, distinguem aplicações possíveis num nível micro. Então observam quais das consequências lógicas obtidas efetivamente ocorrem quando submetidas a testes empíricos. São teorias, portanto, tipicamente voltadas para explicar fenômenos num nível lógico-abstrato, são macro explicações. Interessantemente, é uma maneira de fazer ciência que não se importa com as causas concretas de formação de juízos, ou com as condições concretas de socialização política ou de progressão em carreiras políticas, ou mesmo, com as reais causas das escolhas políticas. São teorias que pressupõem — simplesmente isso — pressupõem, vários aspectos da natureza humana, vários tipos de instituições, concebidos como inerentes a indivíduos plenamente racionais, e erigem suas máximas normalmente como teoremas matemáticos, que ao longo do desenvolvimento teórico são tratados como axiomas (DICKSON, 2006).

Outro recurso metodológico, nada novo nas ciências sociais, é a criação de “metáforas”. São bem conhecidas as metáforas do “corpo”, da “guerra”, dos “jogos”, dos “contratos”, dos “animais”, para explicar a lógica do comportamento social e humano. No caso da teoria da escolha racional a metáfora é a do “mercado em equilíbrio”, como o “lago” de Walras. Claro que por coerência com a abstração de suas premissas, o mercado também é pensado como um “tipo ideal”. É um mercado das trocas políticas racionais.

Nesse mercado “modelo”, para usar a linguagem de Downs, um bem que é considerado essencial para as trocas políticas é a informação, e a Teoria da Escolha Racional pressupõe que os agentes detêm informações perfeitas, o que amplia a capacidade de ação; para outros, a informação é adquirida por esforço, e isso tem custos. Logo, haverá um ponto ótimo de aquisição de informação a partir do qual os agentes não se interessarão mais pela política. Essa estratégia, na crítica de Almond (1999), promoveu um descaso completo da bibliografia sociológica em geral, mesmo da weberiana; da psicológica e também antropológica. As teorias desta matriz teórica são microssistemas político-econômicos com auto suficiência lógica. É de esperar, então que o campo de explicações se reduza, pois são teorias que não podem ser aplicadas às situações nas quais predominam os valores morais, ou valores absolutos, ou a tradição (ALMOND, 1999)

É marcante também nessas teorias o individualismo metodológico. Os agentes racionais do macro sistema de mercado são, propositalmente, imaginados como portadores de uma racionalidade auto-interessada, ainda que sem qualquer conteúdo substantivo (ALMOND, 1999). Isto é, os autores não definem quais os interesses dos indivíduos, o que perseguem. Trabalham apenas

com a orientação de que esses agentes racionais procuram meios eficientes para alcançar seus fins (FEREJOHN; PASQUINO, 2001, p. 6) que podem ser, em alguns casos, a maximização da riqueza, do poder ou do prestígio. E mais, que esses indivíduos conhecem bem os fins que desejam. Suas preferências são bem definidas, estáveis e ordenadas. Pois os decisores sempre decidem depois de comparar e quando escolhem, optam pela melhor decisão (OPPENHEIMER, 2004, p. 8). Os agentes podem ser indivíduos ou organizações, como sindicatos, partidos, empresas, etc. As organizações sempre são pensadas como abrigo de indivíduos racionais auto interessados, e quando se diz que “elas” decidem, na verdade, são os indivíduos que o fazem: a “vontade” de uma organização nunca é “orgânica” ao ponto de anular as individualidades e seus interesses.

Desse ponto de vista, os atores políticos são promotores pragmáticos de interesses materiais (ALMOND, 1999, p. 192-193) e agem pelo cálculo de seus interesses de poder, prestígio ou riqueza, mas sempre considerando o comportamento dos outros, o comportamento previsível dos outros. As teorias se perguntam o tempo todo: qual é a melhor decisão? E a resposta sempre vem de modo relativo. Depende de como os demais se comportarão. É o modelo de cálculo racional inspirado no “dilema do prisioneiro” que orienta a ampliação e complexidade dos cálculos racionais individuais em questão (OPPENHEIMER, 2004, p. 4). Essas conclusões derivadas dos interesses e cálculos individuais, evidentemente, colocam problemas para a compreensão da ação coletiva, normalmente, interessada em partilha dos resultados. Neste caso, o individualismo da Teoria da Escolha Racional propiciou um conhecimento mais acurado dos processos decisórios no interior de organizações ao analisar as tomadas de decisão coletivas justamente a partir dos interesses individuais dos decisores, e não a partir dos interesses abstratos de uma organização, fosse política ou não.

Os indivíduos, no entanto, nunca são pensados de forma totalmente isoladas. Sempre há um “contexto institucional” no interior do qual a teoria explica as decisões individuais. Nesse sentido, também, é que os indivíduos podem ser pensados como agentes racionais, pois uma vez inseridos em “contextos regrados”, organizados, a ação calculada, planejada é possível. A maioria dos autores quanto pensam “homens livres”, em verdade pensam homens que vivem em organizações ou uma sociedade de tipo liberal, isto é, que não impõe autocraticamente as suas decisões.

Além disso, são teorias que não descrevem comportamentos concretos. Mesmo a vastíssima produção teórica reconhecidamente científica de psicologia e economia experimental são deixadas de lado. As teorias da escolha racional procuram elaborar modelos analíticos que tenham capacidade preditiva (ALMOND, 1999, p. 179). É célebre, nessa direção, a afirmação de Milton Friedman, feita na sua metodologia da economia positiva, e citada pelos teóricos racionalistas como uma espécie de pilar metodológico fundamental. A afirmação impõe que descrições realistas não existem. O importante e útil numa teoria científica é ter apenas capacidade de aproximação satisfatória com a realidade. Para testar uma teoria é preciso proceder a uma acurada avaliação de suas presunções, e não fazer testes de verificação empírica. Uma teoria científica funciona, então, se é capaz de predizer, mais do que descrever. Esta premissa coerente com a epistemologia de Imre Lakatos marca uma filiação claríssima à metodologia científica da teoria econômica, que opera predominantemente sobre pressuposições não realistas, supostamente racionais, e também esquematizadas a partir de modelos baseados nessas presunções.

A Teoria da Escolha Racional parece sustentar-se numa epistemologia lakatiana e em metodologia lógico-dedutiva de matriz econômica com finalidade preditiva. As críticas dirigidas a ela pelos problem-driven theorists (SHAPIRO, 2002) são, na verdade, orientadas por uma epistemolo-

gia orientada por problemas, de matriz popperiana. A Teoria da Escolha Racional não é exatamente um todo homogêneo, mas tem muitas das mais importantes características do que Lakatos denominou de “Programa de Investigação” que se preocupa em estruturar uma “heurística positiva”.

A refutação dessa teoria, então, não se faz pela acusação de seu baixo grau de potencial descritivo. E o fato de ainda haver muitos problemas com testes empíricos não invalida, propriamente sua natureza científica, já que esse tipo de programa investigativo tem, desde os escritos de Lakatos sobre a ciência física, três estágios necessários para definir sua identidade. O primeiro, mais abstrato (hipotético); um segundo, que deve elaborar modelos analíticos que sustentem uma heurística positiva, e um terceiro e último, que são os testes empíricos propriamente ditos. A invalidação desta teoria, portanto, só pode ser feita pela invalidação de sua capacidade de predição, nunca pela ausência de descrições. Acusá-la então, de inconsistência científica, pela fragilidade da terceira fase, não é o mesmo que atacar a Teoria, mas uma fase dela apenas, a dos seus testes de validação.

REFERÊNCIAS

ALMOND, Gabriel. La teoría de la elección racional y las ciencias sociales. In: ALMOND, Gabriel. Una disciplina segmentada: escuelas y corrientes en las ciencias políticas. Tradução Helene L. Dior. México: Fondo de cultura Económica, 1999.

ARROW, Kenneth. J. Social choice and individual values. New York: John Wiley & Sons, 1963.

ARROW, Kenneth J.; DEBREU, Gerard. Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy. *Econometrica*, v. 22, n. 3, p. 265-290, jul. 1954. Disponível em: <<http://www.stanford.edu/class/msande311/arrow-debreu.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2014.

BAERT, Patrick. Algumas limitações das explicações da teoria racional na Ciência Política e na Sociologia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12 n. 35, fev. 1997.

BECKER, G. C. The economic approach to human behavior. Chicago, Chicago University Press, 1976.

COLEMAN, J. Foundations of social theory. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

DICKSON, Eric S. Rational Choice Epistemology and Belief Formation. *Journal of Theoretical Politics*, v. 18, i. 4, p. 454-497, 2006.

DOWNS, Anthony. Uma Teoria Econômica da Democracia. Tradução Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: EdUSP, 1999.

DOWNS, Anthony. Théorie économique et théorie politique. *Revue Française de Science Politique*, v. 11, n. 2, p. 380-412, 1961. Disponível em: <www.persee.fr>. Acesso em: 21 maio 2014.

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

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. Martins Fontes, 2002.

EPSTEIN, Isaac. O paradoxo de Condorcet e a crise da democracia representativa. *Revista de Estudos Avançados*, v. 11, n. 30, p. 273-291, 1997.

- GREEN, Donald; SHAPIRO, Ian. *Pathologies of Rational Choice Theory: A Critique of Applications in Political Science*. New Haven: Yale University Press, 1994.
- GREEN, Donald; SHAPIRO, Ian. Choix rationnels et politique: pourquoi en savons-nous toujours aussi peu? Tradução Jean-François Baillon. *Revue Française de Science Politique*, v. 45, n. 1. 96-130, 1995. Disponível em: <www.persee.fr>. Acesso em: 21 maio 2014.
- FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. Tradução Eduardo C. Marques. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16. n. 45. 2001.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.
- KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. *Os Dois Corpos do Rei: Um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução Cid Knipel Moreira. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- LAKATOS, Imre. *Proofs and Refutations*. Cambridge: Cambridge University Press. 1976.
- LAKATOS, Imre. *The Methodology of Scientific Research Programmes: Philosophical Papers Volume 1*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.
- LAKATOS, Imre. *Mathematics, Science and Epistemology: Philosophical Papers Volume 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- MATHESON, Carl. *Historicist Theories of Rationality*. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2008. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/rationality-historicist/>>. Acesso em: 21 maio 2014.
- OLSON JUNIOR, Mancur. *The logic of collective action*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.
- POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*. In: POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1973.
- POSNER, Richard. O movimento da Análise econômica do direito. In: TEIXEIRA, Anderson V.; OLIVEIRA, Elton Somensi de. *Correntes Contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010.
- REIS, Fábio Wanderley. *Uma Teoria Econômica da Democracia*. In: DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*. Tradução Sandra Gardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: EdUSP, 1999.
- SOTOMAYOR, Marilda. Teorema da impossibilidade de Arrow. Paper, FEA-USP Disponível em: <http://www.econ.fea.usp.br/marilda/matematica/impossibilidade_arrow_novo.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2007.

SHAPIRO, Ian. Problem, methods, and theories in the study of politics, or what´s wrong with political science and what to do about it. *Political Theory*, v. 30, i. 4, 2002.

SHEPSLE, Kenneth A.; BONCHEK, Mark S. *Analyzing politics: rationality, behavior, and institutions*. New York: WWNorton & Company. 1997.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Fundo de Cultura, 1961.

WALRAS, Léon. *Eléments d'économie politique pure: ou, théorie de la richesse sociale*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976.

WALRAS, Léon. *Compêndio dos elementos de economia política pura*. Tradução João G. Vargas Netto. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

Capítulo III

*Expectativas imperativas**

De fato, as omissões inconstitucionais que violam direitos fundamentais têm sido muito discutidas no Brasil, porém o tema predominante ainda é a integração judicial de omissão legislativa. É que o Brasil desenvolveu garantias jurisdicionais específicas para superar esse tipo de omissões: aí estão o Mandado de Injunção e o Controle de Inconstitucionalidade por Omissão. São garantias que, nos últimos 23 anos, vêm recebendo soluções legislativas e jurisprudenciais evolutivas o que, por seu turno, vem definindo melhor o papel institucional que esses institutos devem desempenhar. É verdade que o alcance da aplicação desses institutos ainda é questionado, em muitos sentidos, mas não há mais resistências ideológicas quanto à identidade genética deles com o modelo de Estado Constitucional adotado pelo Brasil. E verdade, também, que ainda há alguma controvérsia quanto aos critérios e circunstâncias em que o Poder Judiciário poderia estar legitimado a integrar lacunas legislativas, mas é amplamente reconhecido o efeito garantista desses novos institutos em face das omissões do Poder Legislativo.

Tudo indica, porém, que os avanços científicos realizados em relação à compreensão da natureza jurídica dos direitos fundamentais, e em relação às condições de aplicabilidade desses direitos, estão a exigir mais aprofundamentos da dogmática brasileira dos direitos fundamentais. Outros aspectos das omissões inconstitucionais, para além das omissões legislativas, já vêm sendo exploradas e devem tornar-se cada vez mais importantes nos círculos especializados de investigações jurídicas.

3.1 OMISSÕES ILÍCITAS E/OU QUE CAUSAM DANOS

Em boa medida, as inovações institucionais, doutrinárias e jurisprudenciais em relação ao controle judicial das omissões legislativas inconstitucionais derivam de uma bem assentada tradição de judicialização de dois tipos de omissões: as que causam danos e as que frustram legítimas ou justas expectativas. As duas, por força da tradição, são desenvolvimentos do paradigma civilista-liberal do direito. Relevante é saber como essa tradição, e as inovações desenvolvidas para o controle das omissões legislativas pode ser útil a uma dogmática da eficácia dos direitos fundamentais densamente prestacionais, com são os de Segurança Social.

Quanto ao primeiro tipo de omissões, as que causam danos, há muito tempo que o paradigma civilista admite sua justiciabilidade. Nesse paradigma se desenvolveram institutos reparatórios e punitivos a serviço dos direitos violados por omissões que agridem bens jurídicos (públicos e privados). Aí estão a indenização (esfera civil) e a pena (esfera criminal).

No paradigma liberal, a omissão tornou-se, como dito antes, até mesmo penalmente relevante. Os ordenamentos jurídicos democráticos admitem que se alguém tem a obrigação legal de cuidado, de proteção ou de vigilância, e não cuida, **não protege**, nem vigia, pode estar cometendo um ilícito penal se a omissão é voluntária (consciente) ou fruto de um descuido injustificável. Também é penalmente relevante a omissão quando alguém assume a responsabilidade de impedir um resultado sancionado pelo direito penal e, omitindo-se, **não impede**; ou, ainda, quando o comportamento cria o risco da ocorrência de resultado penalizado e, mais uma vez, o sujeito não age para evitar a concretização desse resultado.⁹ A sanção penal imputada aos sujeitos que praticam esses tipos de omissão justifica-se, em primeiro lugar, porque alguém, com sua conduta omissiva,

⁹ Código Penal Art. 13 § 2º.

realiza a hipótese prevista num enunciado normativo que tem como consequência uma sanção penal (realiza um tipo penal). Em segundo lugar, por que frustra expectativas de ordenada e pacífica convivência social, portanto, viola um interesse público fundamental. A punição é uma espécie de justiça, da que protege o todo contra as agressões das partes.

O instituto da (b) responsabilidade civil é **análogo. Porém não exige conduta típica; apenas dano.** Desenvolveu-se no paradigma civilista como meio de proteger os bens jurídicos particulares daquelas ações e omissões que, por negligência, imprudência ou imperícia, violam direitos e causam danos¹⁰ a bens jurídicos civis. Nesse âmbito, a omissão é relevante, como explica para a doutrina da responsabilidade civil (DIAS, 2006, p. 150), quando há nexo de causalidade entre os danos e o comportamento negligente, ou seja, quando alguém não toma as precauções exigíveis, e deixa de fazer o que, por bom senso, é factível. A sanção civil reparadora se justifica como meio de equilibrar o exercício dos direitos civis e das liberdades individuais de modo a que nenhum particular seja autorizado a agredir o patrimônio particular alheio. É uma espécie de regra de justiça comutativa. A reparação civil decorre de uma filosofia de justiça restauradora.

A aplicação de tais institutos evoluiu das relações privadas para o direito público. Mas foi o mesmo paradigma civilista que lhes deu essa nova funcionalidade. O paradigma civilista, como se sabe, é afirmativo dos direitos civis e das liberdades individuais, que são direitos escassamente prestacionais. O propósito político da aplicação do controle judicial das omissões na esfera administrativa é superar vetustos argumentos autoritários, como o das razões de Estado, da irresponsabilidade da soberania estatal, da supremacia do interesse estatal e, assim, proteger a vida civil contra os usuais danos que ações e omissões da administração pública¹¹ podem causar - como de fato causam - ao patrimônio jurídico privado.

Omissões administrativas passíveis de responsabilização reparatória decorrem, normalmente, da negligência estatal em supervisionar bens e de executar serviços públicos a que, por lei, o Estado está obrigado. Nessa esfera administrativa os danos são causados tanto pela omissão da administração, quanto pela sua atuação insuficiente (tardia ou incompleta) (BANDEIRA DE MELLO, 2011). Num e noutro caso a atuação negligente/desidiosa da administração abre caminho para a ocorrência de danos ao patrimônio jurídico de particulares. Nesses casos, o não fazer da administração sujeita-a ao mesmo princípio de responsabilização que o paradigma civil-liberal desenvolveu para ser aplicado nas relações entre particulares, em suas obrigações privadas, qual seja: o princípio restaurador, decorrente da filosofia de justiça comutativa, segundo o qual aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.¹²

Há outros institutos jurídicos igualmente importantes para a compreensão do regime de controle judicial das omissões. Se os institutos da indenização e da pena são garantias reparatórias (uma) e punitivas (outra) de omissões que causam danos a bens jurídicos civis e penais, como visto, o ordenamento jurídico não se limita, por certo, a regular apenas esse tipo de omissões (as que causam danos). Há outros institutos jurídicos criados com o propósito de propiciar segurança jurídica diante de omissões.

¹⁰ Código Civil Art. 186.

¹¹ Constituição da República, Art. 37 § 6º.

¹² Código Civil, Art. 186.

Veja-se, por exemplo, a aplicação do (c) instituto processual da tutela inibitória positiva. Essa é uma garantia jurisdicional estabelecida no direito brasileiro para que alguém possa buscar, em juízo, proteção preventiva de ilícito ou de dano. A tutela inibitória positiva é uma ordem judicial constitutiva de um dever de agir. Havendo omissão indevida, é providência judicial para que o omissor saia de seu estado de inércia (se evidenciado que esse estado, que ainda não causou danos está, por sua natureza, na iminência de causá-los). A omissão de uma parte gera uma circunstância de real perigo de dano para a outra. O pedido de tutela inibitória positiva é a medida hábil para provocar a jurisdição e prevenir a parte ameaçada por tais perigos, isto é, para protegê-la das consequências ilícitas ou danosas que advirão desse estado de desconsideração da outra parte. Imaginar que a tutela inibitória somente pode impor um não-fazer (tutela inibitória negativa) é esquecer que o próprio direito processual (arts. 461, CPC e 84, CDC) dá ao juiz o poder de impor um fazer quando foi pedido um não fazer com o objetivo de viabilizar uma tutela jurisdicional mais efetiva (MARINONI, 2011).

Outro bom exemplo de aplicação do controle judicial das omissões é o instituto processual dos (c) embargos declaratórios. Essa conhecida garantia processual também serve para proteger os jurisdicionados contra omissões, agora de pronunciamentos judiciais¹³ nos autos de um processo. Pouco importa se a omissão é voluntária ou não. É instituto que garante o direito ao pronunciamento judicial íntegro em relação ao(s) pedido(s) levados à justiça.

A tradição civilista-liberal reconheceu que as omissões podem ser ilícitas e/ou causar danos. Nessa medida, reconheceu que as omissões podem ferir direitos civis (justiça na esfera privada), podem agredir bens jurídicos de acentuado interesse público, rigidamente protegidos por sanções penais (justiça na esfera pública), como podem, além disso, comprometer direitos processuais. Numa palavra, poder-se-ia dizer que o paradigma civil-liberal reconheceu que as omissões podem ferir direitos fundamentais. Deve-se admitir, então, que as omissões, no âmbito da tradição civilista, são amplamente regidas por um sistema de princípios e regras destinados a (1) preveni-las; (2) a garantir reparação de danos por elas causados e (3) a punir os omitentes. O controle judicial das omissões ilícitas e/ou que causam danos é assunto bem conhecido e intensamente mobilizado pelas leis e pelos tribunais.

A análise das diferentes situações de judicialização das omissões, no âmbito do paradigma civilista, permite ver a grandeza do patrimônio jurídico legado por essa tradição. Essas situações revelam cuidadosa disposição, das últimas gerações, em proteger e promover direitos fundamentais patrimoniais e de liberdade individual. Há, sem dúvida, um edifício jurídico civil-liberal das omissões. Esse edifício há de ser o ponto de partida da teoria das omissões no âmbito dos direitos fundamentais densamente prestacionais. O exercício regular de direitos no Estado constitucional, que é formado por um complexo sistema de direitos constitucionais, precisa recepcionar essa tradição civilista. Só assim a teoria do Estado constitucional poderá cumprir a agenda da indivisibilidade, interrelação e interdependência dos direitos fundamentais.

¹³ Código de Processo Civil, Art. 535, II.

3.2 OMISSÕES QUE FRUSTRAM LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS

Depois de analisar as várias nuances das omissões que causam danos, é indispensável discorrer sobre a segunda forma de omissões, as que frustram expectativas. Pela orientação dada pela versão mais conservadora dos direitos civis-liberais, o conceito das expectativas não se confunde com o de direito. Essa tradição se acostumou a admitir uma natureza, por assim dizer, subjetiva das expectativas (espécie de estado de ânimo). Por outro lado, admitiu a natureza objetiva dos direitos (espécie de legalidade e de jurisprudência). Isso significa, entre outras coisas, que a frustração de expectativas não poderia ser justicializada, dada a sua natureza externa ao direito.

A jurisprudência que será analisada a seguir, contudo, evidencia que a expectativa, atualmente, é categoria que não se restringe à condição de antecedente de um direito, como ordenou o paradigma civil-liberal. Revela mais: explícita que a jurisprudência brasileira incorporou uma noção forte de expectativa à qual lhe empresta natureza jurídica de direito subjetivo. Essa jurisprudência tem sido respaldada pela doutrina privatista¹⁴, tudo em nome da proteção da confiança.

Caso constitucional exemplar de aplicação da noção de expectativa com efeito imperativo é o julgamento, no Supremo Tribunal Federal, da ADPF 167-6. O tema diz respeito com a competência recursal (ou originária) do Tribunal Superior Eleitoral para julgar Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED). Nesse caso, um partido político (o PDT) reclamou revisão jurisprudencial de decisão do Tribunal Superior Eleitoral em face de “texto claro e preciso” de regra constitucional de competência recursal, o art. Art. 121 § 4º, III

Apesar de o texto constitucional ser explícito quanto à competência recursal (e não originária) do Tribunal Superior Eleitoral, o Supremo Tribunal Federal (em decisão plenária e por maioria) entendeu que a regra constitucional invocada não poderia prevalecer, por duas razões: a primeira, relativa à segurança jurídica; a segunda, relativa à natureza jurídica do referido § 4º. do Art. 121. Por essa última razão a Corte entendeu que o § 4º. do Art. 121 não tem natureza jurídica de preceito fundamental do sistema constitucional brasileiro. Por isso (razão preliminar), o caso não seria de analisar por via de ADPF. De acordo com a primeira razão – determinante para gerar a convergência de entendimentos – seguir o § 4º. do Art. 121 seria contrariar as justas expectativas dos jurisdicionados estabelecida e mantida ao longo de quatro décadas de firme jurisprudência eleitoral.

No voto que proferiu no Tribunal Superior Eleitoral, o ministro José Delgado, lembrou que há mais de 40 anos o Tribunal Superior Eleitoral sustenta o entendimento de que, por simetria constitucional, o órgão que julga o pedido de registro de candidato e expede o diploma dos eleitos não deve julgar o recurso contra o ato da diplomação. Esse seria, portanto, um entendimento ultrassedimentado (p. 643) na jurisprudência brasileira. No entendimento do Ministério Público Federal, eram fortíssimas as razões de manutenção da jurisprudência impugnada tendo em vista o fato de que ela se cristalizou há mais de quatro décadas e que os atores políticos relevantes têm pautado nela a sua atuação (BRASIL, 2009a).

Importa notar, para os propósitos deste trabalho, que o plenário do Supremo Tribunal Federal e o parecer da Procuradoria Geral da República convergem: devia a Justiça manter a orientação jurisprudencial de quarenta anos, mesmo que contra a letra da Constituição da República. Tudo parece indicar que as expectativas desses protagonistas eleitorais não eram meras expecta-

¹⁴ Ver, quanto a isso, o excelente trabalho de Branco (2002).

tivas, mas expectativas tão vinculantes que deveriam prevalecer, em caso de eventual colisão (ou conflito), com regra constitucional de competência.

A jurisprudência reconhece, como se vê, que uma situação jurídica que se consolida ao longo de muito tempo de prática reiterada cria legítimos direitos subjetivos. E isso não só no caso de haver jurisprudência uniforme sobre o tema, dado que por este ângulo se poderia dizer que a expectativa foi gerada pelo próprio Estado, por via da interpretação oficial do direito. Não. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que a administração pública também se sujeita a reconhecer direitos subjetivos criados pela simples fluência de longo período de tempo de tolerância com uma determinada prática social. Ao tolerar, por longo prazo, uma prática, o Estado “[...] culmina por consolidar justas expectativas no espírito do administrado e, também, por inculcar, nele, a confiança da plena regularidade dos atos estatais praticados.” (BRASIL, 2011).

O uso do termo expectativa jurídica pela jurisprudência, porém, não é unívoco. Há pelo menos dois usos regulares dessa expressão, como se depreende das decisões anteriores: por um lado, mera expectativa e, por outro, justas expectativas. A jurisprudência dos tribunais superiores distingue de modo explícito uma de outra, estabelecendo, assim, uma qualidade jurídica diferenciada para ambas. O que se vai evidenciar agora é o sentido forte que a expressão justa expectativa assumiu na jurisprudência brasileira.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça adota a noção de justas expectativas em questões que envolvem, sobretudo, responsabilidade civil por ato ou omissão irregular de particulares. Aplica, nesses casos, o que se denomina de “doutrina da perda de uma chance”. Para o referido Tribunal, “desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética” as expectativas são justas e pode haver lesão indenizável em caso de frustração injustificada (BRASIL, 2010).

O direito das relações civis, portanto, distingue a mera expectativa daquelas outras, mais “sérias, reais e razoáveis”. Estas aparecem sempre que alguém, podendo evoluir para uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. Esse ilícito, por tudo que se sabe, pode ser uma omissão.

Há outras ocasiões para aplicação do argumento das justas expectativas ou expectativas legítimas, como categoria diferenciada de expectativas. Trata-se de seu uso no âmbito das relações de trabalho. Nesse ramo é bem assentado, por exemplo, o uso do argumento da boa-fé objetiva. É conceito que se aplica largamente, tanto nas relações pré-contratuais, quanto nas contratuais e pós-contratuais.

No âmbito das relações trabalhistas pré-contratuais, “[S]e a parte que deixa de celebrar o contrato, após gerar na outra a justa expectativa de que iria concluí-lo, desatende o dever de lealdade, como também os deveres instrumentais de informação, de aviso e esclarecimento, sendo passível de reparar o correspondente dano.” (BARACAT, 2003, p. 123).

E mais, “[...] a responsabilidade pós-contratual tem como fonte a boa-fé objetiva. A confiança requer a proteção, no período subsequente ao da proteção do contrato das expectativas provocadas na sua celebração [...]” (BARACAT, 2003, p. 134).

Mas não é só nas relações contratuais que o conceito se aplica no direito do trabalho. O caso da estabilidade provisória (ou não) dos membros eleitos como suplentes de uma Comissão Interna de Proteção contra Acidentes é bom exemplo de aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, do conceito de justas expectativas noutro âmbito, o da representação profissional no ambiente de trabalho.

Assim que publicada a Carta de 1988, havia dúvidas sobre se a imunidade provisória contra despedida arbitrária, ou sem justa causa, garantida para os empregados que ocupam cargos de direção nas Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA). A polêmica era por causa da pretensão trabalhista de estender tal estabilidade provisória, igualmente, aos membros suplentes da CIPA. É certo que os suplentes não têm as mesmas competências dos titulares, posto que, à primeira vista, apenas os que ocupam cargo de direção (é o texto do Art. 10, II, a do ADCT da Constituição da República) deveriam aproveitar essa proteção especial. Numa leitura textual, o suplente teria a mera expectativa de estabilidade, pois não “dirige”, efetivamente, uma CIPA; o que o suplente tem, *prima facie*, é mera expectativa de dirigi-la.

Essas são hipóteses. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendeu que essa expectativa de direito do suplente da CIPA, não é mera, mas especial, ou justa. Por isso decidiu que “[...] indeferir essa garantia e permitir a dispensa arbitrária ou sem justa causa [de suplentes] seria [frustrar] a expectativa de direito daquele que, eventualmente, poderá vir a exercer a titularidade do cargo.” (BRASIL, 1997).

Como se vê, a doutrina das justas expectativas, ou das expectativas legítimas - razoáveis, sérias e reais, isto é, fundadas na boa-fé, na ética e na segurança jurídica - já não pode ser tratada como questão de mera hipótese teórica: é noção amplamente adotada pela jurisprudência brasileira. Sua aplicação abrange as relações políticas, civis, administrativas e trabalhistas; ou seja, os domínios dos contratos de direito privado, dos atos unilaterais, dos contratos de direito público e dos contratos de direito social.

É evidente que tal orientação é construção jurisprudencial a desafiar o sentido ético dos contratos e dos atos unilaterais de qualquer pessoa jurídica, ao menos tal como desenvolvido mais tradicionalmente pelo paradigma civil-liberal. Parece evidente, também, que em todos os casos em que o conceito de justas expectativas foi invocado, não era só um interesse particular que estava em questão. Em todos os casos, a jurisprudência procurou resguardar a força jurídica dos atos e contratos desde que adequados a uma certa concepção de bem comum, ou seja, a uma concepção que não tolera um uso arbitrário do direito.

Essa atuação da jurisdição em defesa de justas expectativas - e não só de direitos - ou seja, a atuação da jurisdição em defesa de uma noção ampliada de bem jurídico, parece ser em tudo, e por tudo, perfeitamente captada pela categoria das expectativas imperativas, quando aplicada no âmbito dos direitos fundamentais densamente prestacionais. Nesse contexto as expectativas decorrem dos princípios do sistema de direitos constitucionais, princípios que são admitidos como normas jurídicas e que precisam, por isso, ser efetivadas na maior medida possível, pelos poderes da República (órgãos legislativos, instituições de garantia) e pela sociedade.

3.3 OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

As omissões inconstitucionais relevantes, isto é, que obstem a efetivação dos direitos fundamentais de Segurança Social, não têm natureza apenas legislativa. Ainda que a integração judicial de omissões legislativas contemple um evidente aspecto inovador - e, seguramente, impulsionador da eficácia dessa categoria de direitos fundamentais - a arena legislativa (e o respectivo dever de prestação legislativa) é apenas, e talvez, a primeira forma de satisfazer as expectativas

de efetivação desses direitos fundamentais. A prestação legislativa, a rigor, é apenas a forma civil-liberal de responder a essas expectativas.

Omissões relevantes, e que afetam a eficácia dos direitos fundamentais de Segurança Social podem ocorrer, igualmente, na arena civil. As omissões civis são pouco exploradas pela dogmática dos direitos fundamentais densamente prestacionais. Isso porque a complexidade e grandeza da natureza prestacional desses direitos é subdimensionada pela teoria. Há uma forte inclinação da doutrina jurídica em atribuir deveres prestacionais de Segurança Social ao Estado. O que é absolutamente certo, dada a profusão de regras e princípios que constituem obrigações prestacionais para o ente estatal. Por outro lado, quase nada se diz quanto aos deveres dos particulares para com o sistema de Segurança Social.

Vejam-se, para ilustrar, as obrigações de fazer que a ordem jurídica dirige a empregadores, nas relações de trabalho. Há muitas obrigações desse tipo destinadas a proteger, por exemplo, a saúde dos trabalhadores. É evidente que toda omissão em relação a esse tipo de obrigações é ilícita e pode causar danos a direitos fundamentais. O controle judicial dessas omissões, no Brasil, é plenamente institucionalizado, especializado e justificável. Injustificável é, no entanto, atrelar essas omissões exclusivamente aos direitos fundamentais do trabalho quando, por evidente, agridem também os direitos fundamentais de Segurança Social. As omissões civis também podem ocorrer também no âmbito das relações jurídicas tributárias. Nesse caso, como decorrência do dever universal de financiamento solidário do sistema de Segurança Social. Omissões em relação ao custeio do sistema não são apenas ilícitos tributários, mas evidentes ilícitos securitários.

Além da arena legislativa e civil, muito afetam a eficácia dos direitos fundamentais de Segurança Social as omissões da arena administrativa, posto que o Estado assume, perante o concerto internacional de nações, o dever de implementação progressiva dos direitos fundamentais sociais¹⁵. E no âmbito do direito interno, o Estado democrático assume o encargo de ser responsivo, ou seja, de não ser omisso em face das expectativas de concretização de direitos fundamentais.

Tudo parece indicar que, em sede de direitos fundamentais sociais, um adequado tratamento das omissões e das prestações insuficientes pode fornecer elementos capazes de esclarecer quais são as circunstâncias causadoras de restrição tolerável. Ou seja, o delicado tema da violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais densamente prestacionais, como são os da Segurança Social, demanda uma abordagem teórica própria em relação ao problema das omissões e das prestações insuficientes. Mas o ponto de partida dessa abordagem há de ser uma teoria das expectativas adequada à natureza prestacional desses direitos à saúde, previdência e assistência social; e (2) capaz de iluminar a atuação judicial diante de omissões excessivamente restritivas ou violadoras desses direitos. Esse parece ser um aspecto central da teoria da eficácia dos direitos fundamentais.

3.4 EXPECTATIVA IMPERATIVA: CATEGORIA-CHAVE

As expectativas, normalmente, são dadas como externas ao direito. Isso quer dizer que a categoria tem sido útil no desenvolvimento de análises sociológicas, talvez mais até do que ao desenvolvimento da dogmática ou da teoria geral do direito. Um importante ramo da teoria so-

¹⁵ ONU. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966, Art. 2°.

ciológica, denominado de escola funcionalista, deu ampla aplicação ao conceito, com o intuito de realizar uma análise do direito enquanto sistema autopoiético, componente essencial de um sistema social complexo. Esse uso sociológico, útil para a investigação do direito e de suas funções no sistema social, tem pouco efeito, até onde se pode ver, nos esforços para compreender as funções da jurisdição na tutela dos direitos fundamentais densamente prestacionais.

Contudo, a aplicação das expectativas que, de fato interessa, aqui, é a que lhe toma como categoria justificável. Há algumas áreas que especializaram o uso desse termo e que, seguramente, sensibilizaram a jurisprudência. Uma é a área do direito contratual (civil, trabalhista, consumo) em especial as discussões sobre a proteção das relações pré-contratuais. A outra é a do direito administrativo, com aplicação inovadora do conceito nas relações de tolerância fiscais e de poder de polícia do Estado para com situações aparentemente ilícitas dos administrados. Nesses casos, a expectativa protegida é a decorrente da proteção da confiança estabelecida entre as partes. Nos dois casos o que se almeja é a não turbção do status alcançado pelas partes, se esse status decorre de relacionamento baseado na boa fé das partes. Aí se enquadram situações como a do benefício fiscal inválido, a segurança do consumidor em face do risco do consumo de massa, a tolerância do locador para situações não previstas no contrato, a tolerância da administração pública para com práticas irregulares, porém de baixo efeito lesivo ao interesse público. Essas variações interessam muito à teoria dos direitos fundamentais de Segurança Social, visto que revelam uma aplicação inovadora da noção de expectativa, de modo a protegê-la como verdadeiro direito subjetivo.

A teoria garantista do direito, que é uma teoria geral do direito e da democracia constitucional, no entanto, elevou a categoria das expectativas ao primeiro nível de importância. A razão disso não é meramente especulativa. É que, como demonstra Ferrajoli na sua recente obra (FERRAJOLI, 2007),¹⁶ as expectativas desempenham um papel central para a compreensão da fenomenologia do dever ser constitucional. Essa é, seguramente, uma abordagem que muito interessa a uma teorização das funções constitucionais da jurisdição diante de direitos fundamentais densamente prestacionais.

Ferrajoli explica que se, por um lado, o direito poderia continuar a ser interpretado como um sistema deontico semelhante aos demais (moral e costumes) já que, como qualquer sistema deontico seria estruturado por meras expectativas, frustrações e condutas convergentes com as expectativas (espontâneas ou forçadas). Por outro, adverte, o direito é um sistema deontico com especificidades. Tal distinção reside no fato de que o direito é um sistema deontico estruturado por garantias primárias e secundárias. As primárias significam a previsão de uma obrigação ou dever, as secundárias, a sancionabilidade de comportamentos ilícitos ou anulação de atos inválidos (FERRAJOLI, 2007, p. 166). Ora, essa especificidade garantista do direito está a serviço, precisamente, da neutralização das frustrações de expectativas.

É bom notar que em nome de uma adequação da expectativa jurídica a uma teoria positivista do direito, o uso da expressão teve de ser especializado. As expectativas assumiram, em Ferrajoli, um status imperativo porque são garantidas por obrigações e proibições (FERRAJOLI, 2007, p. 651, tradução nossa). As expectativas jurídicas garantidas por obrigações e proibições foram transformadas, por Ferrajoli em direito subjetivo. Assim, quando há um direito em sentido

¹⁶ Ver, também, Cademartori e Strapazzon (2010).

positivo ou em sentido negativo, para Ferrajoli, o titular do direito subjetivo tem, em favor de si, uma expectativa imperativa (positiva ou negativa). Aí estão as obrigações de prestar e as proibições de causar lesão (FERRAJOLI, 2007: 653, tradução nossa). Para o garantismo, portanto, “[...] direito subjetivo é qualquer expectativa [garantida] de prestação ou de não lesão.” (FERRAJOLI, 2007, p. 641, tradução nossa).

As expectativas decorrentes de obrigações e proibições não são, portanto, para o garantismo, elementos externos ao direito; meras intenções ou quase-direitos. Para Ferrajoli, todas as expectativas jurídicas, mesmo quando incluem uma faculdade, podem ser caracterizadas como direitos subjetivos de não lesão ou de prestação (FERRAJOLI, 2007 p. 86 e 641, tradução nossa). Isso significa que se é permitida uma comissão, então não pode haver expectativa de sua omissão; se é permitida uma omissão, então não haverá expectativa de comissão. Por outro lado, se não é permitida uma comissão então, sim, haverá expectativa de omissão; se não é permitida a omissão, seguramente haverá expectativa de comissão (FERRAJOLI, 2007, p. 152, tradução nossa).

De acordo com garantismo, reitere-se, as expectativas de comissão e de omissão são fenômenos jurídicos imperativos, porque não há direitos não garantidos, todos são perfeitos direitos subjetivos justiciáveis (FERRAJOLI, 2007 p. 151 e 651, tradução nossa; FERRAJOLI, 2008, p. 63). Para não deixar dúvidas, Ferrajoli classificou os direitos subjetivos em quatro tipos. Essa é uma classificação que assume alta relevância para este trabalho, sobretudo a definição proposta para direito-pretensão, em face de sua correlação com a noção de expectativa e, até mesmo, com a noção de pretensão de correção moral, elaborada por Alexy.

Assim explica o autor do *Principia Iuris*:

O uso corrente do termo “direito subjetivo” em direito revela quatro tipos de direitos: 1. Direitos-potestade: do qual decorrem os direitos potestativos que consistem na faculdade de criar atos preceptivos (imperativos), como ocorre com o direito de propriedade; 2. Direitos-faculdade: do qual decorrem os direitos de mero comportamento, de palavra, de associação, reunião. São as clássicas liberdades fundamentais. 3. Direitos-imunidade: do qual decorrem os direitos negativos de não violação, como o direito à vida, à liberdade pessoal, integridade física, à paz, defesa do ambiente; 4. Direito-pretensão: do qual decorrem as expectativas positivas de prestação, como os direitos de crédito e os direitos sociais. (FERRAJOLI, 2007, p. 639, tradução nossa).

Por outro lado, há autores, como Neil MacCormick (2007), que rejeitam a existência de pretensões ou expectativas no ordenamento jurídico. A crítica sugere que o direito, diferente das pessoas naturais, é uma ordem normativa e, nessa medida, é um estado de coisas, não é um ser em condições de produzir qualquer tipo de pretensão ou de expectativas. Essas seriam características dos seres humanos; não do ordenamento jurídico.

O que importuna MacCormick, na verdade, é a tese de Robert Alexy (2011) segundo a qual o direito tem uma dimensão ideal caracterizada por uma pretensão de correção moral. A dimensão factual do direito seria formada por elementos de autoridade e de eficácia; a ideal pelas diretrizes morais dos direitos humanos. Para Alexy, não é correta a definição de que o direito são fatos (atos humanos e normas), não, ao menos, nos regimes democráticos e fundados num constitucionalismo discursivo. Nesses regimes o direito objetivado nos ordenamentos sempre é guiado por uma pretensão de correção moral que não autoriza afirmar que os fatos sejam, por si sós, jurígenos.

A melhor prova disso seria imaginar um dispositivo constitucional como o seguinte: “[...] X é uma nação soberana, federal e injusta” (ALEXY, 2011, p. 40). Esse dispositivo é considerado tão absurdo na cultura jurídica ocidental que, segundo Alexy, bem revela o quanto a justiça, nos Estados Constitucionais, funciona como um caso especial de correção moral do direito.

Alexy deseja evidenciar, com isso, que nos regimes democráticos que contemplam direitos constitucionais, o ordenamento jurídico é formado por uma dimensão moral decorrente da natureza moral dos direitos humanos. A seu ver, todo o esforço internacional de posituação dos direitos humanos, ou seja, de conversão dos direitos humanos em direitos positivos internos, é um esforço que visa, precisamente, conectar a dimensão ideal à dimensão real do direito (ALEXY, 2011, p. 48). Desse modo, os ordenamentos jurídicos que contam com (1) procedimentos democráticos de produção legislativa, (2) com procedimentos jurídicos de judicial review e com um sistema complexo de (3) direitos fundamentais são ordenamentos que, inafastavelmente, têm uma ordem jurídica positiva dotada de uma pretensão de correção moral.

A crítica de MacCormick, se acertada, pode comprometer a funcionalidade técnica de categorias jurídicas que têm conexão explícita com a dimensão ideal do direito, isto é, com sua dimensão moral. Por outro lado, não há dúvidas de que no âmbito das delicadas questões de eficácia dos direitos fundamentais densamente prestacionais, a judicialização das omissões e das expectativas está fortemente atrelada a essa dimensão moral do direito. É que a interpretação das condições de eficácia dos direitos, como os de Segurança Social, é uma interpretação informada pela filosofia, doutrina, estatutos e pelos precedentes relativos a direitos humanos.

Muito embora as objeções de MacCormick mereçam atenção, a doutrina e a jurisprudência brasileira parecem adotar o alinhamento doutrinário de Alexy. Já admitem, como visto nos casos antes analisados, que o direito é impregnado de conteúdo ético, social e jurídico, e que as relações jurídicas formais estão profundamente afetadas por elementos morais, tais como a boa-fé objetiva e a proteção da confiança, mesmo em direito público (BRASIL, 2004).

Aceitar o argumento de MacCormick significa recusar, para dizer o mínimo, a natureza dual dos direitos fundamentais constitucionais. Em consequência, significaria recusar amparo judicial a “expectativas de direitos” que não sejam “direitos subjetivos” em sentido tradicional. Mais ainda, seria recusar proteção judicial a direitos fundamentais não compatíveis com os da noção civil-liberal. Significaria, por fim, abandonar qualquer projeto que exija a proteção jurídica de institutos que divisam o jurídico e a ética. Isso, no entanto, não se coadunaria com a evolução da doutrina jurisprudencial e teórica brasileira.

Hoje é possível afirmar que a teoria brasileira da eficácia dos direitos fundamentais de Segurança Social deve partilhar dos avanços já alcançados pela doutrina das justas e legítimas expectativas. Não há mais razões para que todos os institutos jurídicos que produzem expectativas sejam tratados pela doutrina dos direitos fundamentais como externos ao direito. Expectativas, no Brasil, não são meras esperanças sem consequências justiciáveis.

Partilhar dos avanços alcançados pela doutrina civil-liberal, no entanto, não é o mesmo que reproduzi-la fielmente no âmbito dos direitos de Segurança Social. É que essa doutrina não alcança a natureza e força normativa dos direitos sediados no texto constitucional. É por isso que neste trabalho sustentamos que as expectativas em relação a efetivação de direitos fundamentais sociais densamente prestacionais devem ser protegidas de modo ainda mais cuidadoso, dado que as expectativas de status constitucional são revestidas de especial rigidez. São expectativas du-

radouras, transgeracionais e irrevogáveis. Como não há promessas constitucionais inconsequentes (BRASIL, 2000), a teoria brasileira dos direitos fundamentais deve reconhecer a natureza imperativa das expectativas prestacionais inerentes aos direitos fundamentais de Segurança Social.

É por isso que as expectativas geradas pelos direitos fundamentais densamente prestacionais, como são os direitos fundamentais de Segurança Social, não podem ser destituídas de proteção jurídica. Há de serem desenvolvidos critérios razoáveis para que as omissões legislativas, civis, administrativas nesse âmbito possam ser criteriosamente analisadas pelo Poder Judiciário. Comportamentos omissivos em face de expectativas imperativas sempre podem ser judicializados a fim de se constatar a razoabilidade dos motivos da omissão. Toda e qualquer omissão em face de expectativas imperativas há de ser, por isso, plenamente justificável. Um bom parâmetro, nessa direção parece ser o seguinte: se o Estado de Direito não tolera ilícitos (por ação ou omissão); o Estado Constitucional não tolera ilícitos nem arbitrariedades, sejam elas decorrentes de ações ou de omissões. Numa palavra, nenhuma omissão em face de direitos fundamentais de Segurança Social podem ser arbitrária.

Portanto, neste trabalho se pressupõe que instituições, institutos, princípios e razões destinadas a garantir relações jurídicas não arbitrárias (de particulares entre si, ou da cidadania em face do Estado, ou do Estado em face da cidadania), representam claros avanços civilizatórios. Tais avanços alinham-se ao desenvolvimento de uma cultura jurídica que há muito protege interesses e expectativas particulares contra omissões ilícitas. Alinham-se, igualmente, com os esforços envidados para aprimorar o inacabado regime republicano. Regimes republicanos bem acabados não toleram o exercício arbitrário do poder, seja por ação, seja por omissão.

Nos regimes republicanos (ao qual a noção de Estado de Direito e a de Estado Constitucional se filiam) o controle judicial das omissões civis ilícitas é uma sofisticação do modelo de responsabilização civil, pois tanto a cidadania quanto as autoridades, em condições de igualdade, são responsabilizadas civil e penalmente pelos danos causados. Nesses regimes, o controle judicial das omissões políticas e legislativas é uma sofisticação, porém do modelo de responsividade democrática. É que o dever de responder às expectativas políticas de eleitores, e de corresponder às expectativas imperativas positivadas no direito constitucional, é condição de legitimidade da democrática dos Estados Constitucionais (DAHL, 1997).

O movimento de controle judicial das omissões arbitrárias em sede de direitos fundamentais densamente prestacionais é, assim, muito mais importante para a democracia do que as análises exclusivamente dedicadas à politização da justiça costumam sugerir. Se é um meio de expandir as funções políticas da jurisdição, por outro lado, é um passo decisivo para garantir a responsividade do sistema de governo e, nessa medida, a legitimidade da democracia. Essa dimensão garantista do judicial review é uma relevantíssima característica do sistema brasileiro de direitos constitucionais, e decorre do desenho institucional oferecido pela Constituição de 1988 a esta República.

3.5 TUTELA JUDICIAL DE EXPECTATIVAS IMPERATIVAS

A posição mais recente do STF, como se pode ver na análise do caso da STA 175, no último capítulo, em relação à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde é muito moderada. Mas o Poder Judiciário brasileiro tem-se posicionado como guardião da responsividade

governamental e vem tutelando pedidos de judicialização de omissões reputadas inconstitucionais, mesmo em sede de políticas públicas. As bases doutrinárias para judicializar políticas de fornecimento de medicamentos, a rigor, vem do entendimento esposado na ADPF 45 MC/DF, de 04.05.2004, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal afirmou a plena legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de efetivação de políticas públicas, desde que configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental.

Quanto ao argumento de que a condenação solidária da União, Estados e Municípios provocaria desordem ao sistema constitucional federativo, a Corte considerou que a decisão teria deixado claro existir jurisprudência que afirma a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde (RE 195192/RS, DJU de 31.3.2000 e RE 255627/RS, DJU de 23.2.2000, RE 566471/RN, DJE de 7.12.2007). No Brasil, diferente do *Sistema Nacional de Saúde* criado pela Constituição portuguesa, esse é um dever constitucional de todas as unidades federadas, visto que o sistema de saúde brasileiro é único, razão pela qual o Art. 23, II da Constituição determina que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios construir um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas.

3.6 CRÍTICA

As decisões aqui analisadas, sobretudo a do Supremo Tribunal Federal em matéria de fornecimento de medicamentos, evidenciam a natureza garantista da jurisdição constitucional contemporânea. Neste trabalho procurou-se evidenciar que tutela jurisdicional das legítimas expectativas contra omissões ilícitas, omissões que causam danos e quaisquer formas de omissões arbitrárias que frustram expectativas imperativas é plenamente justificável. É que, como demonstra Robert Alexy, em ordenamentos jurídicos dotados de direitos fundamentais constitucionais, tais direitos têm uma natureza dual, e a pretensão de correção moral das ações e omissões é um imperativo do sistema.

A visão atual da indivisibilidade, irrevogabilidade, progressividade e interdependência de todos os direitos fundamentais reclama que as funções jurisdicionais atuem como guardiãs das expectativas imperativas do sistema de direitos constitucionais; e essa função garantista deve ser exercida em sintonia com o ethos republicano vinculante da atuação da Jurisdição, qual seja, a de atuar com o firme comprometimento de coibir todas as manifestações arbitrárias de dominação ou de exercício do poder. Em sistemas constitucionais dotados de direitos fundamentais densamente prestacionais a jurisdição é função da república e o Judiciário é instituição de garantia de efetivação da responsividade do sistema de governo. Essa atuação jurisdicional, quando prudente, não é inconstitucional. Bem ao contrário, é uma homenagem ao princípio das relações harmônicas entre os poderes para cumprir a teleologia constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Law of Ukraine*, v. 1, p. 39-50, 2011. Disponível em: <http://pravoua.com.ua>. Acesso em:

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARACAT, Eduardo Milleo. *A boa fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2003.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 10. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, p. 169-225, 2002.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 167. Parecer n. 448. 17 set. 2009a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1190180-RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: Manfredo Erwino Mensch. Recorrido: Onofre Dal Piva. Brasília, DF, 16 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 28.821-DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 14 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira. Arguido: Presidente da República. Brasília, DF, 29 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.268-MG. Brasília, DF, 05 fev. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 205.701-SP. Relator: Ministro Maurício Correa. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 01 dez. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 271.286-8, RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 set. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo de Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 167-6. Relator: Min. Eros Grau. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Tribunal Superior Eleitoral. Brasília, DF, 01 out. 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada, n. 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 set. 2009c.

CADEMARTORI, Sergio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. *Pensar*, n. 15.1, p. 278-302, 2010.

DAHL, Robert. Poliarquia: participação e oposição. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EdUSP, 1997.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. São Paulo: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia. Roma: Laterza, 2007.

LANGDORF, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica. *SUR*, v. 6, n. 11, p. 99-133, 2009.

MACCORMICK, Neil. Why law makes no claims. In: PAVLAKOS, George. *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 59-67.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=32>>. Acesso em: 30 set. 2011.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos sociais fundamentais, seguridade e a cláusula da “reserva do possível”: garantias e eficácia em casos julgados no Brasil. *Jurispoiesis*, v. 13, p. 149-165, 2010.

* Este capítulo é a versão final, revisada e ampliada, de um paper para discussão apresentado no II Ciclo de Debates “Direitos Fundamentais e o STF”, do Curso de Direito da Unoesc-Joaçaba, realizado em 29 de setembro de 2011.

Capítulo IV

*Responsividade governamental, democracia social
e análise de leading cases*

As políticas sociais são formas de intervenção estatal que afetam diretamente a dinâmica dos sistemas econômicos, o bem-estar social, as instituições sociais e as relações sociais. Existem para promover redistribuição de riqueza, estimular a produção econômica e a segurança coletiva. As políticas sociais, por isso, podem ser vistas como aliadas da política econômica na realização dos objetivos nacionais.

Há, no entanto, importantes críticas contra esse entendimento. Algumas delas têm matriz acentuadamente ideológica, pois associam os princípios da solidariedade e da universalidade, que fundamentam o conjunto dos direitos do welfare state, ao avanço da estratégia comunista (GOLDWATER, 1987), outras são estruturadas em argumentos de eficiência econômica (FRIEDMAN, 1962; GILDER, 1982), procuram evidenciar que os gastos públicos com políticas de proteção social resultam em catastróficas inconsistências sistêmicas, como a inflação e a perda de competitividade econômica que pioram, no fim, as condições gerais de vida da população-alvo das políticas sociais. Há outras críticas baseadas em questões morais, procuram salientar que a moral cívica resultante do welfare state é geradora de dependência. Muitos autores trataram dos processos políticos como um caminho para a dependência (LIPSET; ROKKAN, 1967), mas há críticas específicas dirigidas aos programas do welfare state como soluções que estimulam as pessoas a ficar em casa, em vez de atuarem no mercado de trabalho, e de se tornarem produtivas (WILSON, 1985). É como se os programas de Segurança Social estimulassem uma cidadania dependente do Estado.

Mesmo diante desses, e de outros discursos críticos, a maioria dos quais oriundos do pensamento liberal ou conservador,¹⁷ e outros tantos advindos até do pensamento progressista (ESPING-ANDERSEN, 1990), as políticas sociais ainda são uma forma de prestação direta de bem-estar pelo Estado. São programas de saúde, ajudas financeiras diretas a indivíduos ou a famílias, intervenções regulatórias redistributivas que vão de reformas fundiárias a tributação progressiva, além de variadas modalidades de prestação direta de bens (moradia, alimentos, educação etc.) (UNRISD, 2006).

Ampliar os horizontes da efetividade dos direitos humanos inscritos no sistema internacional é tarefa que exige superar essas críticas ideológicas, econômicas e morais. Em síntese, tornar os direitos de Segurança Social, e outros direitos sociais adjacentes, mais familiares à linguagem dos direitos fundamentais sem, no entanto, confundi-los com revolução marxista, dependência moral e ineficiência econômica.

O esforço para integrar os direitos de Segurança Social definitivamente à categoria dos direitos fundamentais exige, por um lado, reformulação da agenda e das estruturas responsáveis pelas políticas sociais convencionais para lhes dar sustentabilidade (ESPING-ANDERSEN; HEMERIJCK; GALLIE, 2001). Exige também revisões conceituais na teoria jurídica dos direitos de welfare state. A teoria dos direitos fundamentais precisa evoluir para uma concepção integrada. As políticas públicas precisam alcançar uma capacidade de ação que lhes dê condições de integrar políticas sociais e política de desenvolvimento econômico; liberdades individuais, direito cívico e direitos sociais.

Se a visão integrada dos direitos fundamentais é uma exigência da cultura atual dos direitos humanos, ainda assim as políticas sociais diferem das políticas econômicas e as liberdades

¹⁷ A plena vigência dos direitos fundamentais sociais positivos enfrentam um amplo conjunto de objeções, tais como as orçamentárias (reserva do possível), as regulativas (necessidade de intermediação legislativa), as representativas (o legislativo com *locus* da inovação), as programáticas (de quem é a competência para estabelecer políticas públicas) e coletivistas (o indivíduo não é o destinatário natural de direitos sociais), sobre as objeções, ver Michelman (2003).

e direitos civis também diferem dos direitos sociais. A experiência dos últimos 60 anos mostra, contudo, que a teoria dos direitos fundamentais tem se dedicado a identificar diferenças mais do que identidades entre ambas (KONKAR 2009). Superar essa visão fragmentada é uma condição que se impõe à teoria dos direitos sociais fundamentais (PIOVESAN, 2004; MULLER, 2009). Políticas sociais e direitos fundamentais sociais devem ser vistos, não por contraste em face das liberdades políticas e econômicas, mas como evolução do sentido e do alcance das liberdades fundamentais.

Um passo nessa direção é reler a Segurança Social a partir da evolução da segurança jurídica. Outro é identificar evoluções conceituais na experiência de organismos internacionais supervisores da aplicação de convenções internacionais pertinentes. Outro passo, ainda, é analisar a estrutura argumentativa da interpretação constitucional que envolve essa categoria de direitos e compreender particularidades e inovações das decisões judiciais que precisam enfrentar as críticas e as objeções correntes, mencionadas acima.

Este capítulo, por isso, está dividido em três momentos. No primeiro, dedica-se a reconstruir o sentido da Segurança Social a partir da noção de segurança jurídica com o intuito de demonstrar a ligação e a evolução ocorrida entre ambos. Nas duas partes seguintes são analisadas duas experiências internacionais na área dos direitos sociais fundamentais. A primeira deriva da atuação de um organismo internacional responsável pela supervisão das obrigações internacionais com direitos de Segurança Social. São os resultados de mais de uma década de supervisão de políticas de Segurança Social organizados num só documento que ganhando a atenção de tribunais e Cortes Constitucionais como fundamento de interpretação constitucional dos direitos de Segurança Social: o Comentário Geral n. 19, do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (Comitê DESC). Depois, são analisados quatro leading cases: dois proferidos pela Corte Constitucional da África do Sul e dois pela Corte Constitucional da Colômbia.

A eleição dessas Cortes se deve ao fato de ser uma jurisprudência pouco conhecida no Brasil, mas que vêm chamando a atenção de muitos analistas internacionais (MAUS 2009; SUNSTEIN 2001), quer pelas soluções criativas, quer pelas dificuldades dramáticas que precisam ser enfrentar na efetivação de direitos sociais. Neste capítulo, defende-se a necessidade de uma investigação mais aprofundada dessas fontes internacionais não só por que as experiências internacionais são decisivas para o teste de validade das hipóteses de uma teoria local, mas também por que esse parece ser o caminho adequado para o desenvolvimento de uma concepção cosmopolita (HABERLE 2003) de interpretação de direitos fundamentais.

4.1 CONTROLE JUDICIAL DO DEVER DE CONTROLAR A RESPONSABILIDADE GOVERNAMENTAL

A seguir serão analisados quatro hard cases relativos à segurança social e a outros direitos sociais. Os casos foram selecionados a partir de experiências da África do Sul e da Colômbia. São casos úteis para a pesquisa brasileira em direitos fundamentais sociais porque são Cortes de países com problemas sociais tão dramáticos quanto os da sociedade brasileira. Além disso, são democracias novas, como a brasileira, mais, também têm um sistema de Constituições rígidas e adotam uma concepção ampliada de direitos fundamentais. Além dessas semelhanças com o Brasil, essas decisões utilizaram a experiência do Comitê DESC e de outros organismos internacionais supervisores de direitos humanos para fundamentar suas interpretações constitucionais, desse modo, são decisões que decidem sobre direitos constitucionais com uma abordagem orientada

pela experiência em direitos humanos. Essa é uma novidade que precisa ser mais bem aproveitada pela agenda investigativa e pela jurisprudência no Brasil no campo dos direitos humanos fundamentais de segurança social.

O objetivo, agora, como já anunciado, é ver como essas Cortes estão promovendo a evolução dos direitos de Segurança Social e de outros direitos sociais e como estão enfrentando as críticas e as objeções antes notadas, a partir de fontes e instrumentos internacionais.

O primeiro caso (Soobramoney case) envolve o direito à saúde. Revela as dificuldades e hesitações da Corte sul-africana em efetivar o direito a tratamentos médicos emergenciais. É um caso que discute as condições de aplicabilidade do direito à vida saudável quando a decisão afeta apenas um interesse individual. Não aplica princípios estabelecidos em Convenções internacionais e da Constituição. É um caso relevante porque a Corte reconheceu as limitações da sua jurisprudência passada e reclamou respostas evolutivas para casos futuros.

O segundo caso (Grootboom case) envolve o direito à moradia e intervenção na discricionariedade governamental. Revela o elevado senso de responsividade da Corte sul-africana em efetivar o direito social de moradia condigna e de não se omitir diante da necessidade de soluções sustentáveis para o grave problema da falta de habitação adequada para um grande grupo de assentados. É um caso que discute a cláusula da reserva do possível e a dignidade da pessoa humana. A decisão não entra no mérito administrativo, mas aplica o direito internacional e interpretações do Comitê PIDESC para determinar a adoção, pelo governo, de medidas razoáveis na solução do problema. É um caso que revela um novo sentido para o checks and balances.

O terceiro caso (Zoraide Sanches) envolve o direito do trabalho e a intervenção na discricionariedade patronal. Revela o elevado senso de responsividade da Corte Colombiana em efetivar os direitos sociais do trabalho e de não se omitir diante das práticas arbitrárias de empregadores. É um caso que discute a função social da empresa, a natureza jurídica e os fins sociais do salário e a aplicação da dignidade e da justiça nas relações de trabalho. A Corte determinou a reparação dos danos causados à reclamante e também estendeu, sponte propria, os efeitos da decisão a todos os demais empregados da empresa que se encontravam em situação de semelhante. Aplica princípios estabelecidos em Convenções da OIT e da Constituição e supera noções civilistas quanto à natureza do contrato de trabalho.

O quarto caso (vendedores informais de Bogotá) envolve Segurança Social, direito do trabalho e direito administrativo. Revela, igualmente, o elevado senso de responsividade da Corte Colombiana em efetivar direitos sociais do trabalho e de não se omitir diante do grave problema do desemprego e do amparo social. É um caso que discute a função social do espaço público e a vinculação da administração pública aos direitos fundamentais sociais, mesmo quando pratica atos de mera gestão patrimonial. A Corte interveio no mérito da decisão administrativa e julgou desproporcional a solução do simples desalojamento dos trabalhadores informais. Adotou princípios do PIDESC e da OIT para considerar imoral o agravamento do desemprego propiciado pelo próprio governo. É um caso que revela um novo sentido para o checks and balances.

4.2 DIREITOS SOCIAIS APLICADOS 1: ÁFRICA DO SUL - SOOBAMONEY CASE

Na África do Sul a justiciabilidade dos direitos fundamentais sempre foi restringida por uma concepção de soberania parlamentar herdada, cum grano salis, do sistema de Westminster.

Havia esperança de que, a partir de 1996, a nova constituição pudesse mudar as coisas, em especial, relativamente aos direitos fundamentais sociais. Daí o debate (KLAAREN, 2010; VOS, 2001) sul-africano em torno do caráter transformativo dos direitos constitucionais e da necessidade de uma interpretação constitucional evolutiva dos direitos sociais naquele país.

O primeiro caso na Corte Constitucional em que tais esperanças foram testadas é o paradigmático Soobramoney case. Foi a primeira vez em que a Corte Constitucional teve que decidir sobre os contornos do direito constitucional à saúde, tendo em conta que o pedido provinha de um cidadão e o problema da escassez de recursos.

O reclamante, Thiagraj Soobramoney, 41 anos, sofria de insuficiência renal crônica e, para evitar a morte, precisava de um tratamento com hemodiálise. Por não dispor de recursos suficientes, procurou o Hospital Addington, que é financiado pelo Estado, em Durban. O hospital recusou o tratamento porque, segundo seus critérios de elegibilidade, Soobramoney apresentava um estado físico geral que não o qualificava para o tratamento, isto é, ele não seria curado rapidamente, nem estava apto a receber um transplante de rim. Diante da negativa, Soobramoney buscou uma tutela constitucional no intuito de tornar efetivos dois dispositivos constitucionais: o do Art. 27 (3) da Constituição - A ninguém será recusado o tratamento médico emergencial, cumulado com a Seção 11 do Capítulo 2, do Bill of Rights, onde se lê que: Todos têm direito à vida.

Seu pedido foi julgado improcedente. Segundo a Corte, as circunstâncias de Soobramoney não seriam, propriamente, emergenciais. Seu caso seria uma deterioração crônica das funções vitais e o acesso ao atendimento emergencial previsto na Constituição justificar-se-ia noutras situações, tais como as catastróficas.¹⁸ Nos casos de catástrofes naturais ou de acidentes que envolvem muitas pessoas, o tratamento médico não poderia ser retardado, por exemplo, por motivos burocráticos. Este seria o sentido da norma do atendimento emergencial. Além disso, entendeu a Corte que os recursos do Estado e dos hospitais são escassos e “[...] há momentos em que isso obriga [a administração] a adotar uma abordagem holística em vez de se concentrar nas necessidades específicas de determinados indivíduos.” (§31).

De acordo com essa decisão, o direito a tratamento médico emergencial, previsto no Bill of Rights da Constituição sul-africana, não teria aplicação imediata, não seria uma derivação do direito à vida, nem poderia ser invocado por uma ação individual, como pretendia Soobramoney. As circunstâncias emergenciais que obrigam o Estado são as que afetam uma coletividade e, mesmo assim, o atendimento dependerá da disponibilidade de recursos. Nesse caso, devido à limitação de recursos estatais e aos critérios que o Hospital elegeu¹⁹ para realizar hemodiálise, a Corte se omitiu, pois, a seu ver, a solução do caso dependeria de decisões de mérito político e clínico (§29).

4.3 DIREITOS SOCIAIS APLICADOS 2: ÁFRICA DO SUL - IRENE GROOTBOOM CASE

O segundo caso é o clássico Grootboom case. Nele a Corte teve de se debruçar sobre o direito constitucional a adequadas condições de moradia (Seção 26, 1), e sobre o dever constitu-

¹⁸ Como no episódio recente, mencionado pelo relator Arthur Chaskalson (§19), de um acidente de trem que feriu muitas pessoas. O acidente com o trem indiano foi invocado pelo requerente, por analogia.

¹⁹ O hospital tinha regulamento próprio para dispensar hemodiálise a duas categorias de pacientes: os que podem ser curados num curto prazo e os aptos a receber um transplante.

cional de o Estado tomar medidas legislativas razoáveis para assegurar a progressiva realização desse direito, com os recursos disponíveis (Seção 26, 2).

Uma comunidade foi judicialmente despejada de um assentamento informal e montou precários abrigos na localidade de Wallacedene, na Cidade do Cabo. Os assentados não dispunham de saneamento básico, nem de eletricidade. Irene Grootboom e outros ajuizaram, então, um pedido de providências à High Court da cidade do Cabo, com amparo nas seções 26 (o direito de acesso à moradia adequada) e 28 (direito das crianças ao abrigo básico). Reclamaram providências emergenciais. A High Court, invocando o caso *Soobramoney*, entendeu que o governo já havia tomado medidas razoáveis, dentro dos recursos disponíveis - como exigido pela S. 26 (2) da Constituição, exceto o direito de habitação básica (shelter) assegurado às crianças, pela S.28 (c) da mesma Constituição. A High Court decidiu, por isso, que os recorrentes tinham o direito de receber um abrigo básico adequado.

Quatro meses depois as medidas judiciais determinadas ainda não haviam sido efetivadas pela administração local. Daí veio o recurso à Corte Constitucional. Esta, por sua vez, resolveu o caso de forma paradigmática, a partir de cinco fundamentos: contexto histórico, princípios de justiça processual, natureza jurídica dos direitos fundamentais sociais, postulados da hermenêutica constitucional.

O primeiro fundamento tem bases na história social da África do Sul. A Corte elaborou uma crítica moral às políticas discriminatórias do passado (fundiária e urbana): reconheceu que a expropriação colonial e a distribuição de terras em bases raciais, dos anos de apartheid, deslocaram a população rural para os centros urbanos e precarizaram a atividade agrícola (§6). Reconheceu também que a cidade do Cabo adotava, naqueles anos, um controle racial de fluxo urbano. “O legado do controle de fluxo urbano é a causa do agudo problema de falta de habitação adequada atualmente” (§6). Eis por que tanta migração rural e tanta concentração em áreas de alto risco social.

O segundo fundamento tem bases no *due process of law*. A Corte criticou as arbitrariedades cometidas no procedimento de despejo e asseverou que tal ato foi prematuro e desumano: “[...] uma reminiscência dos despejos dos tempos do apartheid. Casas foram demolidas e queimadas; pertences destruídos. Muitos moradores sequer conseguiram salvar seus pertences pessoais.” (§10). Eis porque aqueles assentados se encontravam, então, em Walacedene.

O terceiro fundamento tem bases na justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. A Corte afirmou que na África do Sul todos os direitos sócio-econômicos são justiciáveis.²⁰ No *Certification Judgment* a Corte decidiu que:

[U]ma Constituição pode conferir aos tribunais tarefas que normalmente são conferidas aos demais Poderes sem que isso implique numa violação da Separação de Poderes e [...] porque muitos dos direitos civis e políticos inscritos no [texto constitucional antes deste caso] originavam semelhantes implicações orçamentárias sem, por isso, comprometer-lhes a justiciabilidade. (Case CCT 23/96, tradução nossa).

O quarto fundamento tem bases nos postulados hermenêuticos²¹ assentados pela própria Corte, no já referido *Certification Judgment* e no próprio texto constitucional, Seção 39. A Corte

²⁰ Esse entendimento vem da interpretação proferida no *Certification Judgment*, Case CCT 23/96, 6 September 1996.

²¹ Nos parágrafos 34 a 38 desse *Certification Judgment*, ficou estabelecido que toda interpretação da Constituição deve ser (1) *teleologicamente orientada*, isto é, coerente com o objetivo fundamental da Carta, que é *estabelecer uma*

reafirmou, primeiramente, que todos os direitos constantes do Bill of Rights devem ser interpretados em seu contexto (§21). Assim como os direitos à moradia constantes da S. 26.²² Depois assentou que é seu dever a considerar o direito internacional e o direito estrangeiro como fontes de interpretação do Bill of Rights sul-africano²³. Extraiu então que é obrigação da África do Sul de fazer cumprir o mínimo essencial²⁴ desses direitos fundamentais sociais.

A tarefa desafiadora para a Jurisdição Constitucional passou a ser, então, determinar o que seja a noção internacional de nível mínimo essencial de obrigações sociais e, também, o que sejam, no plano interno, medidas estatais razoáveis para realizar o mínimo essencial dessas obrigações. A posição da Corte foi a seguinte: como a Constituição exige que o Estado adote medidas razoáveis para realizar o mínimo essencial dessas obrigações internacionais, o governo deve apresentar “[...] um programa razoável que atribua claramente as responsabilidades e tarefas para as diferentes esferas de governo e que assegure os recursos financeiros e humanos disponíveis.” (§39, tradução nossa). O Poder Judiciário não indicaria nem escolheria “[...] quais medidas seriam as mais desejáveis ou favoráveis para ser adotadas, ou como o dinheiro público poderia ser melhor aproveitado.” A questão jurídica é, segundo a Corte, saber se as medidas adotadas são razoáveis (§41, tradução nossa).

Entretanto, a intervenção judicial investigaria se o Estado dispõe de um programa razoavelmente formulado e capacidade para que ele seja razoavelmente implementado. “Um programa razoável que não é implementado de maneira razoável não terá cumprido razoavelmente suas obrigações.” (§42, tradução nossa). O relator advertiu que a implementação razoável de um programa social não significa apenas avanços estatísticos. “Se as medidas adotadas, embora estatisticamente bem sucedidas, deixam de responder às necessidades dos que delas mais necessitam, então não passam no teste da razoabilidade” (§44, tradução nossa).

A implementação razoável, contudo, tem outra face: a duração. A Corte admitiu, no mesmo julgado, que é correta a interpretação oferecida pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da ONU, no Comentário Geral n. 3/1990, quanto ao significado que se deve atribuir à expressão realização progressiva dos direitos sociais, expressa não só na Constituição sul-africana, como no PIDESC-66. Interpreta-se a realização progressiva “à luz do objetivo geral (...) do Pacto,

nova ordem constitucional, de um estado constitucional democrático e soberano, no qual todos os cidadãos tenham meios de participar e exercer seus direitos fundamentais e suas liberdades. Isso implica, por outro lado, que a Carta (2) não deve ser interpretada com *rigidez técnica*, pois os princípios constitucionais são meios para lidar com situações presentes e futuras. Por isso, também, todos os princípios constitucionais devem ser lidos (3) holisticamente, o que significa, de forma integrada com outros princípios e com seu contexto.

²² A S. 26 tem três subseções. A primeira confere um direito geral de acesso à moradia adequada. A segunda estabelece e delimita o âmbito da obrigação positiva imposta ao Estado para promover o acesso à moradia adequada e tem três elementos-chave. O Estado é obrigado a: (a) adotar medidas legislativas e outras, (b) com seus recursos disponíveis, (c) para alcançar a realização progressiva desse direito. A terceira subseção fornece proteção contra despejos arbitrários. Interpretá-los em seu contexto exige partir do *texto* e complementar a decisão a partir do *contexto* histórico e social (§22)

²³ Ver o Art. 39 da Constituição Sul-Africana. A tese de que acordos, tratados e *cases* internacionais relativos a direitos humanos que não tocam diretamente a África do Sul devem ser adotados como *instrumentos de interpretação* adotada pela Corte a partir do *case* Makwanyane and Another 1995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC).

²⁴ O conceito de obrigação mínima, ou de *nível mínimo essencial*, foi desenvolvido pelo Comitê no Comentário Geral n. 3, de 1990 (ONU Comitê de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2008). Atender o nível mínimo essencial de suas obrigações sociais é um piso abaixo do qual a conduta do Estado não deve descer se quiser cumprir com suas obrigações assumidas no PIDESC, ou seja, a obrigação mínima, ou o *nível mínimo essencial*, é determinada, tendo em conta as necessidades dos grupos mais vulneráveis.

que é estabelecer claras obrigações (...) de avançar o mais rapidamente e eficazmente possível para alcançar esse objetivo (§9, tradução nossa) (ONU 2008).

Com base nesses critérios a Corte avaliou o programa habitacional e constatou violação direta ao direito de adequada moradia.

4.4 DIREITOS SOCIAIS APLICADOS 3: COLÔMBIA - CASO ZORAIDE SANCHES

O primeiro case colombiano a ser discutido decorre de uma paradigmática *Acción de tutela* por violación de derechos fundamentales, que resultou na Sentencia SU-519/97 da Corte Constitucional. Trata-se de um *leading case* trabalhista em que a Corte se vê obrigada a desdobrar o significado dos princípios da dignidade e da justiça nas relações de trabalho. Para isso, analisa as relações de trabalho à luz de um princípio geral de proteção, discorre sobre (a) relações arbitrárias de subordinação; (b) aplicação de direitos fundamentais nas relações contratuais trabalhistas; e (c) à luz da máxima da proporcionalidade, discorre sobre os limites do poder dos empregadores na fixação do salário de seus empregados. Além disso, é uma decisão que revela emblemático contraste entre a postura, por assim dizer, liberal do juiz de direito a quo (haja vista que sua decisão foi pela não interferência da jurisdição nas relações contratuais), e a postura responsiva dos juízes constitucionais.

A reclamante Zoraida Toro Sanchez, que já contava com vários anos de vínculo profissional com a reclamada, foi discriminada por não se submeter às disposições da Lei 50, de 1990. O tema central da *Acción* era saber se o empregador podia fixar salários (acima do mínimo legal) segundo seu exclusivo arbítrio, se o empregador podia exigir adesão de seus empregados a um novo regime jurídico e se poderia pressionar seus empregados a aceitar um salário inferior ao pago a outros profissionais de mesmo nível.

O teor da sentença de primeiro grau, recorrida, revela o quanto o magistrado atuou sem comprometimento moral e, por isso, foi conservador: o juiz de direito se absteve de adentrar nas questões principiológicas que a Constituição e as circunstâncias reclamavam. A sentença de primeiro grau estabeleceu, basicamente, que nenhum juiz de direito pode solucionar conflitos de interesses individuais decretando aumentos salariais ou criando outros benefícios extraleais, pois a legislação prevê que só os sujeitos do contrato de trabalho podem, e devem, acordar a remuneração pelo trabalho executado.

A Corte Constitucional não entendeu assim. Começou a revisar a mencionada sentença a partir de fundamentos constitucionais extraídos de sua doutrina jurisprudencial²⁵: 1. O trabalho, na Colômbia, tem um valor social, tanto que é um dos fundamentos do Estado Social de Direito (preâmbulo da Constituição). 2. As relações laborais são especialmente protegidas pelo direito constitucional, tanto que toda pessoa tem direito de trabalhar em condições dignas e justas (Art. 25 da Constituição), o que significa, para a Corte, que a colocação profissional é um dever social, que as relações de trabalho devem corresponder à dignidade do ser humano e realizar o conceito de justiça no caso concreto. 3. As noções constitucionais de dignidade e justiça são valores morais nucleares do texto constitucional e significam que, na Colômbia, os empregados não podem ser considerados meros fatores de produção. Isso seria considerá-los meios para alcançar fins econômicos. 4. As inferências quanto à aplicação da dignidade e justiça nas relações de trabalho não

²⁵ Sentencia T-483 de 27.10.93

significam, no entanto, que os empregadores perdem a discricionariedade na gestão de seus subordinados. 6. Indicam, porém, que a discricionariedade patronal (*ius variandi*) deve ser exercida de modo razoável, isto é, suas consequências não devem ser calculadas exclusivamente a partir dos custos e benefícios do sistema empresarial. O empregador, no exercício de sua discricionariedade patronal deve considerar, harmonicamente, as circunstâncias que afetam o trabalhador enquanto pessoa (sua família, sua saúde, o lugar e o tempo de trabalho, sua conduta e sua produtividade).

A solução do caso provocou investigação conceitual aprofundada quanto ao alcance das referidas noções constitucionais de dignidade e de justiça aplicáveis às relações de trabalho. A Corte elaborou, para isso, uma decisão estruturada numa interpretação holística dessas noções, partindo do Art. 53 da Constituição.²⁶ O texto desse capítulo prescreve “relações de trabalho que respeitem a proporcionalidade entre a remuneração que recebe o trabalhador e a quantidade e qualidade de seu trabalho”. A Corte entendeu, por isso, que a máxima da proporcionalidade, no sistema constitucional colombiano, exige que, nas relações de trabalho, “[A] remuneração não seja simplesmente simbólica. Há de ser adequada ao esforço que implica a tarefa realizada pelo trabalhador, a sua preparação, experiência e conhecimentos e ao tempo durante o qual vincula seu potencial laboral aos fins que interessam ao empregador.” (tradução nossa).

Fica claro que o dever de remunerar, no caso, tem uma dimensão negativa (obrigação de não fazer) e outra positiva (obrigação de fazer). É, por um lado, uma séria restrição ao exercício da discricionariedade patronal (*ius variandi*) quanto às suas possibilidades de definir, por critérios exclusivamente de mercado, um plano de salários. É também uma séria vinculação do empregado quanto ao cumprimento dos fins sociais do salário, pois o empregador deve a gerir seus subordinados, em todas as decisões que os afetem qua subordinados, em conformidade com a máxima da proporcionalidade. O empregador, em síntese, deve definir um plano salarial que assegure equilíbrio entre o valor do salário, a experiência, o conhecimento e o treinamento dos empregados.

4.5 DIREITOS SOCIAIS APLICADOS 4. COLÔMBIA - CASO DOS COMERCIANTES INFORMAIS

Um sistema garantista de Segurança Social deve proteger também os trabalhadores eventuais, os que trabalham por conta própria e os que trabalham na economia não estruturada.²⁷ Além do dever de promover o emprego pleno, produtivo e livremente escolhido, os Estados signatários do PIDESC devem tomar medidas capazes de amenizar os efeitos da perda de renda devida à incapacidade laboral ou ao desemprego. Isso significa que é dever do sistema de Segurança Social proteger adequadamente os trabalhadores que não fazem parte do sistema econômico estruturado.

O caso a ser analisado agora, está diretamente relacionado com essas diretrizes da ONU e da OIT. Trata-se da Sentencia SU-360/99, proferida em Acción de Tutela pela Corte Constitucional colombiana. O objetivo da ação era saber se a administração pública tinha autoridade constitucional para desalojar vendedores informais de espaços públicos sem obrigação de realocá-los. O caso envolveu 738 vendedores ambulantes e estacionários informais da localidade de Novena de

²⁶ Este Art. 53 fornece o que no Brasil se denomina de *preceito fundamental*, isto é, normas constitucionais consubstanciadoras de princípios.

²⁷ O conceito de economia não estruturada foi admitido nas Conclusões relativas ao trabalho decente e economia informal, na Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT), 90ª reunião, §. 3. Significa, basicamente, o trabalho realizado numa economia (a) sem relação contratual formal, (b) sem unidade empresarial formal e (c) sem endereços - residenciais e profissionais - formais.

Fontibón, na capital de Bogotá. Eles exerciam suas atividades informais há vários anos nas ruas da cidade. Em associação, contudo, assumiram um compromisso formal com o governo local de aos poucos, desocupar as áreas públicas. A nova administração da localidade, contudo, não reconheceu esse acordo anterior e tomou medidas para retirá-los dos espaços públicos. A administração editou uma resolução administrativa que os declarou contraventores e, depois, deu ordem para que a força policial os pressionasse e os desalojasse das ruas e calçadas.

Os trabalhadores informais eram, em sua maioria, pessoas de idade avançada, de escassos recursos econômicos, sem formação escolar, sem preparação técnica ou profissional que lhes permitisse concorrer a um emprego. Recorreram à justiça pois consideravam que as medidas do poder local violavam direitos constitucionais fundamentais como o direito à vida, à dignidade, à saúde, à integridade familiar, de terem um trabalho em condições dignas e justas, o direito de proteção aos menores e o direito a tratamento igualitário. Além disso, consideraram que a municipalidade quebrou o princípio da confiança legítima porque não reconheceu licenças expedidas, nem o compromisso formal com a administração anterior. Alegaram, ainda, que a atividade que realizam não era proibida, nem regulamentada pelo Poder Público e que alguns vendedores estacionários foram realocados, enquanto outros não. Pediram, com isso, a imediata suspensão do desalojamento e a realocação de todos em locais dignos, a fim de que pudessem continuar a exercer seu direito ao trabalho e à renda.

As decisões de primeiro e segundo grau, porém, foram adversas e se basearam nos seguintes argumentos: 1. Quando há conflitos entre interesses gerais e individuais devem prevalecer os gerais; 2. Os vendedores informais ocupam ilegitimamente o espaço público; 3. É dever da administração proteger o espaço público; 4. O direito do trabalho deve ser protegido quando se realizar em condições lícitas; 5. A atividade informal realizada pelos vendedores restringe o direito dos demais cidadãos de usar os bens de uso comum; 6. As licenças expedidas pela administração estavam vencidas; 7. Quando a ação foi proposta o desalojamento já se havia consumado; 8. Os vendedores não fizeram prova de dano concreto; 9. Os vendedores deveriam procurar outros meios de defesa, especialmente a administrativa; 10. É inútil pedir o impossível ao Judiciário: não há recursos para realocar todos os informais.

O entendimento da Corte Constitucional foi diferente. A partir de uma profunda digressão sobre o significado de espaço público, a Corte deixou claro que as concepções estabelecidas pelo Código Civil foram superadas. Não se restringe mais a bens físicos de uso comum. “O que caracteriza os bens que integram o espaço público é sua afetação ao interesse geral e sua destinação ao uso direto e indireto em favor da coletividade.” (§2.2). Desse modo, as autoridades públicas têm o dever de restringir liberdades quando for preciso preservar a ordem, a saúde ou a moralidade, mas devem fazê-lo de modo a realizar os mandamentos constitucionais de proteção à pessoa em sua vida, honra, bens, crenças e demais direitos e liberdades. É que a busca da preservação do interesse geral não pode gerar danos aos direitos fundamentais (§3.2).

A Corte Constitucional vem se pronunciando pela aplicação do princípio da confiança legítima como mecanismo para conciliar, de um lado, o interesse geral que se concretiza no dever da administração de conservar e preservar o espaço público e, de outro lado, os direitos ao trabalho e de igualdade das pessoas que exercem o comércio informal. (§4, tradução nossa).

Segundo a Corte, o princípio da confiança legítima²⁸ sempre deve ser aplicado para conciliar conflitos entre interesses públicos e privados quando a administração cria expectativas favoráveis ao administrado e o surpreende ao eliminá-las subitamente. “A confiança que o administrado deposita na estabilidade de atuação da administração é digna de proteção e deve ser respeitada.” (§5). Isso implica dizer que a administração precisa dar soluções que contemplem todos os interesses relevantes, públicos e privados. Por isso estipulou o dever de a administração pública não negligenciar o tema do desemprego nas circunstâncias do caso.

O entendimento foi pela inconstitucionalidade dos atos de desalojamento. E o fundamento repousou na efetividade dos direitos sociais. Desalojar um vendedor ambulante tem o mesmo efeito que desempregá-lo, o que não só deteriora a sua condição de vida como propaga a pobreza a desumanização e o gravíssimo problema do desemprego.

4.6 DIREITOS SOCIAIS APLICADOS 5: BRASIL - CASO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Passa-se, agora, a analisar uma das mais importantes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o que, neste trabalho se denomina de judicialização de expectativas imperativas. Trata-se da Suspensão de Tutela Antecipada, n. 175, julgada em 18.09.2009 e que versou sobre as condições para a determinação judicial de fornecimento, por medida liminar em tutela antecipada, de medicamentos a um só indivíduo.

A controvérsia teve origem no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Recife-PE), que determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza, em solidariedade, o fornecimento de certo medicamento a uma brasileira de 21 anos, portadora da patologia denominada *Niemann-Pick* tipo C (doença neurodegenerativa rara). Segundo o laudo emitido pela *Rede Sara de Hospitais de Reabilitação*, esse medicamento poderia aumentar a sobrevida e/ou a melhora da qualidade de vida da paciente. Não teria efeito curativo. A família da jovem não provou não ter condições de custear o medicamento. Solicitaram-no aos poderes públicos, porém não obtiveram resposta. O custo estimado da dosagem mensal prescrita girava em torno de R\$ 52.000,00. O medicamento deveria ser importado, porém, seu registro na ANVISA ainda não havia sido realizado.

O Juiz Federal *a quo* julgou extinto o processo sem julgamento do mérito. A seu ver, o Ministério Público Federal não detinha legitimidade ativa para propor a Ação Civil Pública respectiva, tendo em vista que a paciente já contava com 21 anos de idade e poderia recorrer à Defensoria Pública. O Ministério Público opôs Embargos de Declaração contra a decisão do juiz federal, com pedido de efeitos modificativos, salientando que o provimento jurisdicional teria sido omissivo ao não analisar a legitimação do Ministério Público para a defesa de *direitos individuais indisponíveis*,²⁹ caso do direito à saúde, de base constitucional.

Remetidos os autos à Procuradoria Regional da República, esta se manifestou dizendo que o Ministério Público tem legitimidade para *defesa dos* direitos individuais *indisponíveis, mesmo quando a ação visa tutelar pessoa individualmente considerada*. Advogou também que o Sistema Único de Saúde é composto pela União, Estados-membros e Municípios e que, por isso, os entes

²⁸ O princípio da confiança legítima foi desenvolvido pela Corte Europeia de Justiça, em 1965, na Sentença de 13 de julho.

²⁹ Art. 127, da CF/88 c/c Art. 5, V, da LC nº 75/93.

federados encontram-se em legitimidade passiva solidária nos processos que envolvem direitos fundamentais à saúde.

A União Federal recorreu ao STF. Alegou que a decisão judicial violara o princípio da *separação de poderes, as normas e os regulamentos* do Sistema Único de Saúde (SUS). Sustentou a ocorrência de *grave lesão à ordem pública* - uma vez que o medicamento requerido não foi aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e não consta da Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde - e *grave lesão à economia pública*, em razão do alto custo do medicamento (R\$ 52.000,00 por mês). Protestou, igualmente, quanto ao fato de o Judiciário *desconsiderar que é função exclusiva da Administração definir políticas públicas*. A Ministra Ellen Gracie determinou o apensamento da STA 178/DF aos autos da STA 175/CE, por considerar idênticas as decisões formuladas.

As normas que fundamentam o instituto da suspensão de liminar (Mandado de Segurança - Lei n. 12.016/2009, Art. 15; Medidas Cautelares contra atos do Poder Público - Lei n. 8.437/1992, Art. 4º; Tutela antecipada contra a Fazenda Pública - Lei n. 9.494/1997, Art. 1º e Art. 297 do RI-STF) permitem que a Presidência do STF, *a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada*, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional. A matéria constitucional, neste caso, seria a ofensa aos arts. 2º,³⁰ 6º,³¹ caput; cumulados com os Arts. 167,³² 196³³ e 198³⁴ da Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes ressaltou, primeiramente, que o direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Na decisão que proferiu, como Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes mencionou que em 5 de março de 2009, a Corte convocou Audiência Pública em razão da profusão de pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminares em trâmite no âmbito daquela Presidência. Todos eram pedidos com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenavam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas formas de prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores

³⁰ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³¹ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010)

³² Art. 167. São vedados: II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

³³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁴ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da Segurança Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).

De fato, essa audiência trouxe muito aprendizado ao Poder Judiciário. A partir dela foi possível constatar, por exemplo, que na maioria dos casos, as determinações judiciais são para determinar o cumprimento de políticas já estabelecidas; não são decisões que criam políticas públicas. Nessa medida, são decisões judiciais que garantem a *responsividade* governamental.

A audiência também permitiu ao Judiciário formular algumas medidas prudenciais³⁵ capazes de evitar intervenções judiciais abusivas em face da proteção ao direito de saúde. Por exemplo, o Judiciário sabe, desde então, que diante de pedido de prestação de saúde o Juiz deve, primeiramente, verificar se existe, ou não, política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Se existir, a decisão judicial não estará criando política, mas determinando seu cumprimento. Ou seja, garantindo a devida *responsividade* governamental aos cidadãos.

Outra medida prudencial foi desenvolvida para os casos em que a prestação de saúde pleiteada não está dentre as políticas do SUS. Nesses casos a Corte Suprema recomenda que o Judiciário identifique a causa da omissão administrativa. A inexistência de política distributiva de certo medicamento pode estar fundamentada numa proibição legal³⁶. Logo, pode ser o caso de a omissão administrativa não ser arbitrária. Isso também vale para a ausência de registro de fármaco na Anvisa. Inexistência de registro não é, necessariamente, ato de negligência. Além de poder decorrer de vedação legal, o não registro pode ter sido recomendado por avaliação técnica que concluiu pela sua inconveniência. É que após verificar a eficácia, segurança e qualidade do produto e conceder o registro, a Anvisa analisa também a fixação do preço do fármaco, e leva em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, e se o novo medicamento não trouxer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação. Preços extorsivos de medicamentos que têm genéricos no mercado pode motivar a não recomendação de registro pela anvisa.

Há outra situação prudencial recomendada pela Suprema Corte. O Sistema Único de Saúde adotou “*Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*”. Esses protocolos representam um conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e suas respectivas dosagens (é a *medicina com base em evidências*). Assim, *um medicamento ou tratamento, pode não estar sendo oferecido pelo SUS porque está em desconformidade com esse Protocolo*. Isso significa que sua distribuição pelo SUS contraria um consenso científico vigente. Significa, também, que o Poder Judiciário não poderia, *prima facie*, determinar a distribuição de um fármaco não constante desses protocolos. Presume-se, nesse caso, que não há evidências de efeitos esperados pela área técnica da saúde.

Se o tratamento não existe na rede pública, então o magistrado deve identificar se o pedido do paciente é, ainda, um *experimento laboratorial* ou se é um *novo tratamento*, porém ainda não testado pelo SUS. Quanto aos fármacos que estão em fase apenas experimental, o Estado brasileiro não pode ser obrigado a fornecê-los, pois não há consensos científicos quanto a eles. Já em relação aos outros (*os novos tratamentos ainda não incorporados ao SUS*) é preciso redobrar a cautela judicial. Pode o Judiciário determinar seu fornecimento, mas o provimento do pedido deve

³⁵ Ver a Recomendação-CNJ n. 31, de 30.03.2010.

³⁶ É vedado à Administração Pública fornecer fármacos não registrados na ANVISA (Art. 12 da Lei Federal n. 6.360/76).

ser lastreado em ampla produção probatória capaz de evidenciar que a não incorporação ao SUS, até o momento da decisão judicial, decorre de negligência do SUS por um de dois motivos: pela desatualização científica dos Protocolos, ou pelo simples retardo burocrático com providências de registros. Sem prova adequada quanto a essas informações, a edição de medidas cautelares ficará comprometida. Superadas as dúvidas quanto à situação excepcional, até mesmo a importação de medicamento não registrado poderá ser determinada judicialmente, haja vista que a ANVISA tem autorização legal³⁷ para importar medicamentos não registrados em situações excepcionais, desde que adquiridos por intermédio de organismos multilaterais.

O Min. Gilmar Mendes concluiu, então, que essas informações fornecem uma diretriz geral de ação judicial: *o tratamento tal como fornecido pelo SUS deve ser priorizado pelo magistrado*. É ônus do paciente comprovar a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente para o seu caso. Essas circunstâncias, no entanto, podem existir, haja vista que Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, do SUS, são questionáveis em juízo, haja vista que podem estar desatualizados. A necessidade de medicamento certo para caso específico, bem como a atualidade científica dos protocolos do SUS também são plenamente justificáveis. Desse modo, vê-se que para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o sistema SUS têm, a favor de si, apenas uma presunção *iuris tantum* de atuação eficaz. E o Judiciário está autorizado a garantir a responsividade governamental se houver arbitrariedades (por ação ou por omissão) do Sistema Único de Saúde.

4.7 RESPONSABILIDADE GOVERNAMENTAL E INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS EVOLUTIVAS

Em que pese a insensibilidade da Corte no caso Soobramoney quanto aos seus deveres republicanos e quanto à responsividade estatal diante de direitos fundamentais sociais, o caso fez a Corte reconhecer que sua jurisprudência vinha tratando do direito à vida no contexto da pena capital e que, nunca antes (§15), havia sido chamada a decidir sobre parâmetros do direito à vida, ou quanto à sua relevância, em face de obrigações positivas impostas ao Estado pelas disposições do Bill of Rights. Em seus debates, alguns juízes destacaram até jurisprudência da Suprema Corte da Índia nesse sentido³⁸ e que reclamara que também a África do Sul deveria aprofundar sua concepção atuação diante de dramas pessoais que envolvem direitos sociais.

O caso Grootboom manifesta todos os contornos de uma interpretação evolutiva dos direitos fundamentais sociais, na medida em que resulta numa sofisticada construção jurisprudencial sobre os propósitos igualitários (igual dignidade) do direito constitucional de morar. É, por um lado, uma séria restrição ao exercício da discricionariedade política em matéria habitacional, e uma séria vinculação quanto a fins coletivos dessa mesma política. É um caso paradigmático, por isso, de contornos sofisticados de uma jurisdição responsiva: a tutela jurisdicional não se omitiu diante de um tema de elevada importância moral que, por isso, afeta diretamente o núcleo essencial de um direito fundamental. É exemplo relevante de jurisdição responsiva, ainda, por que posiciona a tutela jurisdicional no debate republicano. A Corte não se omitiu do dever de renovar

³⁷ Lei nº 9.782/99, Art. 8º, § 5º.

³⁸ Baseando-se no direito à vida, a Suprema Corte da Índia determinou que o Estado prestasse tratamento médico aos que dele necessitam, que prestasse assistência jurídica a quem não pode pagá-la, e que proporcione acesso entre áreas isoladas e áreas mais desenvolvidas. Ver VD Mahajan *Constitutional Law of India*. 7a. ed (Eastern Book Company, Lucknow 1991), 230-234, BL Hansaria *Right to Life and Liberty under the Constitution (A Critical Analysis of Article 21)* (NM Tripathi Private Ltd, Bombaim, 1993), 24-40.

sua atuação no sistema de checks and balances, tanto que não atuou apenas negativamente na delimitação dos limites da discricionariedade política em matéria de política habitacional. Em vez disso, formulou parâmetros jurídicos para vincular o governo a agir conforme as expectativas fundamentais da Constituição.

O caso Zoraide Sanches revela importantes traços de interpretação evolutiva porque é uma construção jurisprudencial do propósito social, ou fins coletivos do salário (justiça e dignidade). O propósito constitucional do salário não é ser, apenas, a contraprestação pecuniária dos serviços ou produtos gerados pelo trabalhador, não é, portanto, um assunto restrito à esfera das relações contratuais. A decisão holística da Corte colombiana ensina que a falta de explicitação, pelo texto constitucional, quanto aos objetivos do salário³⁹, não exime os empregadores (públicos ou privados) do dever de compô-lo a partir dos parâmetros da dignidade e justiça, seus fins sociais. O caso é uma decisão exemplar, também, para o estudo da jurisdição responsiva, na medida em que a tutela jurisdicional não se omitiu diante de um tema de elevada importância moral e que, por isso, afeta diretamente o núcleo essencial de um direito fundamental (relações de trabalho dignas e justas). Por essa razão, e para a surpresa de alguns juízes da Corte que foram vencidos,⁴⁰ seus efeitos não se limitaram às partes do processo. A Corte determinou que a empresa procedesse a uma revisão de sua política de remuneração e nivelasse os salários de todas as operadoras que exerciam funções semelhantes à da reclamante.

O caso dos vendedores informais revela a força dos direitos fundamentais sociais na gestão do espaço público. A sentença é um importante exemplo de como se articulam e se influenciam, mutuamente, administração pública e direitos fundamentais sociais, com uma ordem de precedência destes sobre aquela. É uma decisão paradigmática porque reconhece que as relações de trabalho têm um propósito: aprimorar as condições de vida das pessoas. E que esse direito/dever fundamental vincula a administração pública, em quaisquer de suas ações que tendam a restringi-lo.

4.8 CRÍTICA

Qual é o modo correto de avaliar essas experiências e interpretações? Tanto os direitos constitucionais liberais quanto os direitos constitucionais de Segurança Social e do trabalho são regidos por princípios. E todos, por igual, são mandados de otimização sujeitos a juízos de ponderação e a soluções proporcionais, quer diante da colisão dos direitos sociais entre si, quer diante da colisão deles com os direitos liberais. Não há mais motivos para tratar os direitos constitucionais do trabalho ou da Segurança Social como regras quando colidem com princípios ou com direitos de primeira geração/dimensão; tampouco há motivos que justifiquem o ativismo irresponsável. A jurisdição constitucional, por tratar diretamente da ponderação de princípios, não pode se afastar de uma correta avaliação dos propósitos e fins moralmente adequados de cada instituto de direito da Segurança Social e do trabalho. Não há como fazer uma adequada ponderação de princípios sem desenvolver uma argumentação equilibrada sobre os contextos e valores que consubstanciam a noção constitucional de bem comum. Disso deriva a responsividade judicial.

³⁹ Como faz a Carta do Brasil, em seu art. 7º. IV.

⁴⁰ Ver o *salvamento de voto* elaborado pelos magistrados Jorge Arango Mejia, Hernando Herrera Vergara e Vladimiro Naranjo Mesa.

Não parece mais haver justificativas convincentes para que as críticas (ideológicas, econômicas e morais), bem como as objeções (orçamentárias, regulativas, representativas, de competência programática e coletivistas) se sobreponham aos valores morais da dignidade, da liberdade, da igualdade, da proteção e do bem estar coletivo. Estes são elementos consubstanciais da noção constitucional de bem público. Tanto os compromissos assumidos perante a ONU quanto as decisões analisadas revelam que a implementação progressiva de direitos fundamentais sociais é um dever de todos os poderes do Estado. E mais, que a implementação progressiva exigida pelo PIDESC tem um sentido de envidar o máximo esforço possível, com o máximo dos recursos disponíveis para efetivar a Segurança Social e os demais direitos fundamentais sociais. Essa é a dimensão, propriamente responsiva da democracia. O Judiciário participa dessa ação responsiva controlando a razoabilidade e proporcionalidade das ações administrativas e legislativas. Isso significa que pode, e deve, declarar inconstitucional o uso irracional de escassos recursos públicos.

A consubstanciação moral das decisões judiciais é plenamente justificável e ao fazê-lo, os tribunais também atuam com responsividade. Não se omitem diante de graves problemas morais e se envolvem na construção de soluções em harmonia com a atuação de outros poderes públicos ou sociais.

Fica a tese, então, de que a teoria dos direitos fundamentais sociais evoluirá para uma concepção integrada de direitos humanos, com horizontes cosmopolitas. É por isso que a Segurança Social de hoje é parte da segurança jurídica de ontem. Os direitos fundamentais sociais, como direitos humanos, receberão interpretação evolutiva pelo aprendizado que a teoria dos direitos fundamentais pode fornecer diante das experiências responsivas (democráticas e judiciais) elaboradas pelas Cortes Constitucionais.

A jurisdição constitucional em sede de direitos fundamentais, máxime em sede de direitos sociais, é uma jurisdição de natureza evolutiva. A análise dos comentários gerais do Comitê DESC e os leading cases discutidos revelam importantes características republicanas dessas soluções.

Se o pensamento liberal pouco se importou com as formas de governo e com o desenvolvimento de teorias sobre práticas e funções da autoridade (ARENDR, 1972, p. 133) judicial; se a filosofia do direito deixou de ser uma filosofia dos bens públicos para ser uma filosofia das liberdades; se a própria teoria constitucional deixou de ser uma doutrina sobre a organização do Estado e da conformação de autoridade,⁴¹ para ser uma doutrina, sobretudo, preocupada com os limites da atuação estatal; apesar disso é possível constatar o surgimento de uma prática jurisdicional e de um discurso sobre autoridade judicial baseados nas exigências de responsividade constitucional (OLDFATHER; BOCKHORST; DIMMER 2010; STRAPAZZON 2010).

Tanto a nova prática quanto a teoria da responsividade são parte de uma nova política de bem-estar social, que é, também, uma discussão sobre uma política de bem comum. E toda a discussão sobre bem comum não pode se resumir numa questão de escolher políticos escrupulosos. É também uma questão de saber o que significa a dimensão republicana da atuação dos três poderes. Para isso, todos os atores envolvidos nas questões substanciais do direito constitucional precisam se engajar seriamente e diretamente na solução de questões morais relevantes.

⁴¹ A última grande teoria constitucional *orgânica* é, sem dúvidas, a teoria do Poder Constituinte, com suas raízes em Sieyès.

A deliberação sobre isso, caso a caso, é onerosa para a cidadania. É por isso que instituições especializadas devem ser estimuladas a promover esse debate qualificado. Parece que, diante do atual desenho institucional do Estado brasileiro, o Judiciário, o Ministério Público e as Universidades são as instituições muito apropriadas para isso.

Todos esses temas, hipóteses e dúvidas remetem à questão de revitalizar o discurso público na linha da responsividade e das interpretações evolutivas. Sua hipótese de base é que o Estado não pode ser moralmente neutro quando trata de direitos e de justiça. Por isso, a solução liberal pela neutralidade é errada. Respeitar os outros não é o mesmo que ignorá-los.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLAN, T. R. S. Constitutional Dialogue and the Justification of Judicial Review. *Oxford Journal Legal Studies*, p. 563-584, 2003.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito. Tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ANDERSON, Elizabeth. Welfare, Work Requirements, and Dependant-Care. *Journal of Applied Philosophy*, v. 3, i. 21, p. 243-256, 2004.

ANDERSON, Elizabeth S. Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children: Reply to McLachlan and Swales. *Health Care Analysis*, v. 8, p. 19-26, 2000.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Verso e Reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica perdida*. 1994. 501 p. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1972

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa*, n. 24, p. 670-687, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil." *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 28, n. 60, p. 27-66, 2004.

BEVERIDGE, William. *Social Insurance and allied services*. London: Majesty's Stationery Office, 1942.

- BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; SOSA, Angel Landoni. Código modelo de processos coletivos para a ibero-américa: exposição de motivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 464.
- BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1991.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e deveres na república*. Tradução Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2007.
- BREYER, Stephen. *Active liberty*. The Tanner Lectures on Human Values. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 1-76.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acceso à la justicia: programa de acción reformadora y nuevo metodo de pensamiento*. Tradução Silvia Virginia Leo Vidana. Ciudad de Mexico: UNAM, 1983. v. 48.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CICERO, Marcus Tullius. *The Political Works of Marcus Tullius Cicero: Comprising his Treatise on the Commonwealth; and his Treatise on the Laws*. Tradução Francis Barham. London: Edmund Spettigue, 1841. v. 1.
- COURTIS, Christian. *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability*. Geneve: International Commission of Jurists, 2009.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*, p. 1-7, 1985.
- CRAVEN, Matthew C. R. The domestic application of the international covenant on economic, social and cultural rights. *Netherlands international law review*, v. 40, p. 367-404, 1993.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 1990.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta; HEMERIJCK, Anton; GALLIE, John Myles Duncan. A new welfare architecture for Europe? Report submitted to the Belgian Presidency of the European Union. *Revue belge de sécurité sociale*, i. 3, p. 431-440, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DAHL, Robert. *A moderna análise política*. Rio de Janeiro: Lidador, 1970.
- DEZALAY, Yves. *Marchands de droit*. Paris: Fayard, 1992.

- DIAMOND, Larry. *Developing democracy: toward consolidation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1999.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.
- DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução Sandra G. T. Vasconcellos. São Paulo: EdUSP, 1999.
- FAORO, Raymundo. *A republica inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007.
- FISS, Owen M. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, 1979.
- FOUCHARD, Philippe. *Vers un procès civil universel?*. Paris: Panthéon Assas, 2001.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.
- GILDER, George. *Wealth and poverty*. Nova York: Bantam Books, 1982.
- GOLDWATER, Barry M. *The conscience of a conservative*. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas.” In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comarado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 365.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HABERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. *Direito Público*, n. 18, p. 54-79, out./dez. 2007.
- HABERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução Hector Fix-Fierro. Ciudad de Mexico: UNAM, 2003. v. 47.
- KLAAREN, Jonathan. Constitutional citizenship in South Africa. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, p. 94-110, 2010.
- KONKAR, Polonca. The evolution of international and european law in the field of social rights. *Revista europea de derechos fundamentales*, p. 193-204, 2009.
- LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. *Problems of Democratic Transition and Consolidation: South America, Southern Europe, and Post-Communist Europe*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.
- LIPSET, Seymour; ROKKAN, Stein. Cleavage: structures, party systems and voter alignments: an introduction. In: LIPSET, Seymour; ROKKAN, Stein. *Party systems and voter alignments*. New York: Free Press, 1967. p. 1-64.

- MULLER, Amrei. Limitations to and derogations from economic, social and cultural rights. *Human Rights Law Review*, Oxford University Press, n. 4, p. 557-601, 2009.
- MULLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MAUS, Didier. Le recours aux precedents etrangers et le dialogue des cours constitutionnelles. In: CONFERENCE MONDIAL DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, 23., 2009, Cidade do Cabo. *Anais...* Cidade do Cabo, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade - a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Tradução Juan J. S. Echevarria. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- MICHELMAN, Frank I. The constitution, social rights and liberal political justification. *International Constitutional Law Journal*, Oxford University Press, v. 1, p. 13-34, 2003.
- O'DONNELL, Guillermo. Illusions about consolidation. *Journal of Democracy*, 34-51, 1996.
- OAKESHOTT, Michael. *Moralidade e política na europa moderna*. Tradução António Machuco. Lisboa: Século XXI, 1995.
- OLDFATHER, Chad; BOCKHORST, Joseph P.; DIMMER, Brian P. Judicial inaction in action? Toward a measure of judicial responsiveness. *Marquette University Law School Legal Studies - Research Paper Series*, p. 30, 15 jul. 2010.
- ORGANIZACIÓN DAS NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. General Comment n. 3: the nature of States parties' obligations. In: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS, 318. ONU, 2008.
- ORGANIZACIÓN DAS NACIONES UNIDAS. *Observación general n. 19 - el derecho de seguridad social (artículo 9)*. Ginebra: ONU, 2008.
- OST, François. Entre droit et non droit, *l'interêt*. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'interet en droit privé. In: GERARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, M. Van de. *Droit et Intérêt*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 2.
- PETTIT, Philip. Deliberative democracy, the discursive dilemma, and republican theory. In: FISHKIN, Peter Laslett James S. *Debating deliberative democracy*. Oxford: Blackwell, 2008. p. 138-162.
- PETTIT, Philip. *Republicanism: una teoria sobre la libertad y el gobierno*. Tradução Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999.
- PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, p. 20-47, 2004.

SUNSTEIN, Cass. Social and economic rights? lessons from South Africa. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, p. 21, 2001.

SANDEL, Michael. A new politics of the common good. The Reith Lectures. *BBC*, 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/programmes/b00lb6bt>>. Acesso em: 05 mar. 2010.

SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*. Harvard University Press, 1998.

SANDEL, Michael. Morality in Politics. The Reith Lectures. *BBC*, 30 de Jun de 2009a. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/programmes/>>. Acesso em: 05 mar. 2010.

SANDEL, Michael. The procedural republic and the unencumbered self. *Political Theory*, v. 12, i. 1, p. 81-96, fev. 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermeneutica Jurídica*, p. 121-168, 2004.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Hermenêutica responsiva, juízes constitucionais e antigas chagas sociais: o trabalho escravo chega ao Supremo Tribunal Federal - 118 anos depois. In: BARACAT, Eduardo Milléo. *Direito Penal do Trabalho: reflexões atuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 235-258.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. O futuro da República e o Supremo Tribunal Federal. *Revista do Ministério Público*, p. 189-202, 2009.

RAWLS, John. A ideia de elementos constitucionais essenciais. In: RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 430.

RAWLS, John. *Lecciones sobre la historia de la filosofia moral*. Tradução Andrés de Francisco. Barcelona: Paidós, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIERA, Rocio Barahona. Derechos económicos, sociales y culturales: exigibilidad - niveles mínimos de cumplimiento- e indicadores. In: REUNIÓN DE EXPERTOS SOBRE POBLACIÓN, DESIGUALDADES Y DERECHOS HUMANOS. *Anais...* Santiago do Chile: CEPAL, 2006. p. 1-19.

TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power? In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjorn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n. 4/5, p. 167-175, 2004.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1.

UNITED NATIONS RESEARCH INSTITUTE FOR SOCIAL DEVELOPMENT. *Transformative Social Policy*. Research Institute for Social Development. Geneve: ONU, 2006.

VOS, Pierre de. Bridge Too Far - History as Context in the Interpretation of the South African Constitution. *African Journal on Human Rights*, p. 1-33, 2001.

WILSON, James. The rediscovery of character: private virtue and public policy. *The public interest*, 1985.

WORLD CONFERENCE ON CONSTITUTIONAL JUSTICE. Influential Constitutional Justice: its influence on society and on developing a global human rights jurisprudence: final declaration. Cape Town: Constitutional Court of South Africa e Venice Commission, 2009. v. 2.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Diritto per: valore, principi e regole: a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin. *Quaderni fiorentini*, p. 865-897, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: an Italian point of view. *International Constitutional Law Review*, v. 1, p. 621-650, 2003.

