

**O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL: A
CRISE DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E O CUSTO DOS DIREITOS**

***THE PARADIGM OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW IN BRAZIL: THE CRISIS
OF SOCIAL CONSTITUTIONALISM AND THE COST OF RIGHTS***

Artigo recebido em 17/02/2016

Revisado em 21/02/2016

Aceito para publicação em 08/07/2016

Cláudio Alcântara Meireles Júnior

Mestre em Direito e Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará - UFC (2016). Especialista em Direito Previdenciário e Trabalhista pela Universidade Regional do Cariri - URCA (2014). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - Unifor (2012). Professor dos cursos de graduação da Universidade de Fortaleza - UNIFOR e da Faculdade de Ensino e Cultura do Ceará - FAECE. Pesquisador com ênfase em Direitos Sociais, Direito Constitucional e História do Direito. Coautor dos livros: Estudos Contemporâneos em Direito do Trabalho (2013), Ensaio sobre Direito e Relações Internacionais (2015), Fomento à Cultura no Brasil (2015), Temas em Direito Constitucional do Trabalho (2016). Advogado militante.

RESUMO: Diante da crise do constitucionalismo social, que significa a inefetividade generalizada dos direitos sociais, a implementação desses direitos, que gera custos, torna-se grande desafio. Os recursos são limitados, razão pela qual a Análise Econômica do Direito pode exercer importante papel no sentido de contribuir para escolhas mais eficientes na busca pelo desenvolvimento e consequente superação da crise.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo social; Análise econômica do direito; Eficiência; Custo dos direitos.

ABSTRACT: Before the crisis of social constitutionalism, which means the widespread ineffectiveness of social rights, their implementation, which generates costs, becomes a challenge. Resources are limited, reason why the economic analysis of law can play an important role in order to contribute to more efficient choices in pursuit of development and consequent overcoming the crisis.

KEYWORDS: Social constitutionalism; Economic analysis of law; Efficiency; Cost of rights.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O paradigma do Estado Democrático de Direito e o desenvolvimento social. 1.1 O paradigma do Estado Democrático de Direito. 2 As peculiaridades da conjuntura brasileira. 2.1 A Constituição Federal de 1988 e a implementação dos direitos sociais. 3 Desenvolvimento e a crise do constitucionalismo social. 3.1 A crise do constitucionalismo social. 4 Análise econômica do direito e a implementação dos direitos sociais. 4.1 A efetividade dos direitos sociais e o custo dos direitos: contradição ou conciliação? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Pretende-se investigar sucintamente as características do paradigma do Estado Democrático de Direito, situando-o historicamente e analisando seus aspectos constitucionais e sociais que influem diretamente em como deve ocorrer a formulação dos textos normativos, como o Direito deve ser interpretado e aplicado, e como se dará a atuação do Estado.

Será contextualizado esse modelo com as peculiaridades do Brasil, seus processos históricos e realidades econômica e social, de maneira a compreender a atual conjuntura nacional, diagnosticando suas problemáticas e vislumbrando maneiras de solucioná-las.

A centralidade do debate residirá na importância da efetividade dos direitos fundamentais sociais para o desenvolvimento social, principalmente por sua característica de direitos-meio que possibilitam o gozo de outras categorias de direitos, pois a eficácia social dos direitos sociais implica na expansão das liberdades desfrutadas pelos indivíduos.

Contudo, para que isso ocorra se fazem necessárias diversas ações governamentais no sentido de proporcionar oportunidades sociais aos indivíduos, especialmente por meio de políticas, e quando a atuação estatal é inadequada ou insuficiente, uma crise constitucional e social é gerada.

Ademais, a intervenção estatal sempre gerará custos, demandando recursos que são inerentemente limitados, o que torna as escolhas da administração pública particularmente complexas, sem sequer existir a faculdade do Estado omitir-se, seja pelas prescrições constitucionais, seja pela própria demanda social que urge independentemente das previsões normativas.

Nesse sentido, serão abordadas as possíveis contribuições da Análise Econômica do Direito no sentido de que a eficiência – enquanto ausência de desperdício – deverá ser um dos

pressupostos basilares na execução das políticas que visam ao desenvolvimento e superação das desigualdades sócias.

Por fim, diga-se que será utilizada a investigação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva, visando interpretar e analisar criticamente os fatos, buscando o aprimoramento de concepções postas. A abordagem é qualitativa e o método dialético, pois busca uma maior compreensão das ações e relações humanas e uma observação dos fenômenos sociais, além de analisar o objeto como movimento da história.

1 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL

A noção de paradigma científico foi detidamente tratada no campo da filosofia do conhecimento por Thomas Kuhn, para quem os paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. (KUHN, 2005, p.13)

Alan Chalmers, ao tratar da teoria da ciência de Kuhn, diz que para o físico e filósofo americano um “paradigma é composto de suposições teóricas gerais e de leis e técnicas para a sua aplicação adotadas por uma comunidade científica específica”, e que o “paradigma determina os padrões para o trabalho legítimo dentro da ciência que governa.” (CHALMERS, 1993, p. 112-113)

Contextualizando para o campo das ciências sociais, o sociólogo do direito Vincenzo Ferrari (2000) leciona que qualquer ciência possui um caráter paradigmático, pois opera em cada momento histórico sob o marco de um paradigma, que designa os modelos teóricos que uma comunidade científica aceita como instrumentos de conhecimento válido, servindo também como instrumento de comunicação entre os cientistas que o compartilham.

Portanto, para a sociologia, e mais precisamente a sociologia do direito, os fenômenos sociais são captados e estudados a partir de uma concepção teórica, e no campo jurídico, esse paradigma será a base para o diagnóstico de problemas, fornecendo parâmetros para a concretização do direito. Por exemplo, conceitos jurídicos como liberdade e igualdade são extremamente dependentes dessa discussão paradigmática. Nesse sentido discorre Habermas (1997, p. 181):

Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em

abrir portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior.

Pode-se tratar uma concepção paradigmática do direito como fruto de determinada época e da conjuntura daquele povo, influenciando diretamente na pré-compreensão social que se tem a respeito do próprio direito, uma vez que “a interpretação do direito constitui também uma resposta aos desafios de uma determinada situação social, percebida de certa maneira”. (HABERMAS, 1997, p. 123)

Por conseguinte, o paradigma no qual está situada a sociedade, e por consequência o direito, influirá no processo de formulação dos textos normativos, em como esses serão interpretados e aplicados, conferindo “uma perspectiva à prática da criação e da aplicação do direito, ou melhor, conferem orientação ao projeto geral de concretização de uma associação de parceiros do direito, livres e iguais.” (HABERMAS, 1997, p. 127)

Nesse azo, o paradigma atual do Estado Democrático de Direito diz respeito à maneira como o hodierno aparelho institucional de exercício de poder pelo Estado está estabelecido, além de delinear qual função do Direito para a realização pragmática do sistema democrático, uma vez que o mundo jurídico comunica-se com outras esferas, influenciando e sendo influenciado por diversos subsistemas sociais, como a Economia e a Política, e essa concepção paradigmática significa inclusive como essas interações concretizar-se-ão.

1.1 O paradigma do Estado Democrático de Direito

O atual paradigma do Estado Democrático de Direito situa-se como um dos paradigmas relacionados às sociedades modernas, caracterizando-se como a superação da dicotomia entre o Estado Liberal e o Estado Social, paradigmas precedentes e que apontaram caminhos diametralmente opostos.

O paradigma do Estado Liberal estabelece-se no momento pós Revolução Francesa, de contraposição ao Estado Absolutista. Seu âmago está exatamente na limitação ao poder do Estado, sendo também denominado como o Estado de Direito, uma vez que as conquistas da burguesia francesa foram positivadas, codificadas, estando o Estado sob o império do Direito. Preconizava a autonomia privada, a livre iniciativa e livre emprego, os ditos direitos

fundamentais de 1ª dimensão (liberdades individuais), com a igualdade formal de todos perante a lei.

Na esfera da administração pública, o Estado caracterizava-se como abstencionista, burocrático e minimalista. No campo constitucional, a Constituição era concebida como documento de cunho meramente político, uma carta de intenções, ocorrendo uma prevalência do direito privado, da legislação infraconstitucional, sendo a época das grandes codificações.

Contudo, o liberalismo resulta em grande exploração do homem pelo homem, na superexploração da força de trabalho, e o ideário marxista ganha muita força no século XIX, com eventos fundamentais na busca por outra lógica, como a Comuna de Paris (1871) e a Revolução Russa (1917).

Tais acontecimentos eram embasados em forte crítica social, refletindo na luta pela concretização do princípio da igualdade, em contraposição à irrestrita liberdade de iniciativa e de contrato. Esse momento é o de configuração do paradigma do Estado Social, que se refere às liberdades reais ou concretas, dos direitos sociais, exigindo do Estado determinadas prestações, relacionadas com as garantias institucionais e busca pela materialização dos direitos formais por meio dos direitos fundamentais de 2ª dimensão.

Na esfera administrativa trata-se do Estado intervencionista e garantidor de direitos por meio da promoção de serviços públicos, pautando-se na lógica da justiça distributiva. O paradigma do Estado Social é o paradigma do Estado providência, do Estado intervencionista, dos direitos sociais. Por essa razão, trata-se do marco do constitucionalismo social, representado especialmente pela Constituição Mexicana de 1917, pela Constituição de Weimar de 1919, e no Brasil pela Constituição de 1934.

A digressão retro delineada, ainda que seja de amplo conhecimento, se fez necessária para contextualizar a crise do Estado Social paternalista, que ocorreu como consequência do grande custo da manutenção de um imenso aparato técnico-burocrático, que se tornou inviável em meio às crises econômicas da década de 70, cujo âmago foi a desregulamentação do sistema monetário em razão da desvalorização do dólar, e os choques petrolíferos resultantes da crise no Oriente Médio, acarretando na abrupta subida de preço dos barris de petróleo.

Dessa forma, os Estados que direcionavam a maioria dos seus recursos para a promoção social deixaram de ser competitivos no mercado externo em comparação com os que desoneraram suas contas. Isso acarretou no enfraquecimento das sociais-democracias, especialmente do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). Portanto, em resumo, a crise do paradigma social decorre da sobrecarga com os custos dos encargos sociais, não comportados em tempos de crise econômica.

Enquanto isso, logo após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu grande efervescência no âmbito constitucional, com ampla discussão na esfera internacional a respeito dos direitos humanos, acarretando numa remodelagem dos Estados Nacionais, num forte vetor axiológico de hegemonia dos princípios, dotados de normatividade, e contraposição ao positivismo normativista. Lopes Filho (2014, p. 69) identifica três características fundamentais do constitucionalismo contemporâneo:

[...] o compromisso moral, ao tomar o capítulo dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores; a constitucionalização do Direito, ao propor a interpretação jurídica em cotejo com tais valores constitucionais, mesmo nas relações privadas regidas pelo direito civil; e a força normativa da Constituição, que vincula a todos por meio das disposições de direitos fundamentais, independentemente de lei parlamentares.

Por conseguinte, o paradigma do Estado Democrático de Direito tem a pretensão de superação das dicotomias dos paradigmas anteriores, que abrange tanto a valorização da liberdade, como da igualdade, reduzindo drasticamente a envergadura do Estado Providência, sem, contudo, retroceder nas conquistas do Estado Social, mais precisamente quanto aos direitos sociais, dentro dessa perspectiva constitucional de protagonismo dos direitos fundamentais.

Mas o coração desse paradigma reside também no exercício democrático do poder, afastando-se do Estado de Direito no que diz respeito ao elemento democrático, que “não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder; foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder.” (CANOTILHO, 2011, p. 100)

Diferenciando-se do paradigma do Estado Social também no que diz respeito à insuficiência da justiça distributiva de bens públicos, que trata os cidadãos como clientes de uma administração meramente provedora de bens, se fazendo necessária a justiça do participável, do poder político exercido por todos os cidadãos. Nesse sentido é o Paradigma Procedimentalista de Habermas (1997, p. 189-190):

O paradigma procedimentalista distingui-se dos concorrentes [...]. Pois, a sociedade civil e a esfera pública constituem para ele pontos de referência extremamente fortes, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada.

[...]

[...] divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.

Para Habermas (1997), na sociedade contemporânea de cultura fragmentada e pluralismo político, não há um *ethos* social unanimemente compartilhado por todos os seus integrantes, o que torna a garantia dos procedimentos de participação democrática e exercício do poder político são fundamentais.

Ou seja, os próprios cidadãos deverão definir as prioridades do Estado no que diz respeito à partilha dos bens públicos e de como se dará a promoção social. Os destinatários das políticas de Estado que definirão que políticas serão essas. Nesse sentido, para Habermas, “a liberdade moral de cada cidadão passa a se dividir em a) uma autonomia pública de legislador; e b) uma autonomia privada de destinatário do direito”, razão pela qual “a autonomia pública é co-originária da autonomia privada, sem nenhuma relação hierárquica entre elas”. (SIMIONI, 2007, p. 129)

É nesse complexo contexto que o paradigma do Estado Democrático de Direito estabelece-se, sendo denominado por Canotilho como Estado Constitucional Democrático, uma vez que “Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado (...) o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional”, e esse “Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito”. (CANOTILHO, 2011, p. 92-93)

E como essa conexão é estabelecida? Segundo o constitucionalista português, é a soberania popular que “assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular”, que “serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’ possibilitando a compreensão moderna de ‘Estado de direito democrático’”. (CANOTILHO, 2011, p. 100)

Isso em razão de que “Estado de direito e democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade”, pois no primeiro “concebe-se a liberdade como liberdade negativa, ou seja, uma ‘liberdade de defesa’ ou de ‘distanciação’ perante o Estado. É uma liberdade liberal que ‘curva’ o poder”, ao passo que no segundo “estaria inerente a liberdade positiva, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder”, sendo “a liberdade democrática que legitima o poder”, e a Constituição é a lei fundamental escrita legitimada pelo exercício do poder político pelo povo. (CANOTILHO, 2011, p. 99)

Isso posto, o atual paradigma do Estado Democrático de Direito significa a agregação de aspectos importantes dos paradigmas anteriores, mas com centro no procedimento democrático, que concatena a multiplicidade de interesses dos diversos segmentos sociais formadores da sociedade contemporânea pluralista, onde há deferência de força normativa

vinculante e conformadora da realidade social à Constituição, fruto da soberania popular, tornando-a a grande protagonista desse modelo jurídico-social.

2 AS PECULIARIDADES DA CONJUNTURA BRASILEIRA

Primeiramente, cabe ressaltar que não ocorreu no Brasil a passagem linear dos paradigmas anteriormente expostos. Não houve a consolidação do Estado Liberal, representando o Estado Social seu contraponto, posteriormente sucedido pelo Estado Democrático de Direito.

Enquanto a modernidade contemplava o Estado Liberal, inclusive quanto aos efeitos perniciosos das posições extremadas, no Brasil, apenas no final do século XIX ocorreu a abolição formal da escravatura, mas permanecendo diversas limitações à participação política, tanto dos negros como de outros segmentos sociais, ainda durante décadas, posto que “as práticas eleitorais impediam o desenvolvimento da cidadania”. (GALDINO, 2005, p. 172)

Por exemplo, a “Constituição de 1891 era a encarnação, em texto legal, do liberalismo republicano moderado que havia se desenvolvido nos EUA”, contudo, a sociedade brasileira nada tinha de liberal, posto que “a vida constitucional da República Velha esteve muito distante do liberalismo, marcada pelo coronelismo, pela fraude eleitoral e pelo arbítrio dos governos.” (SARMENTO, 2013, p. 109-111)

A partir de 1930, com o fim da República Velha (hegemonia exclusivista do segmento agroexportador do café) e a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, ressalva-se a curta vida da Constituição de 1934, que “inaugurou o constitucionalismo social no Brasil”, incorporando “uma série de temas que não eram objeto de atenção nas constituições pretéritas, voltando-se à disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura.” (SARMENTO, 2013, p. 117)

Entretanto, tais avanços restringiram-se ao campo jurídico constitucional, sem reais repercussões na realidade social, com a célere ascensão do período ditatorial representado pelo Estado Novo e a outorga da Constituição de 1937. Nesse Estado Totalitário os direitos sociais são utilizados como objeto principal da política populista do governo Getúlio Vargas, e num “Estado Totalitário, em que a representação política não passava de fachada, e em que direitos individuais não eram tutelados, florescem os direitos sociais”, destacando-se que “a tutela dos direitos sociais restringia-se aos direitos sociais trabalhistas (e eventualmente previdenciários), não englobando muitas outras situações jurídicas que são entendidas como direitos sociais”. (GALDINO, 2005, p. 173)

Após esse período de exceção, na onda do momento constitucional pós Segunda Guerra Mundial, segundo Daniel Sarmiento (2013, p. 132), a “Constituição de 1946 buscou conciliar liberalismo político e democracia com o Estado Social”, porém, sem “abdicar dos direitos trabalhistas e da intervenção do Estado na ordem econômica”. A referida Constituição contemplou ainda o voto universal obrigatório e secreto para homens e mulheres alfabetizados, e gozou de certo período de estabilidade institucional, que perdurou até a crise que antecedeu o golpe militar de 1964, que inaugurou um período de extremo autoritarismo, restrições a liberdades individuais e direitos políticos.

Durante a Ditadura Militar, houve a ampliação da concentração de renda e elevação da desigualdade social, posto que o governo pautou-se na tese de que primeiro era necessário assegurar o crescimento do bolo (aumento da riqueza nacional) para depois dividi-lo (compartilhar os benefícios do desenvolvimento). O modelo econômico do nacional-desenvolvimentismo obteve êxito no que diz respeito ao crescimento econômico do país, com índices que superavam 10% ao ano, além do aumento do Produto Interno Bruto e da industrialização do país, entretanto, deixou uma herança nefasta (NÓBREGA, 2005, p. 290):

Seu legado incluía uma indústria complexa, mas ineficiente. Ficaram as desigualdades sociais forjadas pela baixa prioridade à educação e pela concentração da renda nas mãos de grupos beneficiários do modelo. Ainda do lado negativo, o nacional-desenvolvimentismo forjou uma mentalidade intervencionista nas elites, uma cultura paternalista e uma crise fiscal considerável.

Nesse sentido, percebe-se que os paradigmas de definição do Estado e os respectivos quadros constitucionais brasileiros se distanciam de outras realidades e teorias que são importadas e reproduzidas acriticamente pela doutrina nacional. Entretanto, a digressão do tópico anterior é fundamental para situar o debate quanto a crise do constitucionalismo social e os custos dos direitos, pois, uma vez que a implementação dos direitos sociais nunca ocorreu de maneira satisfatória, o Estado do bem-estar social ainda seria um porvir, e não um modelo que falhou e foi superado.

Portanto, com o período de redemocratização e a composição do que seria a Constituição Federal de 1988, houve grande aspiração não só pelo estabelecimento de procedimentos e mecanismos que garantissem a participação no sistema democrático, mas também o anseio pela superação das desigualdades sociais que foram intensificadas com o período de ditadura militar.

2.1 A Constituição Federal de 1988 e a implementação dos direitos sociais

A sociedade brasileira possui formação cultural extremamente diversificada, o que contribuiu para a consecução de uma identidade heterogênea e complexa, composta inclusive por antagonismos e tensões entre os diversos grupos sociais. Nesse sentido, não é viável almejar um consenso unânime e homogêneo entre essas forças, preconizando-se pelo trabalho dos conflitos por meio de mecanismos institucionais. (CHAUÍ, 2007)

Contudo, a opção brasileira consagrada na Constituição Federal de 1988 foi por um texto constitucional composto por muitos valores substantivos objetivados, ou seja, não se limitou a questões estruturais ou procedimentais. Entendeu o poder constituinte originário que a garantia do efetivo procedimento de participação democrática deveria ser associada à consagração e realização de diversos valores tidos como imprescindíveis para a concretização dessa democracia.

Isso foi consequência de um processo histórico-social, pois a Constituição Federal de 1988 foi promulgada logo após a Ditadura Militar, período caracterizado pelo autoritarismo político e repressão das divergências que perdurou de 1964 até o início da redemocratização em 1985. Ademais, diversos problemas cresceram durante o Regime Militar, e, em seus últimos anos, a inflação e a recessão eram extremamente altas.

Na formulação da nova constituição, houve grande tendência para que o texto constitucional não apresentasse apenas direitos dos cidadãos e as instituições básicas do país, mas que fosse capaz de solucionar muitos problemas, pois esse era entendido como momento propício para tal, como assinala Boris Fausto (2000, p. 524):

O texto da constituição, muito criticado por entrar em assuntos que tecnicamente não são de natureza constitucional, refletiu a pressão dos diferentes grupos da sociedade. As grandes empresas, os militares, os diferentes sindicalistas etc. procuraram introduzir no texto normas que atendessem a seus interesses ou se harmonizassem com suas concepções. Em um país cujas leis valem pouco, os vários grupos trataram assim de fixar o máximo de regras no texto constitucional, como espécie de maior garantia de cumprimento.

Não por acaso “a Constituição brasileira de 1988 foi carregada com os direitos compreendidos na tarefa de redemocratização do país e sobrecarregada com as aspirações relativas à superação da profunda desigualdade social produzida ao longo de sua história”, isso porque o “desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização de

oportunidades sociais e da eliminação da situação de subumanidade em que se encontra quase um terço da sua população.” (BUCCI, 2006, p.10)

Essa ambição constitucional de busca pelo desenvolvimento social do país permeia de maneira intensa a Constituição brasileira de 1988, como se percebe pelos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil insculpidos no art. 3º: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A respeito do inciso I, que inscreve o desígnio de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, pode-se afirmar que desse dispositivo extrai-se o princípio da solidariedade social, que “interfere nas relações entre a seara política e a jurídica, associando o direito à democracia, assumindo papel de princípio central da ordem jurídica, a partir do qual devem ser interpretados os demais princípios e regras.” (MATIAS, 2009, p. 79)

Historicamente, a solidariedade social foi “concebida como resposta as inquietações que marcaram o final do século XIX e início do século XX”, sendo uma “fórmula criada para permitir maior espaço ao ideário socialista sem o sacrifício das liberdades individuais, ou seja, tinha por finalidade promover a conciliação entre o individual e o social.” (MATIAS, 2009, p. 79)

Nesse sentido, essa ideia de solidariedade social associa-se à noção de corresponsabilidade, ou responsabilidade coletiva pelo desenvolvimento da sociedade, já contemplada pelo paradigma do Estado Social (DINIZ, 2007, p. 179):

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

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a solidariedade social vai além de ser concebida como tão somente um padrão ético – não que isso seja pouco -, mas é contemplada como princípio jurídico, norteando a interpretação e aplicação de dispositivos normativos, servindo de fundamento para decisões judiciais, escolhas da administração pública e de balizamento para a formulação de novas leis.

Ora, o próprio artigo 170 da atual Constituição brasileira traz prevê a conciliação da valorização do trabalho humano com a livre iniciativa, com o escopo de assegurar a todos

existência digna, prevendo dentre os princípios da ordem econômica a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, e até a redução das desigualdades regionais e sociais.

Como já dito, o princípio da solidariedade social tem como escopo promover a conciliação entre o individual e o social, e tal objetivo fundamental é pedra angular para o planejamento, instauração e cumprimento de políticas públicas, fundamentais para o desenvolvimento social do país. Nesse cenário, os direitos sociais ganham protagonismo essencial (DINIZ, 2007, p. 178):

[...] a denominação *direitos fundamentais sociais* encontra seu fundamento ou justificativa na simples circunstância de que a dimensão existencial do ser humano é acolhida, pelo constituinte, em sua dimensão comunitária real, o que impõe os poderes públicos a obrigação indeclinável de criar condições sociais de igualdade formal e material, fazendo-o mediante prestações fático-materiais, previstas no ordenamento jurídico, ou pela manutenção e equilíbrio de forças na dinâmica do Mercado e nas relações econômicas em geral.

No que diz respeito ao protagonismo da Constituição e sua força normativa – características do Estado Democrático de Direito – no contexto dos direitos sociais, importa destacar então a lição de Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 77-78), em análise do suporte fático dos direitos fundamentais, na qual afirma que “o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito”, e que tais direitos restariam violados sempre que ocorresse uma omissão ou ação insuficiente do Estado sem qualquer fundamentação jurídico-constitucional.

Os direitos sociais estão localizados no Título II da Constituição Federal de 1988, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, mais precisamente no “Capítulo II - Dos direitos sociais”, sendo previstos no art. 6º os seguintes direitos: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados.

São também caracterizados como direitos-meio, “cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração”, pois, por exemplo, como um analfabeto exerce plenamente o direito à livre manifestação de pensamento, sendo indiscutivelmente necessária a efetividade do direito à educação. (BUCCI, 2006, p.3)

E em razão dessa pretensão constitucional de supressão das desigualdades historicamente estabelecidas, com o necessário rearranjo das respectivas relações de poder,

que um dos desafios do Estado é a criação de políticas específicas para a implementação dos direitos sociais, que reclamam tratamento apropriado e participação da sociedade junto aos poderes competentes, visando não somente a eficácia jurídica do texto normativo, mas também a eficácia social (efetividade) da norma jurídica.

Portanto, a atuação estatal visa à “concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”, e à “realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”, pois “não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições”. (BARROSO, 2006, p. 82)

Esse diagnóstico coaduna-se com a função estatal de tomar providências concretas com o escopo de proporcionar o ambiente social adequado ao desenvolvimento de fatores de inclusão do homem na sociedade, tendo nas políticas públicas importante instrumento. A respeito do conceito de políticas públicas, Celina Souza (2006, p. 24-26) disserta:

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

[...]

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

De maneira sintética e simplificada, pode-se afirmar que as políticas públicas são programas sistematizados de ação do governo que visam determinados resultados, compreendidos como fundamentais para a concretização de objetivos sociais contemplados no texto constitucional. Na delimitação de um conceito jurídico de políticas públicas, Bucci disserta (2006, p. 39):

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo,

processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

A própria definição desses objetivos sociais de maneira precisa, tornando-os mensuráveis, aloca a questão das políticas públicas num campo de grande controvérsia, tendo em vista a inerente tensão social constitutiva da democracia brasileira. Nesse sentido (LIMA, 2013, p. 368-369):

[...] a questão das políticas públicas é centrada numa perspectiva extremamente conflitiva, porque partejada numa consonância sistêmica de interesses, fazendo com que o Poder Público assumira uma posição de conhecedor (função cognitiva) e, concomitantemente, de gestor (função gerencial) das inevitáveis divergências de interesses; portanto, ele assume a posição de observador e de participante de todo o processo, haja vista a sua gigantesca estrutura de órgãos e entidades que participam ou observam o trâmite das políticas públicas. Logo, nessa árdua tarefa, se afigura extremamente importante a precisa compreensão do componente jurídico, econômico, político ou social em se assentam as decisões viabilizadoras das políticas públicas.

Numa sociedade complexa e antagônica como a brasileira, na qual não é viável estabelecer de maneira linear e estática uma única concepção ético-moral genericamente compartilhada por todos os atores sociais, em que a própria caracterização do que seria a justiça social ideal é extremamente controversa, nada é tão óbvio e pacífico que não possa ser objeto de concorre políticos.

Contudo, balizados por referenciais adequados e devidamente adaptadas à realidade brasileira, se faz possível construir parâmetros norteadores do que se concebe por desenvolvimento social, numa busca por mecanismos que possibilitem a ascensão social e diminuição da disparidade entre as classes sociais.

3 DESENVOLVIMENTO E A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Ainda que exista uma série de peculiaridades na conjuntura histórico-cultural brasileira, os contornos teóricos do paradigma do Estado Democrático de Direito explicitados no primeiro tópico são fundamentais para o diagnóstico dos problemas e a definição das melhores soluções, uma vez que, como já dito, a justiça distributiva de fornecimento de bens públicos aos cidadãos, tratando-os como clientes de um Estado Paternalista, não traduz os atuais anseios de desenvolvimento social.

Nesse contexto insere-se com precisão a noção de desenvolvimento para Amartya Sen (2010, p. 10) e o papel das diferentes formas de liberdades, posto que o economista indiano concebe a expansão de liberdades substantivas como principal fim e principal meio do desenvolvimento, pois o “desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.”

Nesse sentido, a eliminação das privações de liberdades é constitutiva do próprio desenvolvimento, e a condição de agente dos atores sociais é indispensável para lidar com essas privações, entretanto, essa condição de agente é limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas, razão pela qual “é importante o reconhecimento simultâneo da centralidade da liberdade individual e da força das influencias sociais sobre o grau e o alcance da liberdade individual.” (SEN, 2010, p. 10)

Por conseguinte, os cidadãos não devem ser concebidos como beneficiários passivos de engenhosos programas de desenvolvimento social, remetendo o autor a uma impaciência construtiva, no sentido do protagonismo do indivíduo no próprio processo de consecução do desenvolvimento, e não de mero cliente de um Estado providência.

Essa linha de entendimento aproxima essa noção de desenvolvimento com os aspectos constitutivos do paradigma do Estado Democrático de Direito, especialmente quanto ao princípio democrático, relacionando-se a condição de agente delineada por Amartya Sen, tanto com a liberdade positiva definida por Canotilho como liberdade democrática que repousa no exercício democrático de poder, como também com a defesa de Habermas ao procedimentalismo no sentido de que os cidadãos podem entender-se entre si para diagnosticar tanto seus problemas como o modo de resolvê-los. (SEN, 2010; CANOTILHO, 2011; HABERMAS, 1997)

Para Sen (2010, p. 18), o que os indivíduos conseguem "realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas”, mas essas oportunidades serão proporcionadas por disposições institucionais “influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.”

Contundo, rememorando o contexto brasileiro de ampla desigualdade social, concentração de renda, e profundo antagonismo de classes, o aspecto concernente à extirpação das privações de liberdades é fundamental para o efetivo desenvolvimento social do país, uma vez que as principais fontes de privação de liberdade apontadas por Sen ainda

são realidade banal no Brasil, tais quais: pobreza, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos. (2010, p. 16-17)

Conforme Sen (2010, p. 10), existe sim uma importância intrínseca da liberdade humana, mas será suplementada pela “eficácia instrumental de liberdades específicas na promoção na promoção de liberdades de outros tipos”. Isso ocorre porque o desenvolvimento está engendrado de forma integrada na expansão de liberdades substantivas interligadas, num “processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.” (SEN, 2010, p. 16)

Repita-se que para o economista indiano, a expansão de liberdades é considerada tanto o fim primordial como o principal meio do desenvolvimento. É o fim primordial ao exercer papel constitutivo do desenvolvimento, implicando necessariamente que os indivíduos sejam dotados das capacidades de esquivarem-se carências como a “fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc.” (SEN, 2010, p. 55)

É o principal meio do desenvolvimento em razão de seu papel instrumental, concernente “ao modo como diferentes tipos de direitos, oportunidades e intitamentos [*entitlements*] contribuem para a expansão da liberdade humana em geral e, assim, para a promoção do desenvolvimento”, razão pela qual a “eficácia da liberdade como instrumento reside no fato de que diferentes tipos de liberdade apresentam inter-relação entre si, e um tipo de liberdade pode contribuir imensamente para promover liberdades de outros tipos.” (SEN, 2010, p. 56-57)

Nesse sentido de inter-relações e complementaridade de diferentes tipos específicos de liberdades, Sen (2010, p. 58) apresenta 5 (cinco) tipos de liberdades instrumentais: “(1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora.”

As denominadas oportunidades sociais estão intimamente relacionadas com a efetividade de diversos direitos sociais e a implementação de políticas públicas, posto que, para Sen (2010, p. 59), essas oportunidades sociais “são as disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação, saúde etc., as quais influenciam a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor”. Enfatizando as inter-relações já remetidas, prossegue o autor (2010, p. 59-60):

Essas facilidades são importantes não só para a condução da vida privada (como por exemplo levar uma vida saudável, livrando-se de morbidez evitável e da morte prematura), mas também para uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas. Por exemplo, o analfabetismo pode ser uma barreira formidável à participação em atividades econômicas que requeiram produção segundo especificações que exijam rigoroso controle de qualidade (uma exigência

sempre crescente no comércio globalizado). De modo semelhante, a participação política pode ser tolhida pela incapacidade de ler jornais ou de comunicar-se por escrito com outros indivíduos envolvidos em atividades políticas.

Nessa linha de conexões, interdependência e complementaridade dos diversos tipos de liberdades, relacionando as oportunidades sociais na visão de Amartya Sen e o constitucionalismo social, remeta-se à concepção holística dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito aos direitos sociais como direitos-meio, cuja concretização é condição *sine qua non* para o pleno gozo das liberdades individuais e outras categorias de direitos.

Ora, garantidos por adequadas oportunidades sociais como, por exemplo, serviços de educação e saúde, “os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros”, dotados de liberdades reais e sólidos instrumentos de exercício da cidadania. (SEN, 2010, p. 26)

E para essa concretização dos direitos sociais, conforme explanação pretérita, inafastáveis são as políticas públicas, as quais, segundo Sen (2010, p. 25), “visando ao aumento das capacidades humanas e das liberdades substantivas em geral podem funcionar por meio da promoção dessas liberdades distintas mas inter-relacionadas.”

Assim sendo, a implementação de políticas públicas precisas e adequadas ao quadro social influirá decisivamente na efetividade dos direitos sociais, contribuindo para a superação das desigualdades sociais, com expansão das liberdades dos cidadãos na sua capacidade de agente.

3.1 A crise do constitucionalismo social

A função do paradigma para o Direito refere-se a como a conjuntura social e os modelos teóricos de determinada época influirão na compreensão prévia a respeito do próprio Direito, seu papel no aparelho institucional de exercício de poder pelo Estado e sua função no jogo democrático, delineando como se dará o processo de formulação dos textos normativos, inclusive quanto ao seu conteúdo e alcance, e em como esses textos serão interpretados e aplicados.

Dito isso, reitera-se que o atual paradigma do Estado Democrático de Direito no Brasil não significou a superação do Estado Social, pois sequer a justiça distributiva fora contemplada significativamente, e, não por acaso, a Constituição Federal de 1988 é

caracterizada pela vasta objetivação de valores substanciais, inexistindo um período de concreto funcionamento do Estado do bem-estar social no Brasil (STRECK, 2013, p. 88):

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

Por questões de cunho histórico-social já explanadas, no “Brasil, a modernidade, em muitos aspectos, ainda é tardia e arcaica”, e o “que houve (há) é um simulacro de modernidade”, pois “existe um imenso déficit social em nosso País, e por isso temos de defender as instituições da modernidade contra as tentativas de enfraquecimento do Estado.” (STRECK, 2013, p. 88-89)

Por essa razão, especialmente quanto aos custos do Estado Social, que não foram suportados em momentos de crise econômica na Europa, sendo um dos fatores primordiais da superação desse paradigma naquela região do globo, para o Brasil, país de modernidade tardia ou periférica, foi (é) a ausência do Estado do bem-estar social “o responsável pela pequena competitividade do país no mercado”. (BUCCI, 2006, p. 4)

E apesar (ou em razão) dessa histórica negligência com a questão social, a Constituição Federal de 1988 traduz verdadeiro espírito de anseio pela mudança social. Entretanto, ainda que se tenha a Constituição como elemento conformador da realidade social, ou, no mínimo, dotado de tal pretensão, por óbvio, não é a mera previsão no texto constitucional de determinado direito o suficiente para a concreção do respectivo comando normativo no mundo dos fatos. Bonavides leciona que (2012, p. 395):

Com efeito, na Constituição de 1988 as promessas constitucionais ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem a concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora.

[...]

Em razão dessa omissão constitucional e de outras incorporadas já à tradição de nosso constitucionalismo programático, a autoaplicabilidade das regras da Constituição em matéria de direitos sociais e a eficácia das garantias que a Constituição possa oferecer nesse tocante constituem pontos cardeais das reflexões sobre a crise da estatalidade social no Brasil.

Pertine remeter à classificação muito difundida na doutrina brasileira concernente à aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais: normas de eficácia plena, dotadas de aplicabilidade direta, imediata, integral; normas de eficácia contida, com aplicabilidade direta, imediata, mas depende de limites infraconstitucionais; e normas de eficácia limitada, que possuem forma normativa, mas dependem de lei para sua aplicação. (SILVA, 2007)

Todavia, por essa classificação, os direitos sociais – cuja magna importância para o desenvolvimento social já foi explanada –, em sua maioria, seriam normas de eficácia limitada, dotados de normatividade enfraquecida e débil exigibilidade. Seriam “normas programáticas, caracterizadas por ele como princípios gerais informadores do regime jurídico, que envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômica-social, mediante prestações positivas a fim de realizar o bem comum.” (OMMATI, 2011, p. 127)

O sólido desenlace da função social da norma, sua operatividade, enfim, a consecução de sua eficácia social, depende de uma série de fatores, dentre eles a atuação do próprio Estado no sentido de aplicar a Constituição. No entanto, essa concepção de normas constitucionais programáticas, de eficácia limitada, de mero prospecto do que poderá ou não ocorrer, é insuficiente ao atual quadro social do Brasil, pois (BONAVIDES, 2012, p. 393):

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

Para Bonavides (2012, p. 393), “se concentrarmos nossas reflexões sobre o Brasil, veremos que o grande problema do momento constitucional brasileiro é o de como aplicar a Constituição”, sendo que o “constitucionalismo social resume todo o problema da legitimidade do ordenamento brasileiro tocante ao exercício e organização do poder e retrata hoje a crise profunda do Estado e da Sociedade.” (BONAVIDES, 2012, p. 394)

Nesse azo, a inefetividade generalizada dos direitos sociais em razão da atuação inadequada e insuficiente do Estado, acarreta na crise do constitucionalismo social hodiernamente experienciada pelo Brasil, que mantém as profundas desigualdades sociais, as privações de liberdades dos indivíduos, e a capacidade de agente dos cidadãos,

impossibilitando o adequado desenvolvimento social, dada a interdependência dos direitos fundamentais e a complementaridade das diferentes formas de liberdade.

A eficácia social dos direitos sociais como a potencialidade da norma jurídica de ser efetivamente aplicada a casos concretos, da concreção na realidade social do ser, por fim, da implementação da função social da norma, é pressuposto indispensável para a superação da crise do constitucionalismo social, que corroborará para o desenvolvimento do país.

E ainda que seja da administração pública a função de implementar as políticas públicas indispensáveis à concreção dos direitos sociais, cabendo ao Executivo e Legislativo as discussões a respeito do orçamento e direcionamento de verbas para as ações do Estado, dentro da perspectiva já discutida do constitucionalismo contemporâneo, assentou-se a possibilidade da exigibilidade desses direitos sociais por meio da judicialização das demandas, sempre que ocorrer uma omissão ou ação estatal insuficiente não justificada constitucionalmente.

Porém, o Judiciário atua já como retificador, o que não escusa a necessidade de uma melhor administração dos recursos pelo Estado no sentido de implementar as necessárias políticas de desenvolvimento social.

Os direitos possuem custos, e dada a escassez dos recursos que limita inexoravelmente as possibilidades de suprir as inesgotáveis necessidades sociais, especialmente quando significativa parcela da população permanece despossuída dos bens mais essencialmente necessários para uma vida digna, a definição dos programas de ação estatal e a consequente alocação dos recursos para implementação das políticas públicas permanece em constantemente disputa, o que por vezes torna incompleta e fragmentada a atuação do Estado no sentido de efetivar os direitos sociais, o que influi diretamente na crise do constitucionalismo social.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Não guarda controvérsias o fato de que a manutenção do aparato estatal técnico-burocrático gera custos, e, tendo em vista que é por meio da atuação da administração pública que ocorre a implementação de políticas de desenvolvimento social que visam à concreção dos comandos normativos constitucionais, para que saiam da previsão textual e de discussões meramente retóricas, cumprindo sua função social, os direitos demandam custos econômicos.

Especialmente no que tange à efetividade dos direitos sociais, cuja inafastável necessidade das políticas públicas tornam esses direitos centrais no debate a respeito das inserções da Economia no Direito. A respeito das contribuições da Análise Econômica do Direito (AED), Forgioni afirma que (2006, on line):

O ambiente institucional em que vivemos, caracterizado por embates estéreis e incertezas, força-nos a desnudar as estratégias e os instrumentos jurídicos de que se pode lançar mão para a implementação de políticas públicas. Daí ser importante deixar bem vincado, desde logo, que a AED pode e deve ser aplicada em benefício da implementação de políticas públicas, com o escopo de incrementar o grau de eficácia material do ordenamento jurídico, em especial dos artigos 170, 1º e 3º da Constituição do Brasil.

A AED pode ser situada no campo das disciplinas zetéticas, cujas investigações têm como objeto o direito no âmbito de outros campos do conhecimento, como a Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica, História do Direito, Psicologia Jurídica, e, no caso, a AED, também referida como Direito e Economia, é uma disciplina concebida “como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas”. (SALAMA, 2008, p. 9)

Partindo do pressuposto basilar da Economia de que os seres humanos possuem necessidades potencialmente ilimitadas, entretanto, no mundo existe uma implacável escassez de recursos para suprir essas necessidades, a alocação desses recursos precisa ser eficiente. Portanto, a AED contribui para a conciliação do jurídico com o eficiente, ou ainda em considerar o justo, mas também prever as prováveis consequências pragmáticas das decisões tomadas.

Isso porque os custos não são algo externo ao direito, ou seja, não são uma óbice aos direitos fundamentais, senão um meio necessário para sua implementação, ou seja, pressupostos pragmáticos para a sua realização, pois são os recursos econômicos do Estado que possibilitam a implementação de políticas públicas que miram a efetividade dos direitos fundamentais sócias. Nesse sentido, Galdino (2005, p. 235):

O que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar com aquele mesmo “direito”.

A compreensão dos custos como meios de promoção dos direitos, e a observação empírica de que tais meios são insuficientes para atender a todas as demandas, leva necessariamente à conclusão de que não é propriamente a “exaustão da capacidade orçamentária” que impede a realização de um determinado direito subjetivo

fundamental (embora isso também seja possível). O referido argumento usualmente presta-se a encobrir as trágicas escolhas que tenham deixado de fora do universo do possível a tutela de um determinado bem invocado na qualidade de “direito” fundamental.

Trata-se da constatação de que não existem recursos financeiros ilimitados, pelo contrário, especialmente no Brasil, dos já exaustivamente apontados problemas sociais, as decisões jurídico-políticas referentes aos serviços públicos serão sempre escolhas trágicas, que significarão, em alguma medida, algum sacrifício.

Por essa razão, independentemente da escolha – não que seja irrelevante, longe disso, apenas não é o objeto específico de discussão no presente momento – a sua execução precisa ser eficiente. Mas qual seria a noção de eficiência mais adequada para o Direito?

Esse é um debate ainda muito controverso, e segundo Bruno Salama (2008, p. 22-23), o “termo ‘eficiência’ tem diversas acepções”, podendo referir-se “à maximização da riqueza e do bem-estar e à minimização de custos sociais”, como remete também a critérios cientificamente construídos por economistas como a eficiência Paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks.

Para a eficiência Paretiana a chamada melhora de Pareto é assim compreendida: “[d]ada uma gama de possíveis alocações de benefícios ou renda, um alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro indivíduo”, dessa maneira, “[u]ma alocação será ótima no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto”, ou seja, “uma situação será eficiente se, e somente se, nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos um outro indivíduo piore a sua.” (SALAMA, 2008, p. 23)

Dessa forma, como “um ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável”, pode-se considerar que “a concentração de todos os recursos da sociedade em um único agente seria ótima no sentido de Pareto, porque qualquer realocação deixaria este único detentor de bens em uma situação pior”, razão pela qual, “pelo critério Paretiano, praticamente nenhuma mudança (por exemplo, uma mudança legislativa) será possível na ausência de unanimidade” o que acarreta numa “limitação prática muito séria à utilização da eficiência Paretiana como guia de políticas públicas.” (SALAMA, 2008, p. 23-24)

Já no que diz respeito ao critério de Kaldor-Hicks, leciona Salama (2008, p. 24) que esse critério procura “superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo fica em posição pior”, e em conformidade com o

critério de eficiência Kaldor-Hicks, “o importante é que os ganhadores *possam* compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer que o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas *ainda que haja perdedores*”. Nesse sentido, comparando os dois critérios de eficiência (SALAMA, 2008, p. 24):

O ótimo de Pareto se completa com um outra noção, o chamado critério (ou compensação) de Kaldor-Hicks. Suponha que uma mudança qualquer (por exemplo, a edição de uma nova lei) beneficie um determinado grupo de indivíduos (os “ganhadores”) mas prejudique outro grupo (os “perdedores”). Pelo critério de Pareto, tal mudança não poderia jamais ser eficiente (afinal, há “perdedores”, isto é, indivíduos que pioram sua situação com as mudanças). Assim, por este critério, qualquer norma que estabeleça um privilégio, por mais nefasto que seja, jamais poderia ser alterada (afinal, o detentor deste privilégio sairia prejudicado pela mudança legislativa, mesmo que ela beneficiasse toda a sociedade). A lei perderia toda a sua plasticidade e a sociedade estaria fadada ao total imobilismo.

Entretanto, se para o critério de Pareto os chamados “perdedores” deveriam ser necessariamente compensados, como uma forma de anular suas perdas, pelo critério de Kaldor-Hicks, é suficiente que a compensação seja meramente possível, ainda que não aconteça de fato. Nesse sentido (SALAMA, 2008, p. 24-25):

A utilização da eficiência de Kaldor-Hicks como guia para políticas públicas também não está livre de problemas. A crítica mais comum é a de que este critério apenas leva em consideração o nível de riqueza, mas deixa de lado o problema da sua distribuição. Além disso, a comparação cardinal de níveis agregados de bem-estar traz consigo uma série de problemas, como por exemplo o fato de que o valor marginal do dinheiro é diferente para ricos e pobres (ou seja, “R\$1,00 vale mais para um indivíduo pobre do que para um indivíduo rico”) e o fato de que a mensuração se dá em um momento limitado no tempo, mas o que é eficiente hoje pode deixar de sê-lo amanhã se um único indivíduo, por exemplo, alterar suas preferências.

Contudo, ainda que os critérios apontados possam ser considerados insuficientes ou incompletos para uma aplicação absoluta ao mundo jurídico, “a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis conseqüências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas.” (SALAMA, 2008, p. 36)

Posto isso, para a presente discussão, o que é pacífico é a noção de eficiência como ausência de desperdício, não se equiparando eficiência e justiça, conforme a tese de Calabrese de que “a eficiência jamais poderia ser fundação ética do Direito, pois os sistemas jurídicos devem, em primeiro lugar, ser justos, e apenas em segundo lugar, devem contribuir para a maximização da riqueza e redução dos custos sociais”, não sendo a maximização da riqueza

um fundamento ético do Direito, e sua relação com os custos sociais deve ser tratada “em um contexto amplo de discussão dos meios e fins para a atuação do Estado Regulatório moderno”. (SALAMA, 2008, p. 28)

Por conseguinte, na linha da versão regulatória da relação entre Direito e Economia de Calabresi, a AED “serviria para (a) definir a justificativa econômica da ação pública, (b) analisar de modo realista as instituições jurídicas e burocráticas e (c) definir papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas.” (SALAMA, 2008, p. 35)

Problemas complexos exigem soluções complexas, e na implementação de políticas públicas visando à superação da crise do constitucionalismo social, a análise entre meios e resultados pretendidos é inafastável, e não só, as previsões de resultados objetivos e do lapso temporal no qual se pretende alcançá-los, são pressupostos imprescindíveis da ação governamental, motivo que leva à inescusável análise da eficiência das medias, de sua execução e suas implicações.

4.1 A efetividade dos direitos sociais e o custo dos direitos: contradição ou conciliação?

Como já dito, os custos não são algo externo ao direito, uma espécie de óbice à sua realização, pois, na verdade, os gastos públicos são inerentes à atuação do Estado no sentido de buscar a concreção das aspirações de transformação social esposadas no texto constitucional, pelo que a avaliação das contribuições da AED não podem ser pautadas “pela paranóia nem pela mistificação: a relação entre o método jurídico e o método jus-econômico deve ser de complementaridade e não de substituição ou oposição.” (FORGIONI, 2006, on line)

Nesse sentido, a gestão dos limitados recursos precisa ser eficiente, e “não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente”, pois “a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas”, contudo (GICO JR, 2010, p. 28):

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

Nesse sentido, a AED pode contribuir para (i) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta, e (ii) é impossível qualquer

exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das conseqüências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável.

Não existe antagonismo entre princípios orçamentários e a implementação de direitos sociais, na verdade a dotação orçamentária, ou seja, a existência de recursos é o pressuposto para as possibilidades de efetivação dos direitos sociais, o que não afasta o fato de que as escolhas da administração pública são escolhas trágicas que envolvem sacrifícios.

Essa análise somente corrobora a necessidade de constante legitimação dessas decisões por meio da efetiva condição de agente dos cidadãos e do exercício democrático de poder, para que os próprios atores sociais sujeitos de direitos possam ter espaços públicos de discussão com o escopo de definir os problemas como o modo de resolvê-los, devendo a eficiência ser um dos inarredáveis aspectos a serem considerados.

Inclusive, quando ocorrem as omissões inconstitucionais e tais questões são analisadas pelo Judiciário, a escassez de recursos, reserva do possível, mínimo existencial e custo dos direitos devem ser adequadamente contemplados nos fundamentos das decisões, pois “as conseqüências de uma decisão judicial específica sobre o universo de direitos alheio aos limites da lide são imprevisíveis”, e o (BUCCI, 2006, p. 33-36):

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

Todavia, essa possibilidade não significa um Judiciário abstencionista, dada a função jurisdicional de retificar inconstitucionalidades no que diz respeito às ações e omissões de outros órgãos estatais, com importante papel no sistema institucional e democrático brasileiro, inclusive quanto à proteção dos direitos fundamentais. Mas os pressupostos da eficiência devem ser levados em consideração, inclusive com pormenorizada análise da querela quanto à reserva do possível e questões orçamentárias.

Ademais, a concretização normativa, não só visará a “imposição de limites e ações práticas do Estado, mas também um sentimento de cooperação, solidariedade e coresponsabilidade dos particulares na sua implementação.” (BUSSINGUER, 2013, p. 31)

Esse entendimento coaduna-se com as concepções de Estado do bem-estar social, nunca realizado no Brasil, inclusive com aspecto relevante apontado por Lênio Streck (2013, p. 87) de que “por trás da moldura do bem-estar vislumbra-se um projeto simbólico de rearranjo das relações intersubjetivas que está calcado não só no consenso democrático, mas, também, na ideia de um viver comunitário”, conduzindo ao entendimento de que “os interesses que atingem os indivíduos produzem benefícios ou prejuízos compartilhados.”

Para a superação da crise do constitucionalismo social, há de se promover um certo tipo de homogeneidade na sociedade, no sentido de trabalho dos conflitos e antagonismos, não de descaracterização do povo, e sim a explicitada por Gilberto Bercovici em texto que faz comparação entre o conceito de homogeneidade social em Carl Schmitt e em Herman Heller, apresentando o pensamento desse último da seguinte maneira (BERCOVICI, 2005, p. 7-10):

[...] Heller afirma que **a homogeneidade social não representa a suspensão dos antagonismos da estrutura social. A homogeneidade social é uma forma de integração política democrática, em um sentido pluralista e socialista.** [...] **A homogeneidade social pode processar as tensões e antagonismos, mas não acaba com eles, podendo se tornar uma forma democrática de luta de classes. A sobrevivência da democracia, segundo Heller, depende de certo ajuste social.** [...] a condição fundamental da democracia política é uma certa homogeneidade social, que vá além da igualdade civil e da igualdade política de caráter jurídico formal.

[...]

Talvez, a proposta mais próxima da concepção de Heller seja a conceituação que o espanhol Elías Díaz faz do Estado Democrático de Direito. **A democracia política, segundo Elías Díaz, exige como base a democracia econômica.** (sem grifos no original)

O jurista brasileiro tece ainda comentários importantíssimos no que diz respeito ao subdesenvolvimento e a ruptura com as estruturas socioeconômicas (BERCOVICI, 2005, p. 13):

Afinal, não podemos esquecer que o subdesenvolvimento, em suas raízes, é um fenômeno de dominação. O subdesenvolvimento é um processo histórico autônomo, não uma etapa pela qual, necessariamente, os países desenvolvidos passaram. Segundo Celso Furtado, ele é a manifestação de complexas relações de dominação entre os povos e que tende a perpetuar-se. Deste modo, é fundamental ter consciência da dimensão política do subdesenvolvimento. O que houve nos países periféricos foi a modernização, sem nenhuma ruptura com as estruturas sócio-econômicas, mantendo-se a reprodução do subdesenvolvimento. Não existe uma tendência à passagem automática da periferia para o centro do sistema econômico

capitalista. Pelo contrário, a única tendência visível é a da continuidade do subdesenvolvimento dos países periféricos. Portanto, o esforço para superar o subdesenvolvimento requer um projeto político apoiado por vários setores sociais, pois trata-se da superação de um impasse histórico.

Nesse azo, ainda que a escassez de recursos seja uma realidade, não é uma desculpa para a total inamovibilidade do Estado, que não poderá escusar-se do seu papel de concreção da Constituição e transformação social, posto que não ocorrerá passagem automática para o desenvolvimento, necessitando de grande esforço para alcançá-lo.

Não existe embate entre a efetividade dos direitos sociais e o custo dos direitos, ou seja, não existe contradição, mas uma conciliação, em que os pressupostos da AED poderão contribuir na definição das ações mais eficientes, uma vez que esses custos são constitutivos do próprio processo de busca pela realização dos direitos fundamentais sociais.

CONCLUSÃO

O atual paradigma do Estado Democrático de Direito foi concebido, em tese, como a superação dos modelos anteriores do Estado Liberal e Estado Social, sendo esse último, especialmente em sua versão do Estado do bem-estar social, de inviável manutenção nos momentos de crise econômica.

Contudo, no Brasil, não ocorreu a linear consolidação dos paradigmas como a doutrina alienígena expõe, pelo contrário, a ausência de um Estado que garantisse pelo menos a justiça distributiva de bens públicos é um dos fatores que resultaram em profundas desigualdades socioeconômicas e nas pretensões de mudança social albergadas no texto da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, o caminho entre a previsão textual e a concreção normativa é longo e árduo, e o histórico de negligência social brasileiro ainda é atual, o que resulta numa inefetividade generalizada dos direitos fundamentais sociais, direitos-meio essenciais para a ampliação de oportunidades sociais e expansão das liberdades reais dos indivíduos, meio e fim do desenvolvimento.

As potencialmente ilimitadas necessidades sociais dos cidadãos brasileiros possuem um pressuposto pragmático para sua realização, a dotação orçamentária que é inexoravelmente delimitada por recursos escassez. Nesse quadro, as decisões da gestão públicas caracterizam-se como permanentes escolhas trágicas que demandam sacrifícios, necessitando de uma

legitimação constante por meio da participação popular nos processos de definição das políticas públicas.

Mas os custos não são óbice para a implementação de políticas públicas e realização dos direitos sociais, mas pressupostos inafastáveis, ou mesmo maiores pelos quais o Estado pode efetivamente gerir suas pretensões. Nessa linha, a AED contribui especialmente quanto à eficiência das ações, posto que, quaisquer que sejam os critérios valorativos que influem na concepção de justiça adotada, o desperdício sempre será injusto.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Democracia, Inclusão Social e Igualdade. In: **XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI**, 2006, Fortaleza - CE. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Gilberto%20Bercovici.pdf>> Acesso em: 04 abr. 2015.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de política pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSSINGUER, Marcela de Azevedo. **Política pública e inclusão social: o papel do direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2011.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Editora Brasiliense, 1993.

CHAUÍ, Marilena. O que é política. In: NOVAIS, Adauto (Org.). **O esquecimento da política**. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

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

FERRARI, Vincenzo. **Acción jurídica y sistema normativo**: introducción a la sociología del derecho. Tradução de Andrea Greppi. Madrid: Dykinson, 2000.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.

FORGIONI, Paula. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação? **Revista TRF – 3ª Região**, Vol. 77, p. 35-61, maio/jun. 2006 Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>> Acesso em: 04 set. 2014.

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

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. , V. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Jaruá, 2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

MATIAS, João Luis Nogueira. A ordem econômica e o princípio da solidariedade na Constituição Federal de 1988. **Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 29, p. 69-88, jul./dez. 2009.

NÓBREGA, Maílson da. Brasil: um novo horizonte. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. 6. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 284, 2005.

OMMATI, José Emílio Medauar; DUARTE, Vanessa Genícia. Uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos sociais no marco do paradigma do estado democrático de direito: um estudo a partir da perspectiva do STF sobre os direitos à saúde e à educação. **Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 31.1, p. 113-141, jan./jun. 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhot. O que é pesquisa em direito e economia? **Revista Direito GV**. São Paulo. 4(2), p. 441-464, jul.-dez. 2008.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito, moral e multiculturalismo em Jürgen Habermas. **Perspectivas internacionais**. Cali. v. 3, n. 2, p. 117-136, jul./dec. 2007.

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

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