

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Setor de Pós-Graduação

Felipe José Minervino Pacheco

Justiça Social e estratégias de posituação dos direitos fundamentais sociais na constituição brasileira de 1988: o mínimo vital como condição à inclusão e desenvolvimento sociais

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Doutor Vidal Serrano Nunes Junior

SÃO PAULO
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS:

Agradeço ao Prof. Vidal Serrano Nunes Junior, pela paciência e compreensão em salutar orientação.

À Profa. Maria Garcia, meu norte constitucional e exemplo de magistério e de vida.

Aos Profs. Ricardo Hasson Sayeg e Willis Santiago Guerra Filho, a quem pessoalmente devo muito à elaboração deste trabalho.

À minha avó
Dra. Cecília Franco Minervino.

RESUMO

Neste trabalho, nos propomos a estudar a Justiça Social em suas concepções pré-moderna e moderna, bem como as diferentes estratégias de positivação dos direitos fundamentais sociais, e, em linhas gerais, o direito ao desenvolvimento e a inclusão social, com intuito de configurar a Justiça Social nos nossos dias e no ordenamento jurídico brasileiro. Constatamos que o termo Justiça Social - presente nos arts. 170 e 193 da Constituição Federal de 1988 - alude às diferentes formas de positivação dos direitos sociais, no sentido de se condicionar o Estado à concretização do alcunhado mínimo vital que, à vista de oferecer uma inclusão social mínima - em matéria destes direitos sociais -, tem por finalidade a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, e, ademais, constitui base à igualdade e à liberdade reais entre os cidadãos, possibilitando o desenvolvimento pleno da sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: justiça social, justiça distributiva, direitos sociais

PACHECO, Felipe José Minervino.. *“Justiça Social e estratégias de positivação dos direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira de 1988: o mínimo vital como condição à inclusão e desenvolvimento sociais”*

ABSTRACT

We propose to study the social justice in its pre-modern and modern conceptions as well as the different strategies of the implementation of fundamental social rights and in a more general way the right to development and social inclusion with the intention of configuring this social justice to our time and to the Brazilian legal system. We found out that the term “social justice” is based in the articles 170 and 193 of the 1988 Federal Constitution, referring to the different ways of the implementation of the social rights in the sense of subjecting the state to the realization of the called minimum vital which, regarded in this light, offers minimum social inclusion, in terms of these social rights, has the purpose of the accomplishment of human dignity. Besides, it constitutes the foundation to the real equality and liberty among the citizens thus making possible the full development of the Brazilian society.

KEY-WORDS: social justice, distributive justice, social rights

PACHECO, Felipe José Minervino.. *“Social justice and the fundamental social rights implementation strategies in the 1988 Brazilian Constitution: the minimum vital as a condition for the social inclusion and development.”*

I - JUSTIÇA SOCIAL NO TEMPO

1. Conceção Pré-moderna.	
1.1. A Antiguidade.....	08
1.2. O Tomismo	13
1.3. “Neotomismo” e a Doutrina Social da Igreja.....	18
1.4. Rousseau e a igualdade dos cidadãos.....	22
1.5. Adam Smith e a mudança da imagem dos pobres.....	26
1.6. Kant e o valor igual entre os seres humanos.....	29
1.7. O nascimento da noção moderna de Justiça Social: Babeuf e Fichte - o direito natural à distribuição da riqueza com igualdade.....	33
2. Conceção Moderna.....	36
2.1. Politização da pobreza e reflexos na questão distributivista.....	37
2.2. Breves considerações sobre os ideais marxistas.....	42
2.3. John Rawls e a Justiça Social: pilares modernos do contemporâneo.....	44
2.4. A justiça social depois de Raws.....	50
2.4.1. Robert Nozick e o desafio libertário.....	53
2.4.2. Amartya Sen: desenvolvimento e justiça como liberdade.....	55

II. PERSPECTIVA JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA SOCIAL

1. Justiça Social "brasileira".....	63
2. Justiça Social como princípio constitucional.....	71
3. Os Direitos Fundamentais. Conceituação e características.....	77
3.1. As Gerações de Direitos Fundamentais.....	82
3.2. Direitos Fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações.....	85
3.3. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.....	88
4. Os Direitos Sociais – escorço histórico e conceituação.....	90
4.1. Direitos Sociais e sua fundamentalidade.....	95
4.2. Direitos fundamentais sociais como direitos negativos(de defesa) e direitos positivos(a prestações).....	98
4.3. A questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais.....	101
4.3.1. Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais “defensivos”(negativos).....	104
4.3.2. Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais “prestacionais” (positivos).....	105
4.4. Direitos Sociais e estratégias de positivação.....	108
4.4.1. Normas programáticas.....	110
4.4.2. Normas atributivas de direitos públicos subjetivos.....	112
4.4.3. Normas consagradoras de garantias institucionais.....	114
4.4.4. Cláusulas limitativas do poder econômico.....	116
4.4.5. Normas projectivas – ou de conformação do perfil social dos institutos jurídicos fundantes da ordem econômica capitalista.....	117
4.5. O Mínimo vital.....	118

III. A JUSTIÇA, O ESTADO E A REALIDADE SOCIAL DO SÉCULO XXI: pela normatividade da justiça social

1. Estado Democrático de Direito e Estado Democrático e Social de Direito: indivíduo, sociedade civil e Estado.....	121
---	-----

2. Da fraternidade à solidariedade.....	124
3. Liberdade e Igualdade.....	125
4. Os frutos de uma nova dimensão de Estado de Direito do século XXI.....	128
5. Constitucionalismo do século XXI e Justiça Social.....	146
6. Judicialização da política e politização do judiciário.....	150
7. Desigualdade e Estado de Direito.....	152

IV. DEMOCRACIA ECONÔMICA E SOCIAL, DESENVOLVIMENTO E INCLUSÃO SOCIAIS:

1. Democracia Econômica e Social: princípio da igualdade enquanto igualdade de Estado de Direito e igualdade de democracia econômica e social.....	156
2. O Desenvolvimento e o Direito ao Desenvolvimento: breves notas sobre o humanismo brasileiro.....	160
3. Bourdieu e o direito: um marco teórico à análise sociológico-jurídica da Justiça Social.....	169
3.1. O direito como campo jurídico.....	173
4. Inclusão social: da integração à inclusão constitucional.....	178
4.1. A inclusão e a educação: justiça social, habitus e o campo educacional.....	184
CONCLUSÃO.....	192

INTRODUÇÃO

É constante a utilização do termo Justiça Social, desde a antiguidade, em concepções deveras divergentes em cada momento histórico-social, refletindo a ótica social de então sobre o que se entende acerca do patrimônio de cada um. Assim, desde a justiça social “pré-moderna” (como a distributivo-aristotélica) – relacionada ao critério mérito, àquela moderna – independente de mérito¹, bem como à que ecoa da contemporânea teoria de concretização dos direitos fundamentais sociais², cada uma reflete não só a ontologia sobre a questão distributiva de cada teoria, como também o panorama político-jurídico do momento histórico e constitucional em que se encontra inserida, implicando na sua consideração sobre questão distributiva.

Antes de passarmos ao caminho por nos percorrido neste trabalho, cumpre-nos algumas considerações iniciais sobre algumas impressões da doutrina sobre a Justiça Social. A justiça social, ou distributiva, exige de cada um aquilo que é necessário para a efetivação da dignidade da pessoa humana dos outros membros da comunidade, ao mesmo tempo em que atribui a cada um os direitos correspondentes a esta dignidade. A justiça social considera o ser humano simplesmente na sua condição de pessoa humana, nos seus direitos e deveres humanos.³

Quanto ao objeto e missão da justiça social, como constante da obra de YURRE, “o objeto formal da justiça social são os bens materiais enquanto destinados ao bem comum, a sua missão é a distribuição equitativa dos bens da Terra a fim de estabelecer a base de uma vida o mais de acordo com a dignidade da pessoa; inclusive, a justiça social se referiria também aos bens espirituais, como os intelectuais, culturais e morais”⁴. Ainda

¹ FLEISCHACKER, Samuel. *“Uma breve história da justiça distributiva”*, Trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 9

² Aqui, com base em NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *“A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”*. São Paulo. Verbatim, 2009;

³ BARZOTTO, Luis Fernando. *“Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito”*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm acessado em 28.09.2009

⁴ ABEL, ob. cit. P. 76

para YURRE⁵ - citando MESSNER- contribue-se com o bem comum seja pela lei positiva(justiça legal), seja pela lei natural(justiça social), sendo esta anterior e superior à legal, fonte⁶.

Para NEDEL⁷, o termo justiça social consistiria em uma nova denominação da justiça geral, relacionando especificamente com as relações sociais e econômicas, visto que a justiça geral é superior às demais forma de justiça, não se confunde, ainda, nem com justiça distributiva, pois esta não “obriga a distribuir o bem comum”, mas o faz proporcionalmente, e nem com a justiça comutativa, por se referir esta à troca de bens⁸.

Pontualmente sobre a justiça social e suas acepções, apresenta-nos MACEDO de forma bastante objetiva⁹: “(...)é aquela que compete exigir de cada um quanto é necessário para o bem geral(Pio XI); é a que corrige e retifica uma situação social, que envolve uma injustiça prévia, que, se mantida, invalidaria as condutas justas e os atos individuais de justiça(Julian Marias)(...) é a maneira como se distribuem direitos e deveres fundamentais e a partilha do produto social(John Rawls); é o reerguimento dos desfavorecidos considerado como exigência prioritária imposta à consciência social e à política social(Bell); (...) é a determinação firme e perseverante de se empenhar pelo bem comum(João Paulo II)”. Com BARZOTTO¹⁰ lê-se: “todos os membros da sociedade civil devem colaborar na obtenção do bem comum (sujeito da justiça social) e todos devem participar do bem comum (termo da justiça social)”.

⁵ YURRE, Gregório Rodriguez, “*La justicia*”, p. 211

⁶ ABEL, ob. P. 77 e YURRE, ob. Cit. P. 213.

⁷ NEDEL, José. “*Ética, direito e justiça*”. 2ªed. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2000.

⁸ *Id ibidem*, p. 149-150; e ABEL, ob. Cit., p. 77

⁹ MACEDO, Ubiratan Borges de. “*Liberalismo e justiça social*”. São Paulo. IBRASA, 1995, p.75-116. *apud* ABEL, ob. cit p. 78.

¹⁰ Ob. Cit.

Pensando mais na feiçoada moldura “moderna”¹¹, nestes nossos dias de início de terceiro milênio, encontramos uma realidade social brasileira carente de positividade constitucional. Desta feita, o Estado brasileiro que se inaugura abarcado por novos balaustres democráticos, faz com que para além da positividade constitucional, além do texto, prostem-se os olhos da Comunidade brasileira à comunidade jurídica, sedenta aquela pela concretização dos ideais democráticos, econômicos e sociais, que, deveras postulados, encontram-se amiúdes configurados enquanto meras propostas de um latifúndio improdutivo de boas intenções. Fala-se assim, da “degradação semântica do texto” e correspondente “desconstitucionalização fática”¹² do projeto constitucional social-humanista postulado pela Constituição brasileira de 1988 .

Procurar-se-á neste trabalho, primeiramente, percorrer numa ontologia analítico-teórica a história da Justiça Social, desde a antiguidade, passando pela idade moderna e pela pós-modernidade, até a época contemporânea, de forma a se configurar os dois momentos afeitos à terminologia da justiça social: o primeiro alcunhado de pré-moderno, e o segundo de moderno. Este, como demonstrar-se-á, é visto pela doutrina que estudamos, como uma releitura, ou mesmo uma reinvenção daquele.

A Justiça Social no sentido moderno invoca o Estado a garantir que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com um certo nível de recursos materiais, tendendo as questões e discussões a se concentrarem na quantidade de recursos que se deva garantir e no grau em que essa interferência estatal é necessária para essa distribuição. Dessa maneira que a justiça social(tida como distributiva mas não aristotelicamente) se relaciona com a propriedade privada, e mesmo aqueles que questionam se as exigências distributivas se alocam no domínio da justiça – como NOZICK – não duvidam que a expressão “justiça distributiva” diz sobre a distribuição de propriedade pelo Estado aos mais carentes; já no sentido pré-

¹¹ Mais à frente, quando tratarmos especificamente da concepção moderna, apresentaremos as premissas de FLEISCHACKER acerca dessa concepção. In: FLEISCHACKER, Samuel. *“Uma breve história da justiça distributiva”*, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 12

¹² NEVES, Marcelo. *“Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder”*. In Revista de informação legislativa, nº132, Brasília, ano 33, outubro-dezembro, 1996, p. 323

moderno, exigia-se que as pessoas fossem merecedoras para que fossem recompensadas de acordo com seus méritos.¹³

No mais, após a análise das concepções pré-moderna e moderna de Justiça Social, estudamos – numa perspectiva jurídico constitucional da Justiça Social –, pontos de relevo à nossa proposta, e cuja inteligência é de mister importância, consistentes: nos direitos fundamentais, suas características, conceituação e evolução; e nos direitos sociais, *thopos* próprio da contemporânea Justiça Social, que ademais é a nosso ver - e como demonstra-se a festejada doutrina jurídica nacional, admoestando-se em favor de sua fundamentalidade -, a esteira do campo jurídico mais proveitosa à estruturação da normatividade da Justiça Social, no que se diga acerca das estratégias de posituação destes.

Posteriormente à delimitação teórica dos direitos fundamentais e dos direitos sociais (direitos fundamentais sociais)¹⁴, passaremos à figura do mínimo vital, fulcral ao marco teórico jurídico, e núcleo informador à moderna idéia de justiça social no Estado Democrático e Social de Direito brasileiro(NUNES JUNIOR¹⁵).

Nesta trilha, considerar-se-á brevemente – ainda na perspectiva jurídico-constitucional da Justiça Social – a justiça social brasileira, ou seja, a historicidade própria do termo na evolução das Constituições brasileiras, para, depois, ponderar acerca da faceta principiológica da Justiça Social.

Caracterizadas as questões sobre os alcunhados direitos fundamentais sociais, bem como suas estratégias de posituação – um pouco mais de perto as modalidades programática e de direitos públicos subjetivos -, além de abordada a historicidade constitucional brasileira do termo, e a faceta principiológica da Justiça Social,

¹³ FLEISCHACKER, Samuel. “Uma breve história da justiça distributiva”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 8-9

¹⁴ Além de NUNES, Vidal Serrano, com base em: SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988”. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, nº1, 2001.

¹⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Posituação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”. São Paulo. Verbatim, 2009

fecharemos essa seção(perspectiva jurídico constitucional da Justiça Social), com o estudo do mínimo vital, que se coloca como base constitucional à igualdade e liberdade reais, sem a qual não há como se falar em concretização da máxima da Justiça Social.

Ademais, cumprimos a demarcação da perspectiva jurídico constitucional da Justiça Social, com o exame da fraternidade, que dá lugar à solidariedade moderna, e da dualidade liberdade/igualdade que além de demonstrar a relação intrínseca entre estes termos na ótica da distributividade, abre espaço, junto à solidariedade, aos grafitos posteriores que abordam a Justiça Social no século XXI(Capítulo III), e ao capítulo final que de forma pincelar trata do desenvolvimento e da inclusão sociais como caminhos auxiliares aos jurídicos específicos retro aludidos - em especial as estratégias de posituação utilizadas e o mínimo vital - na via que abarca a normatividade da Justiça Social; e na linha da principiologia moderna, não a tem nem como utopia nem como miragem, mas sim como realidade fático-constitucional concretizável contra a exclusão social¹⁶.

Consideramos também, como marco teórico sociológico, os conceitos de campos¹⁷, habitus¹⁸ e capital¹⁹ de BOURDIEU²⁰, procurando paralelismos ao raciocínio de justiça distributiva, principalmente às teorias de RAWLS e de SEN, contemporaneamente mais festejadas, como ainda à discussão acerca das estratégias de

¹⁶ “A injustiça sócio-econômica é resultado da estrutura socioeconômica da sociedade e pode existir sob a forma de exploração – na acepção marxista: frutos do trabalho de um são apropriados por outro -; ou da marginalização econômica – situações de precarização, de alienação, de falta de emprego; exclusão social.” SANT’ANA, Sarah Maillieu. “*Bolsa família e a tripla perspectiva dobre a justiça social como redistribuição*”/Original da dissertação de Mestrado: “*Le programme Bourse Famille au Brésil: Étude de cas pour une approche plus substantielle de la pauvreté*”, www.unpd-povertycenter.org/publications/mds/26P.pdf. Instituição: Universidade Paris-Diderot.

¹⁷ campos:“(…)espaços de posições sociais nos quais determinado tipo de bem é produzido, consumido e classificado.”

¹⁸ habitus: sistemas de disposições duráveis estruturadas de acordo com o meio social dos sujeitos e que seriam “(...)predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, isto é, como princípio gerador e estruturador das práticas e das representações”. E: “(...) fruto da incorporação da estrutura social e da posição social de origem no interior do próprio sujeito.”

¹⁹ capital: “bens” produzido em determinado campo de produção simbólica.

²⁰ “(...)Onde se via igualdade de oportunidades, meritocracia, justiça social, Bourdieu passa a ver a reprodução e legitimação das desigualdades sociais”. NOGUEIRA, Maria Alice. MARTINS NOGUEIRA, Cláudio M.. “*Bourdieu e a Educação*”. 3ªed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 13; Notas de 5 a 7 retro in: BOURDIEU, Pierre. “*Esboço de uma teoria da prática*”. In: ORTIZ. R.(Organizador), “*Pierre Bourdieu: Sociologia*”. São Paulo: Atica, 1983, p. 61

positivação e exigibilidade judicial dos Direitos sociais, na medida em que se pode falar entre a justiça como liberdade de SEN e o valor das liberdades, por RAWLS, em inclusão em cada “campo social”(enquanto gênero), como p.ex. o educacional, bem como coadunar o conceito de habitus, às mesmas liberdades, ou ainda referenciá-lo à capacidade de escolha efetiva a que alude SEN.

Procuramos também estudar a “nova lógica desenvolvimentista” (sustentável) – não reducionista a vetores econômicos, mas sim integracionista e conglobante -, afeita à idéia de desenvolvimento como liberdade^{21 22}, assim como a esfera discursivo-auxiliar da inclusão social, alicerçada na moderna teoria da concretização dos direitos fundamentais sociais, quais – tanto o desenvolvimento como a inclusão – demonstram um quadro intelectual frutífero ao deslinde de um estudo, juridicamente orientado da Justiça Social.

Nesta esteira, procurar-se-á demonstrar que seguindo os conselhos admoestados pela doutrina jurídica moderna e contemporânea, há de falar-se em Justiça Social quando se concretizam os ideais programáticos e normativos-subjetivos “fundamentais sociais”, bem como quando se resguardam os interesses e necessidades - temática do mínimo vital(NUNES JUNIOR²³), alicerçando juridicamente a igualdade e liberdade reais.

²¹ DE VITA, Álvaro. “Justiça distributiva: A Crítica de Sen a Rawls”. Dados, vol. 42, nº3, Rio de Janeiro, 1999; e DE VITA, Álvaro. “Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva”, Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 14, nº39

²² Como no magistério de DROMI: “A democracia como forma civilizada de viver aspira à realização plena do homem em liberdade, para isso exige uma “participação integral”, não só política, nem apenas política simplesmente eleitoreira, senão também administrativa, econômica e social. O homem deve ser “partícipe” da gestão pública em seus distintos níveis institucionais.”(tradução nossa) DROMI, José Roberto. *La reforma constitucional. El constitucionalismo Del “por venir”. La reforma de la Constitucion.* In: *El Derecho publico de finales de siglo. Uma perspectiva iberoamericana.* Editorial Civitas, S.A. p. 114. Nesta esteira “política”, para Flávia PIOVESAN, “(...)não há direitos humanos sem democracia e nem tampouco direitos políticos.(...)O pleno exercício dos direitos políticos pode implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis, o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas.” E mais: “Para Amartya Sen, os direitos políticos(incluindo a liberdade de expressão e discussão) são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas são centrais para a própria formulação destas necessidades econômicas. PIOVESAN, Flávia, “Desenvolvimento histórico dos direitos humanos e a constituição brasileira de 1988.” In: AGRA, Walber de Moura coordenador. “Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal”. São Paulo: Saraiva, 2009. vários autores. p. 25

²³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”. São Paulo. Verbatim, 2009, pp. 70-71 e 134 a 136

Ademais, como vemos na parte que estudamos os direitos sociais, mais precisamente os direitos sociais na sua fundamentalidade e facetas positivas e negativas, nem sua simples previsão pelo Texto, nem mesmo a infraconstitucional, podem produzir um “*padrão desejável de Justiça Social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não oferecem o instrumental suficiente para sua concretização*”²⁴, consistindo num verdadeiro problema de política dos direitos fundamentais (GRIMM²⁵). Na realidade comunitária brasileira que se nos apresenta – numa perspectiva digamos “micro-ontologicamente” orientada, com particularidades econômicas, políticas e culturais próprias (zonas civilizadas/zonas selvagens²⁶) – o aumento da opressão sócio-econômica e a elevação dos níveis de desigualdade fática fazem com que o reconhecimento e efetivação dos direitos sociais, ainda que considerado um mínimo vital, voltado à manutenção de um nível existencial digno, transformem-se em um objetivo a qualquer Estado Democrático.

Dessa maneira, estes os motivos encorajadores à nossa pesquisa de forma a dialeticamente estudar a Justiça Social – seus aspectos histórico e teórico-jurídico-, os Direitos Fundamentais Sociais e suas estratégias de positivação, com vistas a buscar as respostas a que se propõe a ciência jurídica, aos problemas relevados pela sociologia jurídica.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. “*Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*”. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, nº1, 2001. Disponível em: <http://direitopublico.com.br>. Acesso em : 12.01.2010, p. 38

²⁵ SARLET, *Id ibidem*.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. “*Reinventar a Democracia*”.p. 23 e seguintes. In: SARLET, Ingo Wolfgang. “*Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*”. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, nº1, 2001.

I - JUSTIÇA SOCIAL NO TEMPO

Concepção Pré-moderna.

1.1. A Antiguidade

Em necessário intróito – ciente de não poder abarcar a história em algumas laudas – no que nos cumpre com fim de configurar da Justiça Social, cumpre anotar os três conceitos propostos por ARISTÓTELES²⁷, e que constituem pilares teóricos da Justiça: *Justiça Geral*²⁸, *Distributiva* e *Corretiva*, posteriormente, será dada especial atenção ao período “eclesiástico”, sustentáculos genéticos da Filosofia do Direito Italiana do XIX, de relevância ímpar ao nosso estudo.

Em PLATÃO encontramos a raiz talvez mais razoável para as atuais reivindicações de “*justiça social e econômica*”, em “*A República*” – como anota FLEISCHACKER²⁹ – ele estabelece a propriedade comunal para sua classe dirigente, dizendo que a propriedade privada dera a dissensão e um enfoque nos interesses egoístas de cada um, em oposição aos desejos que são compartilhados coma comunidade da qual se é parte. PLATÃO também faz da erradicação de grandes desigualdades econômicas, entre as classes, uma condição para a existência de uma boa sociedade. Qualquer cidade que contenha riqueza e pobreza se constitui, na verdade, em duas cidades, “uma em oposição à outra”, diz SÓCRATES: “*uma cidade dos pobres e uma cidade dos ricos*”³⁰.

²⁷ Como apresenta DEL VECCHIO: “ARISTÓTELES(284 –322 a.c.), nascido em Estagira, foi por 20 anos discípulo de PLATÃO e, mais tarde, preceptor de Alexandre MAGNO; com este no trono, ARISTÓTELES funda o Ginásio liceu(dedicado a Apolo). É mais inclinado à observação dos fatos do que PLATÃO, sendo essencialmente metafísico e idealista. Nas questões cardeais de Filosofia, não se afasta muito do mestre. Para ARISTOTELES – como para Platão, o sumo bem é a Felicidade, fruto da virtude. O Estado é uma necessidade, não uma simples aliança, simples associação momentânea para atingir fim particular, mas sim perfeita união orgânica, tendo por fim a virtude e a felicidade universal. O Estado regula a vida dos cidadãos mediante leis. Estas dominam inteiramente a vida, porque os indivíduos não pertencem a si mesmos, mas ao Estado. O conteúdo das leis é a justiça; o princípio da justiça é a igualdade”. DEL VECCHIO, Giorgio. “*Lições de Filosofia do Direito*”. Armênio Amado, Editor. Coimbra. 1951. 2ªed., revista e prefaciada por Prof. Cabral de Moncada, Tradução de Dr. António José Brandão., p. 46 e 47.. Sobre Aristóteles e Platão, também nos baseamos em: “*A Idéia de justiça em Platão a Rawls*” de Sebastiano MAFFETONE e Salvatore VECA, tradução de Karina Jannini, revisão da tradução de Denise Agostinetti; São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 7 e 47

²⁸ Para DEL VECCHIO: Justiça Distributiva; Justiça Corretiva / Equiparadora, esta, comutativa ou judicial

²⁹ FLEISCHACKER, Samuel. “*Uma breve história da justiça distributiva*”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p.63

³⁰ *Id ibidem*

Ademais, PLATÃO não diz que sua sociedade ideal é “justa” em virtude de abrandar as distinções entre ricos e pobres; a redução das desigualdades de riqueza é, para ele, um modo de produzir “harmonia social”, e não justiça. A cidade ideal é justa, “dá a cada um o que é seu”, à medida que encaixa as pessoas nas castas que se lhes são próprias dentro da hierarquia social.³¹

Para ARISTÓTELES, como consta de sua *Ética a Nicômaco*³², a Justiça – não adjetivada - é a virtude que nos leva a desejar o que é justo.³³ Justiça *Geral*, seria um ato justo de acordo com a lei, neste caso, chamando de justo (*dikaion*) aquilo que produz e conserva a vida boa (*eudaimonia*) para a comunidade política³⁴. Nesta linha, “(...)ações legais são ações justas, na medida em que contribuem à comunidade aquilo que lhe é devido”³⁵, o “geral” aqui, corresponderia a “todos os atos” que vertem ao bem comum, e que constituem deveres de justiça.

A expressão justiça distributiva vem com ele, em contraste com a justiça corretiva” (mais tarde denominada “comutativa”, que diz respeito à punição. ARISTÓTELES traça duas distinções da noção de justiça, como aludido acima. Primeiramente, distingue entre “justiça universal”, que abrangeria todas as virtudes – sentido este que PLATÃO utilizou em “*A República*” -, e uma “justiça particular”, que se aplica às constituições políticas e decisões judiciais.³⁶ No interior deste último, ele distingue “justiça distributiva” de “corretiva”; a “distributiva” requeriria que honra, ou posições de autoridade política, ou dinheiro, fossem distribuídos de acordo com o mérito:

³¹ FLEISCHACKER, Samuel. “*Uma breve história da justiça distributiva*”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p.63

³² MAFFETONE, Sebastiano e VECA, Salvatore “*A Idéia de justiça em Platão a Rawls*” de, tradução de Karina Jannini, revisão da tradução de Denise Agostinetti; São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 47 e seguintes.

³³ In BARZOTTO, Luis Fernando. “*Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm, acessado em dezembro de 2008 e janeiro do 2009.

³⁴ BARZOTTO, ob. Cit.

³⁵ *Id ibidem*

³⁶ FLEISCHACKER, Samuel. “*Uma breve história da justiça distributiva*”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 29

“todos os homens concordam que aquilo que é justo na distribuição deve estar de acordo com o mérito”³⁷

Como aponta DEL VECCHIO³⁸, vê-se que na distributiva de ARISTÓTELES dir-se-ia sobre a distribuição das honras e dos bens e tem por fim obter que cada um receba daquelas e destes, porção adequada ao seu mérito. Se as pessoas são desiguais em mérito, tão-pouco as recompensas deverão ser iguais. Consistiria em uma relação proporcional que ARISTÓTELES, - aponta e releva DEL VECCHIO – não sem algum artifício, define como uma porção geométrica. Para BARZOTTO, considerar-se-ia uma qualidade pessoal do destinatário do bem ou encargo – e.g. na oligarquia, o critério de distribuição é a riqueza, na democracia a condição de homem livre; aqui, a justiça (distributiva) rege-se por igualdade proporcional³⁹.

Quanto à terceira - a “**justiça corretiva**” – ou equiparadora, ou ainda retificadora ou sinalagmática, por presidir as relações de troca. Neste domínio, se explica o princípio da igualdade, embora de forma diversa, pois trata-se de medir impessoalmente os ganhos e as perdas: as coisas e as ações consideradas em seu valor objetivo, supondo-se iguais os termos pessoais. Tal medida, segundo ARISTÓTELES, encontraria seu tipo próprio na proporção aritmética. A “justiça corretiva” retificadora ou equiparadora preside, assim, a todas as trocas e relações de natureza civil e de natureza penal⁴⁰. Nessa esteira, esta, “corretiva, requer que os culpados por injúrias paguem pelos danos que causaram, na proporção de seus danos.”⁴¹

Encaram-se ainda dois aspectos da justiça corretiva ou equiparadora: enquanto preside à formação das relações de troca e lhes impõe certa medida – *justiça*

³⁷ ARISTÓTELES, “*Nicomachean Ethics*”, apud FLEISCHACKER, Samuel. “*Uma breve história da justiça distributiva*”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 30

³⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. “*Lições de Filosofia do Direito*”. Armênio Amado, Editor. Coimbra. 1951. 2ªed., revista e prefaciada por Prof. Cabral de Moncada, e Tradução de Dr. António José Brandão., p. 48

³⁹ BARZOTTO, *Id ibidem*

⁴⁰ DEL VECCHIO, Giorgio. “*Lições de Filosofia do Direito*”. Armênio Amado, Editor. Coimbra. 1951. 2ªed., revista e prefaciada por Prof. Cabral de Moncada, e Tradução de Dr. António José Brandão., p. 48

⁴¹ FLEISCHACKER, Samuel. “*Uma breve história da justiça distributiva*”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 30

comutativa, ou enquanto tenta fazer com que esta medida, no caso de controvérsia, venha a prevalecer mediante a intervenção do juiz – *justiça judicial*. Teria por fim restabelecer o equilíbrio das relações privadas, voluntárias (contratos) e involuntárias (ilícitos civis e penais), com fim a busca da igualdade absoluta, representada pelo binômio dano-indenização.

A discussão que ARISTÓTELES⁴² faz dessa distinção tem por objeto as diferentes maneiras segundo as quais a justiça distributiva e a corretiva representam uma norma de igualdade: no primeiro caso, a igualdade consiste no fato de que cada pessoa é recompensada na proporção de seus méritos, de forma que é injusto que os desiguais em mérito sejam tratados de igual maneira ou que os iguais em mérito sejam tratados de maneira desigual; já quanto ao segundo tipo, a igualdade requer que todas as vítimas de injúria sejam igualmente compensadas, independentemente de mérito: “*não importa se um homem bom defraudou um homem mau ou se um homem mau defraudou um bom(...); a lei olha apenas para a natureza específica da injúria*”⁴³

Assim, ARISTÓTELES preocupa-se em desenvolver uma argumentação mais formal do que substantiva sobre a justiça distributiva, e para tanto, o mérito é essencial, de maneira que o contraste entre esta e a corretiva depende da relevância do mérito.

O caso que ele mais se preocupa com relação à distributiva é o de como a participação política – enquanto capacidade para votar ou exercer cargos políticos – deve ser atribuída. Ocasionalmente, ele levanta o fato de que questões de justiça distributiva podem surgir em conexão com a distribuição de bens materiais, o que ele não faz nem mesmo como uma possibilidade é que a justiça possa exigir que o Estado organize a estrutura fundamental da posse material entre seus cidadãos. Mesmo quando toca a questão proposta por PLATÃO – de uma propriedade comunal dos bens materiais, ele

⁴² *Id ibidem*

⁴³ *Id ibidem*

sequer menciona a possibilidade de que a “justiça” pudesse exigir(ou vir a proibir)uma redistribuição de bens pelo Estado.⁴⁴

O que PLATÃO sugere, e ARISTÓTELES rejeita, é que a propriedade comunal dos bens poderia ajudar a moderar os desejos materiais das pessoas, evitar a corrupção política e criar laços de amizade.⁴⁵

A Filosofia cristã divide-se em dois períodos⁴⁶: *Patrística*(das origens do Cristianismo até Carlos MAGNO(800)) – quando fixam-se os dogmas, artigos de fé; e *Escolástica*(segunda metade da Idade Média) – momento em que se efetua a elaboração intelectual dos dogmas, com auxílio especial de elementos oferecidos pela Filosofia grega. Da primeira fase, na linha de DEL VECCHIO⁴⁷, o mais importante é SANTO AGOSTINHO⁴⁸(354-430).

Na Escolástica, ARISTÓTELES torna-se Doutor por excelência, nem sempre tendo sido exposto com autenticidade⁴⁹. O fundamento da doutrina jurídica e política tomista comporta três categorias de leis: *Lex aeterna* – própria razão divina, governadora do mundo, apenas conhecível parcialmente, *Lex naturalis* – cognoscível pelos homens pela razão e *Lex humana* – invenção do homem, mediante a qual, utilizando-se dos princípios da lei natural, se efetuam aplicações particulares dela. Deriva da lei natural de duas formas: *per modum conclusionum* – conclusões silogísticas deduzidas de permissas fornecidas pela lei natural, e *per modum determinationis* – uma mais concreta especificação do preceituado genericamente pela lei natural.

⁴⁴ FLEISCHACKER, Samuel. “Uma breve história da justiça distributiva”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 31, e notas 8 e 9, p. 194-195

⁴⁵ *Id ibidem*

⁴⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. “Lições de Filosofia do Direito”. Armênio Amado, Editor. Coimbra. 1951. 2ªed., revista e prefaciada por Prof. Cabral de Moncada, e Tradução de Dr. António José Brandão., p. 60

⁴⁷ *Id ibidem*

⁴⁸ Nascido em Tagaste, na Numíbia(Algéria), faleceu em Hipona como bispo; é mais na obra *De civitate Dei* que desenvolve a sua teoria da história do gênero humano, sobre Justiça e sobre Estado; exalta sobretudo a Igreja e a comunhão das almas em Deus.

⁴⁹ DEL VECCHIO, Giorgio. “Lições de Filosofia do Direito”. Armênio Amado, Editor. Coimbra. 1951. 2ªed., revista e prefaciada por Prof. Cabral de Moncada, e Tradução de Dr. António José Brandão, p. 62

1.2. O Tomismo

Para Tomás de AQUINO⁵⁰(1225-1274), já noutra realidade social, o Estado é um produto natural e necessário à satisfação das necessidades humanas. Tem por fim garantir a segurança dos co-associados e promover o bem comum. O Estado é uma imagem do reino de Deus; Estado que se oponha à Igreja não é legítimo. E a justiça, é a regra que mantém a sociedade humana e a vida comum⁵¹.

Depois de ARISTÓTELES, ainda que o mais importante venha a ser AQUINO, mister sejam antes tecidas algumas linhas sobre as contribuições de CÍCERO, ainda que não trate explicitamente da discussão aristotélica da justiça, mas sim introduz uma distinção paralela à distinção entre as espécies “distributiva” e “comutativa”.

Em seu “*De officiis*”, CÍCERO⁵² contrasta a justiça com a beneficência, dispondo que aquela pode e deve ser legalmente exigida entre nós, ao passo que a beneficência não o deveria. Violações à justiça causariam danos positivos, ao passo que não praticar a beneficência meramente privaria as pessoas de um benefício; ademais, os deveres de justiça são devidos a todos, em qualquer lugar, ao passo que os deveres de beneficência seriam devidos mais aos amigos, parentes e concidadãos do que a estranhos.

A noção de que a beneficência se encontra fora da esfera própria da justiça, foi bem recebida num mundo cristão no qual a caridade era uma virtude que definia o “reino especial de Cristo”, enquanto a justiça responderia ao “mundo de César”(e de Moisés)⁵³. Mas CÍCERO também afirmou que a beneficência está “vinculada” à justiça, podendo nos levar a pensar que a beneficência, oferecendo ajuda material aos necessitados, seria parte da justiça propriamente dita, porém, deixa ele claro que a conexão entre elas que lho tem em mente, é aquela segundo a qual a justiça impõe restrições à beneficência.; a

⁵⁰ DEL VECCHIO, ob. cit., p. 63 e 64

⁵¹ BIGO, Pierre. “*A Doutrina Social da Igreja*”. Edições Loyola. São Paulo. 1969. p. 48

⁵² FLEISCHACKER, Samuel. “*Uma breve história da justiça distributiva*”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 31-32

⁵³ FLEISCHACKER, Samuel. “*Uma breve história da justiça distributiva*”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 32

beneficência complementa a justiça, de forma que somente quando a justiça é acompanhada pela beneficência poderia haver verdadeira solidariedade humana.⁵⁴

Santo Tomás de AQUINO vê na justiça a virtude social por excelência⁵⁵. Para ele, a lei não é apenas a escrita, mas também a costumeira, englobando o conjunto de normas culturais, que definem a vida-social e constituem o saber-viver (sabedoria). A justiça consistiria em dar a cada um o que lhe é devido – *cuique suum*, e não *cuique proprium*, o que reduziria a justiça ao respeito pela propriedade⁵⁶ - tratando ele da justiça geral aristotélica como **justiça legal**, e vindo a diferenciar o “geral” de “particular” – justiça particular, no que diga quanto ao sujeito; esta, tem por objeto o bem particular (d’um sujeito), aquela, visa o bem comum: “(...)aquele que serve a uma comunidade serve a todos os homens que nela estão contidos”⁵⁷.

É a justiça uma virtude geral do mesmo gênero que a caridade; ela é que assegura a coesão da sociedade global e não existe por assim dizer nenhum ato livre do homem que não se refira, bem como a realização do bem comum na sociedade global⁵⁸. Assim, o bem de cada virtude, quer ordene a pessoa a si mesma ou a outro, deve ser relacionado ao bem comum ao qual ordena a justiça.

Ao lado da justiça legal, AQUINO⁵⁹ discerne uma justiça particular, que vem a determinar não mais o bem comum, mas sim os direitos dos particulares e que organiza nossas relações com outras pessoas consideradas em sua individualidade. Aqui, na seara do particular, AQUINO distinguiu-a em duas formas: a comutativa, que regula as trocas intra-comunitárias, e aquela que regula a distribuição do bem comum entre os membros da comunidade, justiça distributiva.

⁵⁴ *Id ibidem*, p. 33

⁵⁵ BIGO, Pierre. “A Doutrina Social da Igreja”. Edições Loyola. São Paulo. 1969, p. 229

⁵⁶ BIGO, Pierre. “A Doutrina Social da Igreja”. Edições Loyola. São Paulo. 1969, p. 229 e nota n°2.

⁵⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. “Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm. Item 1.2.

⁵⁸ BIGO, Pierre. “A Doutrina Social da Igreja”. Edições Loyola. São Paulo. 1969, p. 230

⁵⁹ BIGO, Pierre. “A Doutrina Social da Igreja”. Edições Loyola. São Paulo. 1969, p. 49

Ainda, **justiça distributiva** para Tomás de AQUINO é a que **“reparte proporcionalmente o que é comum”**⁶⁰, em sentido mais lato que o de ARISTÓTELES⁶¹, vê presente a justiça distributiva inclusive na comunidade familiar, e na do ensino. Já a justiça corretiva de ARISTÓTELES é denominada **“comutativa”** por Tomás de AQUINO; se para aquele o juiz era o “corretor”, para este o sujeito da *comutatio-troca* poderia ser qualquer um, já que a justiça comutativa é a que regula as trocas que se realizam entre duas pessoas; ademais, para de AQUINO a justiça comutativa não quantifica, por assim dizer, indenizações, mas sim quantifica penas de acordo com a igualdade quantitativa entre crimes e punições⁶².

AQUINO certamente concorda que a justiça tem prioridade sobre a beneficência, mas é um pouco enganoso representar assim sua posição, uma vez que ele mais retorna à descrição de justiça em ARISTÓTELES, do que à distinção feita por CÍCERO. Assim, AQUINO adota a concepção de ARISTÓTELES deixando-a mais ou menos intacta.⁶³ Dessa forma, fala-se que São Tomás contrasta a justiça comutativa e a distributiva – a primeira corrige erros, a segunda distribui bens – seguindo a primeira a igualdade estrita, e a segundo proporcionaria bens ao mérito. Portanto, novamente a distribuição segue o mérito, e novamente o principal tipo de distribuição em questão tem a ver com bens políticos, e não materiais, não havendo sugestão alguma de que prover aos pobres seja uma questão de justiça distributiva.⁶⁴

⁶⁰ AQUINO, Santo Tomás de. *“Suma teológica”*, p. 61.

⁶¹ Para CASTILHO: “A Justiça Distributiva aristotélica havia sido concebida como princípio conformador das distribuições realizadas, exclusivamente, na esfera pública. A teoria de Aristóteles(...)limitou a aplicação das modalidades da Justiça Particular apenas às estruturas básicas da sociedade; assim é que sua idéia de Justiça Distributiva se relaciona tão-somente com as repartições realizadas pelos governantes aos cidadãos, tendo como objeto bens e encargos originalmente pertencentes, em comunhão, a todo corpo social.” CASTILHO, Ricardo dos Santos. *Visão Aristotélico-tomista da Justiça Social e da Justiça distributiva: parâmetros deontológicos e de concretização dos direitos sociais*. Tese de Doutorado em Direito, PUC-SP, 2008, p.45

⁶² Como raciocínio de BARZOTTO, com base em Charles TAYLOR, não é a justiça distributiva - que se baseia na igualdade proporcional - princípio ordenador da vida social, mas sim, a justiça legal - que se funde em uma “legal-igualdade” de todos os membros da sociedade. “(...)desloca-se a ênfase do meio utilizado para alcançar o bem comum – a lei – para o sujeito do bem comum – a sociedade em seus membros – justificando a mudança de denominação, de justiça legal para justiça social”.

⁶³ FLEISCHACKER, Samuel. *“Uma breve história da justiça distributiva”*, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 33

⁶⁴ *Id ibidem*

Ademais, para AQUINO⁶⁵, o todo não é distinto das partes, a comunidade nem é uma entidade separada do indivíduo, nem a soma dos indivíduos; o todo constitui as próprias pessoas engajadas na rede de relações que é a comunidade: “conjunto harmônico e não apenas a soma dos indivíduos”⁶⁶. Isso, de acordo com o raciocínio de BIGO, quando analisando os principais pontos de distancia da teoria moderna para com a doutrina tomista, vem a ser a fonte de uma lenta deformação da justiça distributiva e da geral. A diferença de maior relevo é a importância exclusiva dada à justiça comutativa; esta redução de toda justiça à troca mostra alegada deformação.

Quando o todo se apresenta como distinto das partes, altera-se alguma coisa seja na justiça distributiva, seja na geral. Uma e outra tendem a se tornar relação, não entre os membros enquanto constituem uma comunidade, mas dos membros para com a comunidade, entidade distinta.

A justiça distributiva para AQUINO é a relação “do que é comum” com as partes⁶⁷. Não é apenas a obrigação de distribuir equitativamente entre várias pessoas um bem comum sobre o qual estas pessoas teriam direito por justiça comutativa (BIGO), mas a obrigação de repartir igualmente os recursos existentes numa comunidade entre as diferentes necessidades de cada um.

⁶⁵ BIGO, Pierre. “*A Doutrina Social da Igreja*”. Edições Loyola. São Paulo. 1969, p. 49

⁶⁶ Para CASTILHO: “A lei, assim, em atenção à Justiça Particular, visa também a garantir os variados bens singulares de cada indivíduo; mas, não custa repetir, assim procede porque disto resulta o Bem Comum. A imbricação visualizada entre o Bem Comum(bem de todos os indivíduos tomados em abstrato) e o bem dos indivíduos singularmente considerados(...)Exsurge, assim, uma relação de bilateralidade entre o Bem Comum e os bens específicos de cada indivíduo(...)De um lado, o bem de cada cidadão deve ser buscado como suposto fundamental da consecução do Bem Comum, eis que o resguardo dos interesses singulares constitui,junto com a consagração dos bens da Justiça Legal, a forma pela qual se constrói a felicidade de cada pessoa(...)De outro lado, o Bem Comum, na medida em que é negado o entendimento da comunidade como um ente autônomo, só pode vir a ser entendido como o bem integral de cada um dos membros desta, a *eudaimonia* de todos – sem nenhuma exceção” CASTILHO, Ricardo dos Santos. *Visão Aristotélico-tomista da Justiça Social e da Justiça distributiva: parâmetros deontológicos e de concretização dos direitos sociais*. Tese de Doutorado em Direito, PUC-SP, 2008, p. 43-44

⁶⁷ “*Ordo ejus quod est commune ad singulas personas*” “A ordem das relações do que é comum com as pessoas singulares”; e não, propriamente falando, da sociedade com seus membros.. BIGO, Pierre. “*A Doutrina Social da Igreja*”. Edições Loyola. São Paulo. 1969, p. 50, nota de rodapé 4.

Assim, é o todo que está encarregado de realizar a justiça distributiva e é naturalmente conclusivo que esta é incumbência da coletividade organizada, do Estado, enquanto que na concepção primitiva, é incumbência de toda pessoa na comunidade que dispusesse de bens materiais. Entretanto, isso não supõe necessariamente o Estado como terceiro distribuidor e titular de um direito sobre a massa dos bens existentes, encarregado da repartição entre os membros da comunidade (BIGO⁶⁸).

Aqui a justiça distributiva se refere aos bens que pertencem à coletividade como tal, sobre os bens públicos (políticos e não materiais⁶⁹), enquanto que na concepção “primitiva” (alcunhada por BIGO) ela referir-se-ia a todos os bens – públicos ou privados. É esse conjunto de recursos que deve ser distribuído equitativamente em conformidade com as necessidades de cada um, consistindo a justiça distributiva parâmetro de avaliação de todas as partilhas efetuadas no seio da sociedade, sejam elas realizadas pelos governantes aos cidadãos, de um lado, sejam levadas a efeito entre concidadãos, dentro de quaisquer dos microcosmos sociais (CASTILHO⁷⁰).

Há de falar-se em uma deformação paralela da justiça geral. Para AQUINO, ela é uma virtude que liga cada pessoa ao bem comum realizado mediante a lei(BIGO⁷¹). Já na concepção moderna, ela regula a relação da parte com o todo, considerada como entidade distinta, e assimilada ao Estado ou ao “príncipe”. A própria lei não é mais que o ato de um legislador e não a regra de vida que fundamenta a comunidade. Entre a coletividade - enquanto pessoa moral -, e os indivíduos, fica-se tentado (BIGO) a conceber as relações no estilo de troca, de forma que se tenta explicar de forma definitiva a justiça geral - simplesmente - pela faceta comutativa, *verbi gratia*, tratando-se da idéia de obrigação fiscal nesta “faceta”.

⁶⁸ *Id ibidem*

⁶⁹ FLEISCHACKER, Samuel. “Uma breve história da justiça distributiva”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 33

⁷⁰ CASTILHO, ob. Cit., p. 45

⁷¹ BIGO, ob. cit., p. 51

1.3. “Neotomismo” e a Doutrina Social da Igreja

Posteriormente, no início do século XVII, GRÓCIO introduz a distinção entre “justiça expletiva” e “justiça atributiva”, com o propósito de seguir as distinções de ARISTÓTELES e AQUINO entre as justiças “comutativa” e “distributiva”, sem, entretanto, lograr êxito neste intento.⁷²

Segundo GRÓCIO⁷³, justiça “expletiva” seria legalmente coercitiva, ao passo que a “atributiva” não. A “expletiva” governaria tudo o que a lei humana faz ou deve fazer, e as reivindicações que ela procura satisfazer são correspondentemente denominadas “direitos legais” ou “direitos escritos”. Já a “atributiva” abarcaria todas *“aquelas virtudes que têm o propósito de fazer bem aos outros, tais como a generosidade, a compaixão e a providência em questões de governo, podendo reconhecer-se a “justiça atributiva” grociana como uma descendente da beneficência ciceroniana”*.

FILANGIERI⁷⁴ (1752-1788), inspirado sobretudo pelos franceses, como MONTESQUIEU, pretendeu ser um reformador em seus escritos, os projetos de futuro prevalecem sobre o passado; com ideais liberais, fixa o princípio da inalienabilidade da liberdade, devendo o Estado primeiramente, garantir essa liberdade. Deseja, ademais, ver alargadas as funções do Estado, para que se consiga, com a sua autoridade, maior bem social.

Aponta ABEL⁷⁵, ter sido o termo justiça social empregado por Edward GIBBON “no sentido de aplicação das normas de conduta justa numa sociedade”. Já como utilizamos hoje – apontam alguns aqui o ineditismo (MAFFETONE e VECA⁷⁶) -

⁷² FLEISCHACKER, Samuel. *“Uma breve história da justiça distributiva”*, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 34

⁷³ *Id ibidem*

⁷⁴ DEL VECCHIO, ob. cit., p. 137-138

⁷⁵ ABEL, Ivan José. *“Justiça Social e Dignidade Humana. Uma reflexão sobre o poder judiciário.”* Bauru, SP. EDUSC, 2005.

⁷⁶ MAFFETONE, Sebastiano e VECA, Salvatore *“A Idéia de justiça em Platão a Rawls”* de, tradução de Karina Jannini, revisão da tradução de Denise Agostinetti; São Paulo, Martins Fontes, 2005.p, 373

o jesuíta italiano Luigi Taparelli D'AZÉGLIO⁷⁷ - quem, com base em Tomás de AQUINO - , em 1849 disserta que a justiça social: “*deve tornar, efetivamente, todos os homens iguais em tudo quanto se refere aos direitos da humanidade, como o Criador os fez perfeitamente iguais na sua natureza*”⁷⁸. Taparelli D'AZÉGLIO escrevia no jornal *Civiltà Cattolica*, engajando teorias capitalista e socialista do ponto de vista do direito natural. Sua premissa básica consistia em que teorias econômicas “rivais” - baseadas no pensamento subjetivo Cartesiano – abalaram a unidade presente na metafísica tomista, sendo que nem os capitalistas liberais nem os comunistas se preocuparam com a filosofia moral pública.

Ainda em solo italiano, vê-se o termo justiça social adquirir destaque na obra de ROSMINI⁷⁹(1797-1755) - MAFFETONE e VECA apontam ele como responsável em difundir as idéias de D'AZÉGLIO; um idealista, comprometimento com questões políticas. Foi sacerdote e diligenciou a fim de conciliar a Filosofia e a Religião, Igreja e Estrado, e, amiúde por suas tendências liberais, a autoridade eclesiástica admoestou, até mesmo proibindo algumas de suas obras, perseguindo os discípulos de ROSMINI. Das suas obras, destacamos “*A constituição segundo a Justiça social*”, de 1827(publicada em 1848).

Destaque-se que, treze anos depois de publicada a obra de ROSMINI, John Stuart MILL, em *Utilitarismo*, lhe brindou um prestígio quase canônico – aponta NOVAK⁸⁰ – como seguinte transcrição: “A sociedade deveria de tratar igualmente bem aos que se o merecem, é dizer, aos que se merecem absolutamente ser tratados igualmente. Este é o mais elevado estandarte abstrato da justiça social e distributiva;

⁷⁷ TAPARELLI d'AZEGLIO, Louis. “*Saggio teoretico di diritto naturale*”, p. 183. *apud* ABEL e MAFFETONE E VECA, ob. cit. p. 373

⁷⁸ ABEL, ob. Cit. P. 75.

⁷⁹ Antonio Rosmini nasceu em Rovereto e faleceu em Stresa(1797-1855). Terminados seus estudos jurídicos e teológicos em Pádua, foi ordenado em 1821, sendo encorajado por PIO VIII, que lhe pediria para conduzir os homens através da razão, contra o sensismo e iluminismo. As novidades de suas idéias – adiantou a proposta de seguir as línguas próprias de cada povo ao invés do latim – as levaram ao Índex de 1849. Apenas com JOÃO II, sendo apontado na Incíclica *Fides et ratio*, pelo predecessor de Bento XVI, introduzindo-se a causa da beatificação. Fundou o Instituto da Caridade e o das Irmãs da Providência. A nossa pesquisa o aponta como primeiro a utilizar o termo justiça social, em lugar de Taparelli D'Azéglio. (www.humanities.mq.edu.au/ockham/v64117.html; acessado em março de 2009). Mais, de acordo com DEL VECCHIO, ob. cit., p. 141 e 142

⁸⁰ NOVAK, Michael. Artigo: “*Definiendo la justicia social*”. Tradução de Adolfo Rivero

fazendo com que todas as instituições, e os esforços de todos os cidadãos virtuosos, deveriam ser levados a convergir no maior grau possível”. MILL imagina que as sociedades podem ser virtuosas da mesma forma que os indivíduos. Curiosamente, a demanda pelo termo de “justiça social” não surgiu até os tempos modernos, em que as sociedades mais complexas estão regidas – já não por chefia tribal ou tirânica – mas por leis impessoais aplicadas com a mesma força a todos por igual cuidado ao império da lei.

Trata ROSMINI⁸¹ ainda com cuidado acerca da conciliação entre Moral e o Direito, definindo este como: “a faculdade de fazer aquilo que agrada, protegida pela lei moral, que ordena a cada um o respeito pelos outros”. A política seria a arte de conduzir a sociedade civil (teocrática, doméstica e civil) ao seu próprio fim, podendo apenas ser realizada pela Política em submissão ao direito, ou seja, à Justiça. Ao traçar um projeto de constituição segundo a Justiça social, declara que, embora concebido pela monarquia, pode também aplicar-se à República, colocando ainda – como princípio fundamental – que os direitos naturais e racionais são invioláveis.

Assim, o Papa Leão XIII⁸², que estudou Taparelli D’AZÉGLIO, publica em 1891 a *Rerum Novarum*⁸³ – na condição das classes de trabalho, rejeitando tanto o socialismo como o capitalismo, para ele, a sociedade deveria se basear na cooperação e não no conflito de classes e na competição. Neste documento, seguindo Santo AGOSTINHO(BIGO⁸⁴), Leão XIII responde à instabilidade social e os conflitos de trabalho que advieram com a sociedade industrial e que teve como resposta o socialismo; para ele, o papel do Estado é promover a justiça social através da proteção dos direitos, enquanto a igreja deve se manifestar acerca de assuntos sociais para guiar à harmonia.

⁸¹ ABEL, ob. Cit. P. 75.

⁸² De acordo com Lopo, foi Leão XIII que pela *Rerum Novarum*, tornada pública em 15 de maio de 1891, enfrentou o debate social, numa demonstração eloqüente de que à Igreja não cabe apenas o pastoreio espiritual, mas também a orientação material dos fiéis, ademais, defendendo que os direitos sociais estão ínsitos à condição humana e profaná-los é merecer a condenação divina. LOPO, Paulo. “*O Constitucionalismo econômico*”. In: AGRA, Walber de Moura coordenador. *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009. vários autores. p. 183

⁸³ “*Compendium of the Social Doctrine of the Church*”, 2004, com atualização de 2006. Conselho Pontifício “*Iustitia et Pax*”.

⁸⁴ BIGO, ob. Cit., p. 81. Para contextualização deste enxerto, constante no capítulo *Civilização e Evangelização*.

A Encíclica *Quadragesimo Anno*⁸⁵ de 1931, do Papa Pio XI⁸⁶, encoraja e apresenta a justiça social como virtude pessoal assim como atributo da ordem social: será a sociedade justa apenas se os indivíduos e as instituições o forem. O termo justiça social inicialmente apareceu nesses documentos enquanto “repartição de riquezas”⁸⁷, passando às relações entre capital e trabalho, e se estendendo a outros aspectos da vida social e econômica, como consta da *Divini Redemptoris* - de Pio XI (1937) - a justiça social deveria regular a “ordem econômica e a organização civil”⁸⁸, contando ainda esta com uma definição de justiça social “é precisamente próprio da justiça social exigir dos indivíduos quanto é necessário ao bem comum”, como a definição de Tomás de Aquino acerca da justiça legal.

Mais tarde, com PIO XII – no 50º aniversário da *Rerum Novarum* - tem-se que: “Incontestável é a competência da Igreja nessa parte da ordem social que entra em contato com a moral para julgar se as bases de uma dada organização social estão de acordo com a ordem imutável das coisas.”⁸⁹, e mais ainda, que se nos faz relevante neste momento citar por algumas razões.

Mais recentemente, em 2006, o Papa Bento XVI, na encíclica *Deus Caritas Est*, (Deus é amor), trás que a justiça é por definição preocupação do Estado e preocupação central dos políticos, não da Igreja, que se preocupa no cerne com a caridade, devendo a Igreja informar e promover o debate sobre o tema, usando a razão e o Direito Natural.⁹⁰

⁸⁵ PIO XI: “A ordem social e a ordem econômica estão submetidas à autoridade da Igreja”. BIGO, ob. Cit., p. 80

⁸⁶ Reafirmando as teses esposadas por Leão XIII. LOPO, Paulo. “*O Constitucionalismo econômico*”. In: AGRA, Walber de Moura coordenador. “*Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*”. São Paulo: Saraiva, 2009. vários autores. p. 183

⁸⁷ BARZOTTO, BARZOTTO, Luis Fernando. “*Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm, item 1.4.

⁸⁸ *Id ibidem*

⁸⁹ BIGO, “*A Doutrina Social da Igreja*”, p. 80 e 81

⁹⁰ “*Compendium of the Social Doctrine of the Church*”, 2004, com atualização de 2006. Conselho Pontifício “*Iustitia et Pax*”.

Traço significativo do ensino social católico é a preocupação com os pobres, sendo que duas das sete áreas chaves do ensino social católico são pertinentes à justiça social⁹¹: 1-vida e dignidade da pessoa humana, princípio fundacional de todo o ensino social Católico é a santidade da vida humana e a inerente dignidade de toda pessoa humana, devendo ser a vida valorizada mais que bens materiais; 2-Opção preferencial pelos pobres e vulneráveis, sendo traço marcante a valorização da compaixão e solidariedade para com os pobres, devendo ser opção preferencial pelo pobre, quando na instituição de políticas públicas, devendo ser colocada à frente. O teste moral de qualquer sociedade é como são tratados os mais vulneráveis. Mesmo antes, a justiça social emana das manifestações textuais católicas.

1.4. Rousseau e a igualdade dos cidadãos

No século XVIII vê-se grande mudança com relação aos pobres. No início, e mesmo em meados deste, a noção cristã tradicional de hierarquia social, com os pobres inferiormente colocados, ainda prevalecia. No fim de século, KANT já podia dizer que todos deveriam ser capazes de conquistar posição social por meio de talento, diligência e sorte, e, em França e nos Estados Unidos, celebravam a mobilidade social. Na Inglaterra, falavam que: "a própria escória do povo estava aspirando a uma posição que está além daquela que lhes é própria".⁹²

Graças a mudanças nas atitudes e crenças sociais no século XVIII, acompanhada de uma série de desenvolvimentos científicos e políticos, a erradicação da pobreza começou a parecer possível. A partir disso, nasceu a noção moderna de justiça distributiva e, por volta do fim daquele século, começa-se a ver claramente uma crença segundo a qual o Estado pode - e deve - tirar as pessoas da pobreza, e que, ademais,

⁹¹ Fonte: "*Compendium of the Social Doctrine of the Church*", 2004, com atualização de 2006. Conselho Pontifício "*Iustitia et Pax*". ", bem como o constante de: Wikipédia: Main article: "*Catholic social teaching*".

⁹² FLEISCHACKER, Samuel. "*Uma breve história da justiça distributiva*", trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 79

ninguém merece, e nem precisa, ser pobre, e que, por isso, é tarefa do Estado, ao menos em parte, distribuir ou redistribuir bens(crença essa que só vem ocupar o centro do palco na revolta mal sucedida liderada por "Graco" BABEUF no final da revolução Francesa.⁹³

Jean-Jacques ROUSSEAU, juntamente com Adam SMITH e KANT, ajudaram pelo menos a mudar as concepções de muitos não filósofos sobre a propriedade, a natureza humana e a igualdade humana, e assim, sobre aquilo que os pobres merecem. São eles expoentes de um sistema de crenças sociais que tornou possível a noção de justiça distributiva, até pelo menos a radical afirmação de BABEUF de que: " todos os seres humanos têm um direito igual a toda riqueza."⁹⁴

ROUSSEAU, ainda que passível de críticas⁹⁵, fez mais do que qualquer um antes dele para inspirar programas políticos em benefício dos pobres. Foi dele que os revolucionários franceses afirmaram ter aprendido que cabe ao Estado retificar a desigualdade, e foi em ROUSSEAU que KANT, de acordo com célebre autodescrição⁹⁶, aprendeu a verdadeira igualdade dos seres humanos.

Supõe-se que a contribuição de ROUSSEAU para o distributivismo seriam as noções de que a propriedade privada é questionável, ou mesmo injusta, de que a sociedade capitalista ou comercial oprime cruelmente os pobres, e de que uma solução apropriada seria um governo radicalmente democrático; porém, efetivamente, a contribuição maior de ROUSSEAU para a questão distributiva(aponta FLEISCHACKER⁹⁷), foi mais geral, qual seja, uma atitude de suspeita em relação à sociedade comercial, bem como uma atenção aos seus custos, principalmente àqueles que

⁹³ FLEISCHACKER, Samuel. *“Uma breve história da justiça distributiva”*, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 80

⁹⁴ FLEISCHACKER, Samuel. *“Uma breve história da justiça distributiva”*, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 80-81

⁹⁵ Como aponta FLEISCHACKER, p. 81-82: mandou seus filhos ao nascerem para orfanatos; preocupado com sua fama e cada vez mais obcecado; uma pessoa desagradável que pouco contribuiu para as lutas de seu tempo e que violou seu próprio elogio da compaixão, amizade e coragem em todas as suas relações pessoais.

⁹⁶ *“Houve um tempo em que julguei que nisso(conhecimento) residia a honra da humanidade e desprezava o povo, que nada sabe. Rousseau endireitou-me com respeito a isso...Aprendi a honrar a humanidade, e me acharia mais inútil do que o trabalhador comum se não acreditasse que essa minha atitude pode dar valor a todos os outros ao estabelecer os direitos da humanidade”* in: FLEISCHACKER, ob. cit. p. 82

⁹⁷ ob. cit. p. 83

estão em pior situação, e, ademais, uma sugestão de que a solução para os problemas de tal sociedade encontra-se na política, e não em atitudes de cunho filosófico ou religioso que façam com que aqueles que sofrem, aceitem carregar o fardo que sobre eles recai.

Propôs um estado de natureza no qual todos são honestos, livres e satisfeitos, confrontando e indagando se as tão festejadas realizações do “progresso” humano seriam de fato tão valiosas. Afirmou, ademais, que não tinha nenhum interesse em levar as pessoas a "voltar a viver com os ursos"⁹⁸, e sua ênfase nos custos da sociedade deve ser entendida como uma maneira de nos levar a repensá-la, e não abandoná-la.

Nessa linha, se a instituição da propriedade é a responsável pelo ódio, conflito e pobreza - como ROUSSEAU sugere -, então impor limites ou aboli-la pode ser um caminho para eliminar o ódio, o conflito e a pobreza⁹⁹. Ademais, encoraja o Estado a “fazer” homens, se o que se quer é comandar homens, como, ainda mais, a capacitar os cidadãos a solucionarem seus próprios problemas por meio de leis boas.¹⁰⁰ Os problemas sociais para ele, podem ser solucionados pela sociedade; um Estado bom, democrático e de cidadãos conscientes, pode superar praticamente todos os males, idéia essa que teve forte impacto aos reformadores e radicais posteriores¹⁰¹.

Na via da moderna concepção de justiça social, a crença segundo a qual redistribuir a propriedade de modo a minimizar ou erradicar a pobreza é possível é de suma relevância, e a essa contribuição ROUSSEAU teve seu lugar.

Com relação à sensibilidade sobre a questão dos pobres, cabe-nos uma transcrição curiosa, intrigante e talvez bastante atual:

⁹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *"First and Second Discourses"*. Trad. por R. Masters e J. Masters. Org. por R. Masters. Nova YORK: St. Martin's Press, 1964., p. 201

⁹⁹ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 85

¹⁰⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *"A Discourse on Political Economy"*. em: *"The Social Contract and discourses"*. Trad. de G.D.H. Cole. Londres: J.M.Dent, 1963., p. 139

¹⁰¹ FLEISCHACKER, Samuel., p. 85

"(...)Quão diferente á o caso do homem pobre! Quanto mais a humanidade lhe deve, tanto mais a sociedade lhe negará. Todas as portas estão fechadas para ele, mesmo quando ele tem um direito a que se abra: e se alguma vez ele consegue que a justiça seja feita, é muito mais difícil para ele do que para outros obter favores...considero totalmente arruinado qualquer homem pobre que tenha o infortúnio de ter um coração honesto, uma filha atraente e um vizinho poderoso".¹⁰²

Já nos mostrava ROUSSEAU juízo fático conclusivo a que pessoas ricas tendem a se safar de seus crimes, ao mesmo tempo em que são protegidas dos criminosos, bem como as pobres são desproporcionalmente visadas pela polícia, ao mesmo tempo em que encontram dificuldade para mobilizar o sistema legal para fazer valer seus direitos¹⁰³. Reconhecia-o que a solução para as injustiças evidentes sofridas pelos pobres viria com uma reforma substancial da esfera política, em vez de apelar à moral ou à religião dirigidas aos poderosos, ou até mesmo, em lugar de se exigir apenas uma administração mais eqüitativa das leis existentes.¹⁰⁴

Ainda para ROUSSEAU, um sistema eqüitativo de justiça só poderia emergir em uma sociedade política democrática, onde o processo de elaboração de leis refletisse a igualdade de todos os cidadãos. Como aponta FLEISCHACKER¹⁰⁵, a idéia central e mais importante de ROUSSEAU seria a percepção que ele teve da relação entre a liberdade e a cidadania. "*Se tivesse escolhido o lugar do meu nascimento, teria escolhido viver e morrer em liberdade: o que significa dizer, a um tal ponto sujeito às leis que nem eu nem ninguém mais seria capaz de se livrar de seu nobre jugo*"¹⁰⁶.

Dessa maneira, em sentido não diverso do que se pode ver com BOURDIEU mais à frente quanto à violência simbólica e monopólio do(s) capital(is), a desigualdade socioeconômica confere a alguns uma influência desproporcional sobre a

¹⁰² ROUSSEAU, Jean-Jacques. "A Discourse on Political Economy". em: "The Social Contract and discourses". Trad. de G.D.H. Cole. Londres: J.M.Dent, 1963., p. 161

¹⁰³ FLEISCHACKER, Samuel., p. 89

¹⁰⁴ *Id ibidem*

¹⁰⁵ ob. cit. p. 90

¹⁰⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. "First and Second Discourses". Trad. por R. Masters e J. Masters. Org. por R. Masters. Nova YORK: St. Martin's Press, 1964., p. 78-79

elaboração de leis na comunidade política, e divide essa comunidade em grupos hostis que não se dispõem a submeter seus interesses aos de todos, que alimentam um "ódio mútuo entre os cidadãos" e "indiferença à causa comum"¹⁰⁷. A desigualdade econômica é, por isso, um obstáculo à verdadeira democracia, já que "Proteger os pobres contra a tirania dos ricos é a mais importante das tarefas do governo, e já é tarde demais para fazer isso quando há pessoas muito ricas e pessoas muito pobres."¹⁰⁸. Melhor é, antes de tudo, "impedir a desigualdade extrema de fortunas", e organizar a economia política de maneira que ninguém venha a ser muito pobre.

Nessa esteira, a distribuição de propriedade entra nas preocupações de ROUSSEAU indiretamente, por meio do entendimento que tem ele da cidadania. Preocupa-se ele com o pobre na medida em que é um cidadão, e não à medida que é simplesmente um ser humano.¹⁰⁹

1.5. Adam Smith e a mudança da imagem dos pobres

Depois de estudada a contribuição de ROUSSEAU à questão da igualdade dos cidadãos, com também à titularidade do Estado para com o combate às desigualdades, foi, Adam SMITH que primeiro atraiu a atenção para os danos que a pobreza causa na vida privada dos pobres, em vez de se restringir aos danos que o contraste entre a riqueza e a pobreza causa em suas vidas enquanto vistos no espectro de sua cidadania. Ademais, quanto escreveu SMITH¹¹⁰ que a justiça distributiva não poderia ser aplicada coercitivamente, não o fez com vistas à concepção moderna de justiça social, seguindo advertência àqueles que o colocam como adversário da justiça distributiva moderna. Nessa linha, SMITH deve ser colocado, como alhures retro aludiu-se, juntamente

¹⁰⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. "A Discourse on Political Economy". em: "The Social Contract and discourses". Trad. de G.D.H. Cole. Londres: J.M.Dent, 1963., p. 147

¹⁰⁸ *Id ibidem*, p. 146-147

¹⁰⁹ FLEISCHACKER, Samuel., p. 90

¹¹⁰ SMITH, Adam. "Theory of moral sentiments". Org. D.D Raphael e A.L.Macfie. Oxford: Oxford University Press, 1976. trad. bras. "Teoria dos sentimentos morais", São Paulo, Martins Fontes, 1999., p. 390.

com ROUSSEAU e KANT, como colaborador à idéia do que hoje denominamos como justiça distributiva.

Dessa forma, o foi pelas recomendações distributivas que fez em "*A Riqueza das Nações*", onde postula que a riqueza pode ser distribuída ao menos de duas das três maneiras que se pode haver: por meio da transferência direta de propriedade dos ricos aos pobres; através da tributação dos ricos com taxas mais elevadas que aos pobres; ou pelo emprego de receitas fiscais para prover recursos públicos em benefício sobretudo dos pobres. SMITH fez propostas nas duas primeiras linhas.¹¹¹

A contribuição mais importante, que também vem de encontro com este nosso presente trabalho, é a defesa da educação pública. Nessa trilha, descreve SMITH¹¹² o entorpecimento mental produzido por certos tipos de trabalho como um dos maiores perigos presentes em uma economia avançada e sustenta que o Estado deve tomar iniciativas no sentido de garantir que os pobres que trabalham tenham uma educação que lhes dê capacidade de julgamento moral e político. Recomenda-o que o Estado sustente escolas locais que ensinem a ler, a escrever e que também ensinem "os rudimentos da geometria e mecânica"¹¹³. Mas empregar fundos públicos para dar apoio a instituições como essas significa, na prática, tirar recursos dos ricos e transferi-los aos pobres.¹¹⁴ Nessa linha, propôs em linhas gerais idéias de tributação que implicariam na transferência de recursos dos ricos aos pobres, como, p.ex., um pedágio mais alto aos veículos de luxo que aos veículos de carga.¹¹⁵

Dessa forma, como aponta HIMMELFARB¹¹⁶: "*era a imagem dos pobres que estava implícita em tais políticas*". E mais: "*se A Riqueza das nações não foi*

¹¹¹ FLEISCHACKER, Samuel. "*Uma breve história da justiça distributiva*", trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 92

¹¹² SMITH, Adam. "*An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*". Org. R. H. Campbell, A.S. Skinner e W.B. Todd. Oxford: Oxford University Press, 1976. Trad. bras. "*A riqueza das nações*", São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 782-788

¹¹³ *Id ibidem*, p. 785

¹¹⁴ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit. p. 92

¹¹⁵ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 93

¹¹⁶ HIMMELFARB, Gertrude. "*The Idea of Poverty*". New York: Alfred A. Knopf, 1984, p. 62

tão original em suas teorias do dinheiro, comércio ou valor, essa obra foi genuinamente revolucionária em seu modo de ver a pobreza e em sua atitude em relação aos pobres"¹¹⁷.

Adam SMITH mudou nossa noção do que a questão da pobreza é, seus predecessores a viam como o problema de como lidar com os vícios e a criminalidade das classes inferiores.¹¹⁸ Até o fim do século XVIII, a maioria dos cristãos acreditava que Deus havia ordenado uma organização hierárquica da sociedade, com pessoas verdadeiramente virtuosas ocupando e dispondo de posições de riqueza e poder e, abaixo, "os pobres e inferiores"¹¹⁹. Entendia-se a caridade como um meio de redenção, e a existência de pessoas pobres como parte do plano divino para a vida humana. Como ilustra as palavras do humanitarista Isaac WATTS: "*o grande Deus sabiamente ordenou que entre a humanidade houvesse alguns ricos e alguns pobres: e a mesma Providência designou aos pobres os serviços menores*"^{120 121}.

Nessa toada, SMITH¹²² foi um adversário ferrenho da idéia de que os pobres, em algum sentido, são inferiores aos ricos, repetidas vezes em "A Riqueza das Nações", alfineta a vaidade que sustenta uma imagem desdenhosa das virtudes e habilidades dos pobres. Apresenta-o os pobres como pessoas que possuem as mesmas aptidões naturais que quaisquer outras pessoas. De forma que: "*As diferenças de talentos naturais em homens diferentes são, na realidade, muito menores do que estamos cientes*". O hábito e a educação contribuem para a maior parte daquela lacuna supostamente grande

¹¹⁷ *Id ibidem*, p. 46

¹¹⁸ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit. p 94

¹¹⁹ *Id ibidem*

¹²⁰ BAUGH, Daniel A.. "*Poverty, Protestantism and Political Economy: English Attitudes toward the Poor, 1660-1800*". Em: "*England's Rise to Greatness*", Org. Stephen Baxter. Berkeley: University of California Press, 1983., p. 80

¹²¹ Nas palavras de BAUGH: "(...)A atitude dominante (em 1750) supunha que jamais se deveria tirar os pobres da miséria, nem encorajar seus filhos a olhar para além do arado ou do tear. essa atitude refletia noções tradicionais de hierarquia social e era reforçada por teorias econômicas sobre o trabalho e a motivação. A outra atitude derivava principalmente da ética cristã. Ela sustentava ser dever dos ricos tratar os pobres com bondade e compaixão, e ajudá-los em tempos de adversidade. essa atitude benevolente não oferecia uma base apropriada para elaborar planos de ação política(...)lembrete de que as massas trabalhadoras imundas e mal-vestidas(..)eram igualmente criaturas de Deus, a quem a comunidade não podia excluir nem ignorar." BAUGH, ob. cit. p. 83

¹²² FLEISCHACKER, Samuel. "*Uma breve história da justiça distributiva*", trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 96

que existe entre o filósofo e o carregador de rua comum, ainda que "*a vaidade do filósofo não está disposta a reconhecer quase nenhuma semelhança*"¹²³.

Desse modo, SMITH nos apresenta uma idéia notavelmente dignificadora dos pobres, na qual fazem escolhas que em tudo são tão respeitáveis quanto às de seus superiores sociais, portanto, na qual não há, em absoluto, pessoas verdadeiramente superiores e inferiores. Propõe-nos a vermos a pessoa pobre como nossos amigos, parentes ou a nós próprios, iguais a todos os seres humanos em inteligência, virtude, ambição e interesses, e assim, iguais em direitos, méritos e dignidade.¹²⁴

Na da moderna noção de justiça distributiva, é essencial que se acredite que os pobres merecem certos tipos de auxílio, e, neste sentido, o retrato que SMITH faz dos pobres ajudou a dar origem a esta noção moderna.¹²⁵ Assim, sua concepção dos pobres e do que os pobres merecem contribuiu para o surgimento da noção tipicamente moderna de que para o Estado é um dever, e não um ato de graça, aliviar ou abolir a pobreza.¹²⁶

1.6. Kant e o valor igual entre os seres humanos

Na empresa de buscar as raízes históricas da justiça social, temos em KANT o primeiro grande pensador a defender de forma explícita que o auxílio aos pobres deve ser um assunto para o Estado, e não uma obrigação privada. Quando usa a expressão justiça distributiva, lhe dá um sentido peculiar.

¹²³ SMITH, Adam. "*An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*". Org. R. H. Campbell, A.S. Skinner e W.B. Todd. Oxford: Oxford University Press, 1976. Trad. bras. "*A riqueza das nações*", São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 29

¹²⁴ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 97

¹²⁵ *Id ibidem*, p. 98

¹²⁶ *Id ibidem*, p. 99

A justiça pública consistiria na "justiça protetora", na "justiça comutativa" e na "justiça distributiva". De forma que se poderia supor que as duas primeiras dividem o trabalho feito pela "justiça corretiva" aristotélica, ou da "justiça expletiva" de GRÓCIO, enquanto a terceira corresponderia à "justiça distributiva" de ARISTÓTELES ou à "atributiva" grociniana; porém o que ele faz é proceder como frequentemente o faz, com base no modelo das tricotomias epistemológicas introduzido na sua "*Crítica da razão pura*", de sorte que os três tipos de justiça corresponderiam, respectivamente, à "possibilidade", à "realidade" e à "necessidade" da lei.¹²⁷

A "justiça protetora" deveria nos dar a forma da lei - o que torna a lei possível -, a "justiça comutativa" o conteúdo da lei - sua realidade-, já a "justiça distributiva" o mecanismo pelo qual as leis se fazem cumprir - se tornam "necessárias - coercitivamente. Esta, "distributiva", consiste no uso dos tribunais para aplicar leis e casos específicos, e a presença da "justiça distributiva", assim, é o que assinala a diferença entre ter governo e viver no estado de natureza¹²⁸; a "justiça distributiva" é coercitiva na imposição de leis, assinalando por tal alcunha que os tribunais "distribuem" a cada um de nós os direitos que, de outra forma, só teríamos em princípio¹²⁹.

Como nos aponta FLEISCHACKER, o único predecessor de KANT que assim se utiliza da expressão "justiça distributiva" é Thomas HOBBS: "a justiça distributiva, a justiça de um árbitro, é o ato de definir o que é justo", rejeitando assim a distinção comutativa/distributiva, sendo alegada pelo jurista de Chicago como evidência de que ele não conhecia ou não levava em consideração a literatura corrente da tradição do direito natural¹³⁰.

No tocante à "igualdade", todo ser humano teria um direito igual às coisas boas que a natureza propicia, devendo a caridade ser vista como uma dívida de

¹²⁷ KANT, Immanuel. "*The Metaphysics of Morals*". Trad. Mary Gregor, introdução de Allen Wood. Cambridge: Cambridge University Press, p. 120. FLEISCHACKER, Samuel. "*Uma breve história da justiça distributiva*", trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 100-101

¹²⁸ KANT, Immanuel. "*The Metaphysics of Morals*". p. 121

¹²⁹ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit. p. 101

¹³⁰ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 222

honra, e não como uma exibição de bondade ou generosidade, com efeito, como uma compensação pela dívida que temos para com os outros.¹³¹ KANT defenderia que os benefícios aos pobres fossem fornecidos pelo Estado; onde o Estado cobra impostos para prover aos pobres, todos passam a ter uma obrigação de contribuir, e o auxílio aos pobres se torna um direito¹³² e não um favor.

Aliada à questão do auxílio aos pobres, em que KANT recomendava que o Estado propiciasse uma outra maneira de ajudá-los que não a caridade privada, estaria incluído no contrato social que o governo "*obrigue os ricos a prover os recursos de subsistência àqueles que não têm como satisfazer suas necessidades naturais básicas*"¹³³.

De maneira mais clara e explícita do que seus predecessores, KANT proclamou o valor igual de todos os seres humanos; todo ser humano, todo ser racional, "existe como um fim em si mesmo e não somente como um meio"¹³⁴, tem um "valor absoluto"¹³⁵, e por essa razão, um valor igual. Assim, estabelece-se a premissa para a justiça distributiva/social, para a qual vimos ser muito difícil no pensamento aristotélico; não mais as pessoas tem valor porque têm "virtudes", mas sim porque são humanas e são igualmente merecedoras de uma vida boa, e ajudá-las para que ao menos tenham o mínimo de bens de que precisam para exercitar suas vontades racionais, agora passa a ser visto como um dever, e não um ato de bondade.¹³⁶ No mais, o dever de ajudar outros seres racionais é o quarto dos seus exemplos de "ação moral", constante na "*Fundamentação*..¹³⁷

¹³¹ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 106

¹³² "Obrigação esta que pode ser igual a todos - em termos absolutos -, como uma proporção da renda, ou como uma proporção da renda disponível, isto é, daquela que não é empregada em gastos necessários. O segundo desses dois tipos de igualdade abre lugar para a progressividade na tributação". In: FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit. p. 225

¹³³ KANT, Immanuel. "*The Metaphysics of Morals*". Trad. Mary Gregor, introdução de Allen Wood. Cambridge: Cambridge Universit Press, p. 136. In: FLEISCHACKER, Samuel. "*Uma breve história da justiça distributiva*", trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 107

¹³⁴ KANT, Immanuel. "*Foundations of the Metaphysics of Morals*". Tradução de L.W.Beck. Nova York: Macmillan, 1959, p. 428

¹³⁵ KANT, Immanuel. "*Foundations of the Metaphysics of Morals*". Tradução de L.W.Beck. Nova York: Macmillan, 1959, p. 428, p. 435

¹³⁶ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit. p. 108

¹³⁷ KANT, Immanuel. "*Foundations of the Metaphysics of Morals*". Tradução de L.W.Beck. Nova York: Macmillan, 1959, p. 423

Ademais, KANT interpreta a natureza humana de modo que todos temos um conjunto de potenciais para a ação plenamente livre que só podemos realizar se vivemos em condições naturais e sociais favoráveis.¹³⁸ Nessa trilha, o terceiro exemplo de ação moral que se nos apresenta KANT em sua "*Fundamentação..*"¹³⁹, fala-nos da obrigação que todos temos de desenvolver nossos talentos ou dons, o que fornece fundamento para o que - na sua "*Crítica do juízo*", ele chama de *Cultur*: realização de todas as capacidades humanas, por meio do progresso político, econômico e educacional em sua forma mais plena.¹⁴⁰

Dessa forma, considerando-se que o desenvolvimento das potencialidades humanas pode exigir um grande número de bens materiais e instituições sociais, de forma a desenvolver e realizar livremente um rico "plano de vida" que lhes seja próprio, no qual possam praticar todas as capacidades que julguem valiosas, diz-se assim, que tal idéia tem grande importância para a justiça distributiva.¹⁴¹ Ainda que não desenvolva plenamente esse pensamento, sustenta KANT¹⁴² que o processo de promover em nós uma "perfeição maior", de fazer com que se realize tudo o que em nós é potencialmente excelente, constituiria algo que nos é moralmente exigido.

Portanto, percebe-se na proposta kantiana de desenvolvimento de nossos talentos, uma concepção de vida humana boa, qual, poderá requerer muito da sociedade, influenciando à frente as filosofias políticas de RAWLS e SEN.¹⁴³

¹³⁸ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit. p. 108

¹³⁹ KANT, Immanuel. "*Foundations of the Metaphysics of Morals*". Tradução de L.W.Beck. Nova York: Macmillan, 1959, p. 423

¹⁴⁰ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit. p. 108

¹⁴¹ *Id ibidem*, p. 109

¹⁴² KANT, Immanuel. "*Foundations of the Metaphysics of Morals*". Tradução de L.W.Beck. Nova York: Macmillan, 1959, p. 430

¹⁴³ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit. p. 110

1.7. O nascimento da noção moderna de Justiça Social: Babeuf e Fichte - o direito natural à distribuição da riqueza com igualdade

Na linha que seguimos - de configuração da noção moderna de justiça distributiva -, como visto anteriormente, KANT juntamente com ROUSSEAU e SMITH chega perto de sua formulação sem, entretanto, dizer que se requer do Estado que ofereça auxílio aos pobres certo que, por mais que os defensores da justiça distributiva se voltem a ele, "(...)não é bem correto ver o próprio KANT como tendo proclamado essa noção."¹⁴⁴.

Se a noção moderna de justiça social nasce durante a Revolução Francesa - com as bases teóricas desses três filósofos do século XVIII -, foi com Graco BABEUF, líder de uma tentativa abortada de golpe em 1796, quem primeiro proclamou de forma direta que exige a justiça que o Estado redistribua bens aos pobres.¹⁴⁵

Há de se relevar que FICHTE¹⁴⁶ - seguidor imediato de KANT - formulou explicitamente noção que se assemelha à moderna, merecendo possivelmente ser nominado junto com BABEUF como inventor da moderna justiça distributiva. FICHTE veio a sustentar que o direito de não estar na pobreza se encontrava no mesmo nível que o direito à propriedade privada. Cumpre-nos transcrever um trecho demonstrativo disso:

"Ser capaz de viver é a propriedade absoluta e inalienável de todos os seres humanos. Já vimos que uma certa esfera de objetos é garantida ao indivíduo somente para um certo uso. Mas o fim último desse uso é ser capaz de viver(...)(disso se segue que) um princípio para todas as constituições estatais racionais é o de que todos devem ser capazes de viver de seu trabalho,(...)e o Estado precisa criar disposições que assegurem isso(...)todos os direitos de propriedade se fundamentam em um contrato de todos com todos, que diz: "Todos nós temos direito de conservar isso, com a condição de que deixemos que você tenha o que é seu. Portanto, se alguém não é capaz de ganhar a vida com seu

¹⁴⁴ FLEISCHACKER, Samuel. "Uma breve história da justiça distributiva", trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 110

¹⁴⁵ *Id ibidem*, p. 111

¹⁴⁶ *Id ibidem*, p. 225

próprio trabalho, é porque não lhe foi dado aquilo que é absolutamente seu, e o contrato fica completamente sem valor com relação a ele."¹⁴⁷

Ainda para FICHTE, afirma ele que todo Estado racional deveria instituir uma distribuição de bens que garantisse a todos os seus cidadãos uma vida agradável, e que a parcela que cada cidadão teria nessa distribuição "lhe pertence por direito"¹⁴⁸. Há quem diga(REISS¹⁴⁹), que FICHTE foi influenciado por BABEUF, sendo certo que ambos, nos tempos de idéias igualitárias da Revolução Francesa, se valeram das idéias jurídico-políticas anteriores para desenvolver a noção que hoje cai sob a rubrica de justiça "distributiva", "econômica"¹⁵⁰ ou "social"¹⁵¹.

A expressão "justiça distributiva" na acepção moderna, como aponta(FLEISCHACKER¹⁵²), não fora utilizada por BABEUF de forma explícita, porém, de fato ele contribuiu a todos um direito pleno - perfeito, estrito e coercitivo - a uma participação igual em toda a riqueza,e a justiça foi tratada pela tradição de direito natural desde GRÓCIO, como correlata a reivindicações de direitos perfeitos.

A noção de auxílio aos pobres como uma questão própria de justiça social, de que a justiça poderia demandar uma distribuição de recursos que aliviasse ou eliminasse a pobreza, era praticamente desconhecida, até mesmo entre os radicais do final do século XVIII. Thomas PAINE, em 1792, introduziu um programa inovador de combate à pobreza a ser empreendido pelo Estado, porém, não chegou bem a dizer que a justiça exigia a instituição do seu programa¹⁵³.

¹⁴⁷ FICHTE, Johann gottlieb. *"Foundations of Natural Right"*. Org. por Frederick Neuhouser. Trad. por Michael Baur. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 111, nota 44

¹⁴⁸ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 226

¹⁴⁹ REISS, H.S. (org.) *"The Political thought of the German Romantics"*. Nova York: Macmillan, 1955. p. 16
In: FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit..

¹⁵⁰ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit. p. 226

¹⁵¹ Atrocotomia aqui apresentada é por nós defendida em certa medida, desde que balizada pela consideração que relativiza da adjetivação "econômica" qualquer intuito reducionista, que macule a integralidade de sentido da Justiça Social - como positivada no Texto Democrático brasileiro de 1988, nos arts. 170 e 193.

¹⁵² FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 111

¹⁵³ Em breves notas, o programa de PAINE se referia a 5 propostas: isenção de impostos aos pobres; subvenção às famílias pobres para ser utilizada na educação de suas crianças; uma provisão para os idosos(que fizeram por merecer esse benefício por passarem a vida pagando impostos); criação de abrigos que ofereceriam alimentação e moradia em troca de trabalho; e a criação de imposto progressivo sobre a propriedade imobiliária. FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 112 e notas 48 e 49

Apresenta-nos FLEISCHACKER¹⁵⁴ um discurso de Armand de LA MEUSE, perante a Convenção Francesa em 17 de abril de 1793, no qual declara que não poderia haver contradição mais perigosa, absurda e imoral do que a igualdade política sem igualdade social e econômica, sendo "injustiça odiosa" desfrutar de igualdade perante a lei mas ser dela privado na vida, ademais, seria desnecessário levantar a questão se sob o direito natural todos os homens têm um "direito igual aos frutos da terra", sendo esta uma verdade sobre a qual não se pode ter nenhuma dúvida. Para LA MEUSE, a questão real seria: "(..) *dado que em sociedade a conveniência pública admite um direito à propriedade privada, não haveria também uma obrigação de limitar esses direitos e de não abandonar seu uso aos caprichos do proprietário?*"¹⁵⁵.

O que nos importa neste momento é ressaltar que BABEUF¹⁵⁶ deu um passo além ao estabelecer um vínculo direto entre o direito natural à riqueza igual e a exigência de que a sociedade distribua com a igualdade a riqueza. Para ele, a natureza dá a todos um direito igual à fruição de toda riqueza, e que o objetivo da sociedade seria defender essa igualdade, frequentemente atacada pelos poderosos e pelos perversos no estado de natureza, e aumentar, pela cooperação de todos, essa fruição.

BABEUF¹⁵⁷ converteu o não viver em pobreza em um direito político, que colocou na agenda política, pela primeira vez, um direito de todas as pessoas a um certo *status* socio-econômico - não porque a pobreza seja um obstáculo à capacidade de as pessoas serem boas cidadãs, mas porque a pobreza é uma afronta - na verdade, uma injúria sujeita à autoridade judiciária - às pessoas na condição de seres humanos. Chegara finalmente a noção de justiça distributiva em sua formulação moderna.

¹⁵⁴ ob. cit. p. 113

¹⁵⁵ *ib idem*

¹⁵⁶ *Id ibidem*, p. 114

¹⁵⁷ *Id ibidem*, p. 115

2. Concepção Moderna

Visto o significado geral de "justiça", passadas algumas idéias "pré-modernas" da justiça social para que melhor possamos compreendê-la ontologicamente, pelo menos algumas premissas¹⁵⁸ são necessárias para a adjetivação "moderna" do termo.

Primeiramente, tem-se a noção de que cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem. Ademais, vê-se correlata à idéia moderna, que alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem.

Junta-se a isso, que o fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares, bem como que a distribuição dessa parcela de bens é praticável e, tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solapar-se-ia o próprio objetivo que se tenta alcançar.

Finalmente, para que se diga acerca da modernidade da posição que se tenha acerca da justiça distributiva(social), que se entenda ser competência do Estado, e não somente de indivíduos ou organizações privadas, a garantia de que tal distribuição seja realizada.

Ilustram tais premissas requisitos necessários à ultrapassagem da pré-modernidade da justiça distributiva, enquanto relevantes à empresa, mister explique-se porque pode ser apropriado aos pobres/necessitados que eles recebam habitação, assistência à saúde, educação etc, na qualidade de seres humanos que o são.

¹⁵⁸ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 12

2.1. Politização da pobreza e reflexos na questão distributivista

Depois de BABEUF, o conceito de justiça social distributiva passou a fazer parte do discurso político, mas por algum tempo permaneceu às margens da respeitabilidade, não sendo muito difundida até depois da Segunda Guerra Mundial.

A politização da pobreza começou na Grã-bretanha na época da Revolução Francesa, incentivada não apenas pelo exemplo francês, mas também por uma crise severa na oferta local de alimentos, que culminaram com saques populares de grãos durante a crise de 1794-1796, quando os trabalhadores formaram comitês para exigir ou fornecer ajuda aos famintos. Ademais, em 1795 foi adotado o sistema de "*Speenhamland*", uma reforma na "*Poor Law*" inglesa, cujo ponto central consistia em fazer com que a quantidade de auxílio aos pobres, incluindo os pobres "capazes" - enquanto a "*poor law*" elisabetana não permitia que esses recebessem qualquer auxílio - dependesse do preço do pão e do tamanho da família.¹⁵⁹ Esse sistema esteve no centro das atenções por um bom tempo, na Inglaterra e nos EUA, com MALTHUS e RICARDO, até as recentes discussões sobre esquemas de renda mínima¹⁶⁰.

Nessa linha, o auxílio que antes devia e que ainda deveria ser solicitado como um favor, aponta Arthur YOUNG¹⁶¹ em 1797, agora é frequentemente exigido como um direito. O que demonstra a difusão rápida de uma ideologia segundo a qual os pobres devem ter um direito legal a melhores condições econômicas, e não meramente um direito a sobreviver ao lado de uma reivindicação moral pela caridade das pessoas ricas.

¹⁵⁹ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 118

¹⁶⁰ Nota de Álvaro DE VITTA

¹⁶¹ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit. p. 119. Na linha da absurda proposta do "deixem que os pobres morram"(FLEISCHACKER, ob. cit.,p. 125), este mesmo Arthur YOUNG - o que nos causa espanto - declarava que seria preferível que os pobres morressem na guerra em vez de ficarem "se proliferando constantemente e permanecer como um peso morto para os que são industriais...e a minha humildade me predispõe a essa idéia, pois percebo que a população sofreria menos no primeiro caso que no segundo." FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit, p. 123-124. Essa postura é abordada por FLEISCHACKER, inclusive passando por SPENCER que cunhou a locução "vivência do mais apto" (FLEISCHACKER, ob. cit., p. 126-127)"sendo por nós deixada de lado. Para SPENCER(FLEISCHACKER, ob. cit., p. 130) a justiça não somente não requer como proíbe o auxílio aos pobres gerido pelo Estado, sendo que para ele o governo pode ser utilizado para evitar danos, mas não para promover o bem.

Nessa toada, nos EUA, o juiz David BREWER¹⁶², da Suprema Corte do Kansas, declarou em 1875 que "*o auxílio aos pobres - o cuidado que se deve dedicar àqueles que são incapazes de cuidar de si próprios - está entre os objetos inquestionados do dever público.*

Ainda sobre os EUA, o "*New Deal*" de Franklin Delano ROOSEVELT propiciava seguro social a todo cidadão acima de uma certa idade, bem como o "*Aid to families with dependent children*" oferecia recursos para pessoas que ainda não haviam obtido tais recursos pelo trabalho. ROOSEVELT propôs, em 1944, um segundo "*bill of rights*", que incluiria um direito à moradia, ao emprego adequadamente remunerado, à assistência médica, a uma boa educação, bem como uma proteção adequada contra os temores econômicos da velhice, doença, acidente e desemprego; sendo que sua viúva, Eleanor, ajudou a elaborar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que incluía direitos ao seguro social, aos bens econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa, à proteção contra o desemprego e à alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos(arts. 22, 23 e 25 da Declaração Universal. Isso demonstra que a noção de justiça distributiva ou social estava firmemente presente por volta do século XX.¹⁶³

E, no início do século XX, a Noruega, Suécia e Finlândia classificavam um benefício mínimo aos pobres como "assistência compulsória". Em 1900 e 1922, as novas "*Poor Laws*" norueguesas e finlandesas restabeleceram - o que já havia sido feito na Noruega em 1845 (mas posteriormente revogado) - a assistência obrigatória a todos aqueles que fossem incapazes de prover o próprio sustento; já a "*Poor Law*" Sueca de 1918, restringia o auxílio a quem não pudesse trabalhar, sendo que as autoridades locais tinham a liberdade de ajudar pessoas capazes de trabalhar, mas que estivessem desempregadas e passando por dificuldades.¹⁶⁴

¹⁶² FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit, p. 119 e 228

¹⁶³ *Id ibidem*, p. 121

¹⁶⁴ *Id ibidem*, p. 229

Para o que nos é importante, sobre o argumento de SPENCER¹⁶⁵ contra o distributivismo, é que para ele deve o Estado evitar da assistência aos pobres porque: 1-os pobres pertencem a um grupo de pessoas inaptas para sobreviver; 2- que o processo de evolução social, no qual os inaptos perecem, acabará vencendo a pobreza se deixarmos que ela siga seu próprio curso; 3-que a sociedade é incontrolável e, assim, tentativas de solucionar o problema da pobreza provavelmente fracassarão; 4- essas tentativas governamentais corroerão a virtude da caridade; 5- tais tentativas resultarão em problemas legais de todos os tipos, por terem objetivos pouco claros; 6- que elas violarão direitos de propriedade, que o Estado tem por objetivo fundamental proteger.

Os argumentos 3, 4 e 5 foram utilizados por libertários posteriores - como HAYEK¹⁶⁶, que enfatizava o 3 -, sendo alguma noção de evolução social também vem a ser importante para a maioria desses pensadores, em especial para HAYEK, ainda que o seja apenas porque a noção de que a sociedade se desenvolve por meio de um processo evolutivo, e não por mudança consciente, o que se subentende na afirmação segundo a qual o planejamento social consciente provavelmente fracassará. Porém, tal versão de evolucionismo social não envolve qualquer sugestão de que os pobres constituem uma classe inferior.

Nesse panorama, aparece a crítica de HAYEK¹⁶⁷ – como aponta NOVAK¹⁶⁸ - às teorias da justiça social do XX, no sentido de que além da vagueza própria do termo, fala-se da conversão da justiça social num instrumento de intimidação ideológica com o objetivo de conseguir o poder da coerção legal. Ademais, a maioria dos autores afirmam que a utilizam para designar uma virtude(segundo eles moral). Mas a maioria das definições que adjudicam, pertencem a um estado de coisas impessoal – alto desemprego, desigualdade de ingresso no mercado, carência de salário decente, são citados como exemplo de injustiça social.

¹⁶⁵ *Id ibidem*, p. 134

¹⁶⁶ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit, p. 135. Nessa linha, HAYEK, Friedrich. “*Law, Legislation, and Liberty*”, Chicago, University of Chicago Press, 1973, Vol. 1, capítulos 1 e 2

¹⁶⁷ HAYEK, Friedrich. “*Law, Legislation, and Liberty*”, Chicago, University of Chicago Press, 1973, Vol. 1, p. 9 a 16, bem como constante de FLEISCHACKER, Samuel, p. 181-183

¹⁶⁸ NOVAK, Michael. Artigo: “*Definiendo la justicia social*”. Tradução de Adolfo Rivero

Como aponta FLEISCHACKER¹⁶⁹, é bem possível que as sociedades sejam aquilo que HAYEK - interpretando SMITH e HUME - denominou "ordens espontâneas": coleções de eventos e de coisas que têm uma forma discernível, mas que provém de ações que não pretendem produzir dessa forma, a qual não pode ser prevista ou planejada, idéia essa que leva e força à postura do "deixe estar pra ver como é que fica".

HAYEK¹⁷⁰ vai direto ao centro do problema: a justiça social é ou uma virtude, ou não. Se o é, só pode atribuir aos atos deliberados de pessoas individuais. A maioria dos que usam o termo, sem embargo, não o atribui a indivíduos, mas sim, a sistemas sociais. Utilizam "justiça social" para designar um princípio regulador de ordem. Não estão centrados na virtude, mas sim, no poder. O nascimento do conceito em testilha coincidiu com outros: a morte de Deus e o surgimento da idéia de economia dirigida. Quando Deus morreu, confiou-se na arrogância da razão e na sua inflada ambição de fazer o que o mesmo Deus não havia feito, ou seja, construir uma ordem social justa. A divinização da razão encontra sua extensão na economia dirigida; a razão(ciência) dirigiria e a humanidade seguiria coletivamente. A "morte de Deus", bem como o surgimento da ciência e da economia dirigida, nos trouxeram o "socialismo científico".

Disso, se desprende que a justiça social teria seu fim natural em uma economia dirigida. Em efeito, é esta que se diz aos indivíduos que fizer. A "justiça social" pressuporia: 1-que estamos guiados por diretivas externas específicas em vez de regras de conduta interiorizadas sobre o que é justo; e 2- que nenhum indivíduo deve ser considerado responsável por sua posição na sociedade. Afirmar que é responsável seria lançar a culpa à vítima. Na realidade, a função do conceito de justiça social é "lançar" a culpa a outro, culpar o sistema, a vítima, ou aos que "miticamente" a controlam. Como escreveu Leszek KOLAKOWSKI¹⁷¹, na sua magistral história do comunismo, o paradigma fundamental da

¹⁶⁹ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit, p. 235

¹⁷⁰ HAYEK, Friedrich. "*Law, Legislation, and Liberty*", Chicago, University of Chicago Press, 1973, Vol. 1, p. 9 a 16, bem como constante de FLEISCHACKER, Samuel, p. 181-183

¹⁷¹ NOVAK, *Id ibidem*

ideologia comunista: você sofre, seu sofrimento é causado por pessoas poderosas, há que destruir esses opressores.

Para HAYEK¹⁷², os efeitos das opções individuais e os processos abertos de uma sociedade livre não seriam distribuídos segundo um reconhecido princípio de justiça. Algumas vezes, os que agraciados fossem com méritos, seriam tragicamente infelizes. Mas, partindo da idéia de que um sistema que valora tanto o ensaio e o erro, como a liberdade de eleger, não estaria em posição de garantir resultados, nenhum indivíduo(ou partido político) poderia assim “designar regras”, tratando dessa maneira cada pessoa de acordo com seus méritos, ou de acordo com suas necessidades. Entretanto acreditamos ser a necessidade – em respeito à dignidade da pessoa humana como força centrífuga do ordenamento jurídico -, critério a ser “necessariamente” considerado ao combate à exclusão e desigualdades sociais. Afinal, há de se considerar a possibilidade de que, afastando-se do “acaso”, estar-se-ia a fugir do eixo humanista, inato à Constituição brasileira de 1988.

O desenvolvimento da noção de justiça social é muito complexo, devendo ser articuladas diversas idéias para constituir-se. Nas palavras de FLEISCHACKER¹⁷³, para se acreditar na justiça social “enquanto distributiva”, é preciso ver os pobres como merecedores do mesmo *status* econômico e social que todas as outras pessoas e ver a sociedade como responsável pela condição dos pobres e, capaz(a nós, solidariamente obrigada) de alterá-la radicalmente e ter justificativas seculares, e não religiosas(às nossas vistas, não apenas “somente” mas principalmente), para esse propósito.

Ademais, ainda de lá das margens do lago Michigan (FLEISCHACKER¹⁷⁴), a natureza dos debates atuais a respeito da “justificação” da justiça social, tem-se que o principal obstáculo à emergência da noção moderna não foi, uma

¹⁷² HAYEK, Friedrich. “*Law, Legislation, and Liberty*”, Chicago, University of Chicago Press, 1973, Vol. 1, p. 9 a 16, bem como constante de FLEISCHACKER, Samuel, p. 181-183

¹⁷³ FLEISCHACKER, Samuel. “*Uma breve história da justiça distributiva*”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 173-176

¹⁷⁴ FLEISCHACKER, Samuel. “*Uma breve história da justiça distributiva*”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 182-183

crença no absolutismo dos direitos de propriedade, mas sim uma crença no valor de se manter os pobres na pobreza. Nessa toada, não foram novos argumentos ou descobertas factuais que levaram as pessoas a ter uma atitude “um pouco mais” simpática em relação às dificuldades dos pobres, mas sim novas maneiras de se apresentar as circunstâncias da pobreza – culminando atualmente talvez no alcunhado *capitalismo humanista*¹⁷⁵.

2.2. Breves considerações sobre os ideais marxistas

Na linha de demonstração da concepção moderna de justiça social, MARX teve grande importância, na medida da idéia segundo a qual a natureza humana é um produto das sociedades humanas, bem como que essas sociedades são capazes de mudanças radicais. Entretanto, é um equívoco entender-se que o próprio MARX era um defensor da justiça distributiva, na medida em que ele não formulou sua crítica ao capitalismo nesses termos; seja por acreditar que o comunismo traria abundância de bens, ou de reconhecer que questões de justiça surgem apenas onde há escassez.¹⁷⁶ Aqui, talvez como RAWLS diz: "*alguns interpretam a concepção de MARX de uma sociedade comunista plena como uma sociedade que, nesse sentido, está além da justiça*"¹⁷⁷.

Além disso, a idéia segundo a qual MARX tenha rechaçado toda a noção de justiça - ainda que controversa(FLEISCHACKER¹⁷⁸) - não é nada implausível. Ele certamente proferiu injúrias contra a justiça e os discursos sobre os direitos em alguns de seus escritos, e a noção segundo a qual não pretendia na verdade descartar toda a noção de justiça se baseia em inferências extraídas de passagens que não retiram explicitamente o que disse em sua crítica da justiça, alegando-se até mesmo(GERAS¹⁷⁹) não ser possível

¹⁷⁵ SAYEG, Ricardo Hasson. Tal qual as linhas do capitalismo humanista proposto por SAYEG em: www.capitalismohumanista.org.br

¹⁷⁶ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 140

¹⁷⁷ *Id ibidem*, p. 233

¹⁷⁸ *Id ibidem*

¹⁷⁹ GERAS, Norman. "*The Controversy about Marx an Justice*". Em "*Marxist Theory*", organizado por Alex Callinicos. Oxford: Oxford University Press, 1989. FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit. p. 233

resolver tal controvérsia somente com bases nos textos marxistas, falando-se até de certa ambivalência ou incoerência sobre esta questão.

MARX¹⁸⁰ indica que a justiça é um instrumento inadequado para o pensamento do socialismo, que critica a noção de direitos individuais, descrevendo os apelos a direitos como expressões burguesas e absurdos ideológicos. Ademais, também rejeita o clamor social-democrata por uma redistribuição de bens, como também a apresentação do socialismo como principalmente voltado para a distribuição.

Em uma de suas queixas contra Ferdinand LASSALE se conclui que: o socialismo não deve ser concebido como principalmente voltado para a distribuição, sendo um equívoco tratar a distribuição econômica separadamente da produção; isso porque, entre os bens mais significativos a serem distribuídos estão os meios de produção, e tratar a distribuição como distribuição de produtos seria uma visão superficial da atividade econômica.¹⁸¹

Dessa forma, o objetivo do socialismo consistiria em humanizar tanto a produção como a distribuição, em humanizar a atividade econômica. Assim, trata-se de humanizar/socializar(o que para MARX é praticamente idêntico) a atividade econômica, e não de torná-la mais equitativa ou mais justa.¹⁸² Como na seguinte passagem:

*"O que é justa repartição? Não afirmam os burgueses que a atual repartição é justa? E não é ela, na realidade, a única repartição justa com base no atual modo de produção? Será que as relações econômicas são reguladas por conceitos jurídicos ou será que, ao contrário, as relações jurídicas derivam daquelas econômicas?"*¹⁸³

¹⁸⁰ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 141

¹⁸¹ *Id ibidem*, p. 142

¹⁸² *Id ibidem*, p. 143

¹⁸³ MARX, Karl. "Crítica ao programa de Gotha. Glosas marginais ao programa do Partido Operário Alemão". In: MAFFETONE, Sebastiano e VECA, Salvatore "A Idéia de justiça em Platão a Rawls" de, tradução de Karina Jannini, revisão da tradução de Denise Agostinetti; São Paulo, Martins Fontes, 2005., p. 271

A idéia marxista completamente socializada/humanizada dos seres humanos exerceu o mais profundo impacto sobre a história que se seguiu da justiça social, já que praticamente todas as características daquilo que poderia parecer nossa natureza são - na realidade - "instaladas" em nós pela estrutura da nossa sociedade; influenciando até mesmo pensadores liberais e não-marxistas como RAWLS que trata os talentos e a disposição de uma pessoa para "fazer esforço", como produto de influências sociais.¹⁸⁴

Em linhas conclusivas, a justiça compartilharia a forma alienada, ameaçadora e heterônoma característica da moralidade e, ademais, promove a força alienadora do individualismo; razão pela qual, na sociedade ideal não haveria justiça. Dessa maneira, como para PLATÃO e ROUSSEAU, não haveria necessidade alguma de justiça na sociedade ideal, não havendo assim necessidade alguma de justiça distributiva.¹⁸⁵

2.3. John Rawls e a Justiça Social: pilares modernos do contemporâneo

Entre os movimentos políticos e filosóficos anteriores a RAWLS houve os que - como os reacionários (como citamos Arthur YOUNG e SPENCER) -, se opunham à assistência estatal aos pobres e acreditavam que a justiça não tinha propriamente um componente distributivo; já os positivistas queriam eliminar todo tipo de linguagem moral da ciência social, e lidar com problemas sociais de uma perspectiva puramente científica; com MARX, vê-se a tendência a abolir a linguagem da moralidade, especialmente da justiça, mesmo que não por razão de "pureza" científica; os utilitaristas, estavam satisfeitos com a linguagem moral, mas vieram a reduzir toda a moralidade a um único princípio, pelo qual o bem da sociedade deveria "triunfar" sobre o bem dos indivíduos; assim, não deixaram muito espaço para a virtude especial da justiça.¹⁸⁶

¹⁸⁴ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 147-148

¹⁸⁵ *Id ibidem*, p. 149

¹⁸⁶ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p.159

Como quase que uma alternativa ao utilitarismo, o que RAWLS¹⁸⁷ fez foi tornar novamente de respeito a filosofia moral não-utilitarista, de forma que a revolução que ele conseguiu realizar foi emprestando muito o que tornava o utilitarismo atraente, aceitando parte das críticas marxistas e positivistas.¹⁸⁸ Nessa toada, ele compartilhou das aversões às visões quase místicas da moralidade, pela quais os sistemas morais "pairam" sobre nós como sistemas divinos; como para os marxistas, positivistas e utilitaristas, os sistemas morais são criações de sociedades humanas, concebidos para resolver problemas que surgem da vida em sociedade, sendo o sistema moral inútil - como também para os utilitaristas - se não puder resultar em propostas concretas para solucionar problemas.¹⁸⁹

Para RAWLS¹⁹⁰: "*resolver a questão da justiça social, entendida como a justiça da estrutura básica [da sociedade]*" será mais fácil que "*resolver os casos difíceis da vida cotidiana*". Dessa forma, mesmo que divergindo do utilitarismo - que para ele trata muitas pessoas fundidas em uma só¹⁹¹, ele expressa admiração por esta corrente e se propõe a desenvolver uma alternativa contratualista que tenha virtudes comparáveis, senão as mesmas que o utilitarismo¹⁹²; porém, dando maior ênfase ao indivíduo.

Nessa linha "individualista", para RAWLS¹⁹³, a justiça é a primeira das virtudes das instituições sociais¹⁹⁴, e toda pessoa possui uma inviolabilidade fundada

¹⁸⁷ RAWLS apresenta a justiça como equidade em contraste com o utilitarismo, como ele alega, por vários motivos, em parte de tipo expositivo e, em parte, devido ao fato de que inúmeras versões do utilitarismo dominaram e continuariam a dominar a tradição filosófica, acreditando ele que até então não havia sido proposta nenhuma alternativa construtiva que possuísse as mesmas virtudes de clareza e sistematicidade. RAWLS, John. "*Justiça e equidade. Uma teoria da justiça*". In: MAFFETONE, Sebastião e VECA, Salvatore "A *Idéia de justiça em Platão a Rawls*" de, tradução de Karina Jannini, revisão da tradução de Denise Agostinetti; São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 442

¹⁸⁸ *Id ibidem*, p. 160

¹⁸⁹ *Id ibidem*

¹⁹⁰ RAWLS, John. "*Distributive Justice*" in "*John Rawls: Collected Papers*". Organizado por Samuel Freeman. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999, p. 156

¹⁹¹ RAWLS, John. "*Uma teoria da justiça*", São Paulo, Martins Fontes, 2 ed., 2002, p. 27

¹⁹² FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 161

¹⁹³ RAWLS, John. "*Justiça e equidade*", "*Uma teoria da justiça*". In: MAFFETONE, Sebastião e VECA, Salvatore "A *Idéia de justiça em Platão a Rawls*" de, tradução de Karina Jannini, revisão da tradução de Denise Agostinetti; São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 385

¹⁹⁴ "(...)a tutela jurídica da liberdade de pensamento e de consciência, o mercado concorrencial, a propriedade privada dos meios de produção e a família monogâmica são todos exemplos de instituições sociais maiores." *Id ibidem*, p. 390

nela, na qual nem mesmo o bem-estar da sociedade em sua totalidade pode prevalecer, presumindo-se - numa sociedade justa - iguais liberdades de cidadania, não podendo os direitos garantidos pela justiça ser objeto nem de contratação política, nem do cálculo dos interesses sociais.

Para ele, a sociedade é uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas, que, em relações recíprocas, reconhecem como vinculativas certas normas de comportamento, agindo de acordo com elas¹⁹⁵.

Isso admitindo, um conjunto de princípios serviria para selecionar entre as várias ordens sociais, que determinam essa divisão das vantagens e para subscrever um acordo sobre a correta distribuição das cotas. Nessa trilha, esses princípios são aqueles da justiça social, fornecendo um método para atribuir direitos e deveres nas instituições fundamentais da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e dos ônus da cooperação social.¹⁹⁶

Assim, com RAWLS¹⁹⁷, diz-se ser uma sociedade bem ordenada quando não só tende a promover o bem-estar dos próprios membros, mais também quando é regulada de uma maneira efetiva por uma concepção pública de justiça, o que significa que se trata de uma sociedade em que: 1- cada um aceita e sabe que os outros aceita os mesmos princípios de justiça; 2- onde as instituições fundamentais da sociedade costumam satisfazer esses princípios e, geralmente, de modo reconhecido.

Sobre esses princípios, evidenciam quais diferenças e similitudes entre as pessoas são relevantes para determinar direitos e deveres e especificam a apropriada divisão das vantagens, sendo que a distinção entre conceito e as várias concepções da justiça não coloca nenhum problema importante, mas serve - outrossim - simplesmente para identificar o papel dos princípios de justiça social¹⁹⁸. Ademais,

¹⁹⁵ *Id ibidem*, p. 386

¹⁹⁶ *Id ibidem*, p. 387

¹⁹⁷ *Id ibidem*

¹⁹⁸ *Id ibidem*, p. 388

considera RAWLS que um conceito de justiça é definido pelo papel que seus princípios desempenham na atribuição de direitos e deveres e ao se definir a repartição apropriada dos benefícios sociais; e uma concepção de justiça é uma interpretação desse papel.

Dessa forma, na falta de um acordo sobre o que é justo e injusto, fica mais difícil para os indivíduos coordenar com eficácia os próprios planos, acertado que a função distintiva das concepções da justiça é aquela de especificar direitos e deveres fundamentais e determinar a correta distribuição das cotas, à persecução desses planos (de vida).¹⁹⁹

Para RAWLS²⁰⁰, as instituições da sociedade privilegiam certas situações de partida em relação a outras, desigualdades essas, particularmente profundas, não apenas bastante difundidas, mas também quais vêm a influenciar as oportunidades iniciais que os homens têm na vida, não podendo por isso, serem justificadas por uma referência hipotética às noções de mérito ou de valor moral. E a essas desigualdades, que provavelmente pertencem de modo inevitável à estrutura fundamental da sociedade, que devem ser aplicados, antes de tudo, os princípios da justiça social.

Nessa toada, uma concepção da justiça social deve ser considerada como um padrão em relação ao qual são avaliados os aspectos distributivos da estrutura fundamental da sociedade, padrão esse que não deve ser confundido com os princípios que definem outros requisitos, já que a estrutura fundamental e as ordens sociais mais genéricas podem ser eficientes ou não, liberais ou não, justas ou injustas, entre outras considerações; sendo que uma concepção completa seria um ideal social.²⁰¹

Em "*Distributive Justice*"²⁰², na linha do que vimos antes, RAWLS propõe que: "*Uma teoria concepção de justiça é um conjunto que nos permitem escolher*

¹⁹⁹ *Id ibidem*, p. 389

²⁰⁰ *Id ibidem*, p. 390-391

²⁰¹ *Id ibidem*, p. 393

²⁰² RAWLS, John. "*Distributive Justice*" em "*John Rawls: Collected Papers*". Org. por Samuel Freeman. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999, p. 130

entre os arranjos sociais que determinam a divisão dos benefícios produzidos por uma sociedade e subescrever um consenso com relação aos quinhões distributivos apropriados"

Para RAWLS²⁰³ - como para SIGWICK - a distribuição de benefícios ocupa todo o espaço descrito pela virtude da justiça, não tendo mais a justiça distributiva necessidade de mendigar por algum lugar que ela possa chamar de seu em meio a uma virtude devotada primariamente a outras tarefas(p.ex. preservar a ordem, impor punições etc).

Sobre a expressão "justiça como equidade", ele diz que: "*traz consigo a idéia de que os princípios de justiça correspondem a uma condição inicial igualitária*"²⁰⁴, e mais que a expressão não implica a identidade dos conceitos de justiça, e parte de uma das escolhas mais gerais - qual seja - a escolha dos princípios primordiais de uma concepção de justiça, que deverá guiar as avaliações críticas posteriores e as reformas das instituições, e uma vez escolhida tal concepção, devem escolher uma constituição e um legislativo, de acordo com os princípios de justiça inicialmente estabelecidos.²⁰⁵

Cada um nasce, em certa sociedade e numa determinada posição, e a natureza dessa posição influencia de maneira concreta suas expectativas de vida. Quando delineada a concepção da justiça como equidade, um dos principais objetivos é o de determinar com clareza quais princípios de justiça seriam escolhidos na posição originária. Nessa posição originária, as pessoas escolheriam - de acordo com RAWLS²⁰⁶ - dois princípios diferentes: 1- a igualdade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais; e 2- que as desigualdades econômicas e sociais, bem como aquelas de riqueza e poder, são justas apenas se produzirem benefícios compensatórios para cada um e, em particular, para os membros menos favorecidos da sociedade. Nessa esteira, uma vez que o bem-estar de cada um depende de um esquema de cooperação, fora do qual ninguém pode conduzir uma

²⁰³ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 162

²⁰⁴ RAWLS, John. "*Justiça e equidade*", "*Uma teoria da justiça*". In: MAFFETONE, Sebastiano e VECA, Salvatore "*A Idéia de justiça em Platão a Rawls*" de, tradução de Karina Jannini, revisão da tradução de Denise Agostinetti; São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 396

²⁰⁵ *Id ibidem*, p. 397

²⁰⁶ *Id ibidem*, p. 399

vida satisfatória, a divisão das vantagens deve ser tal, a ponto de favorecer a cooperação voluntária de todo participante, incluídos os menos privilegiados.

A idéia segundo a qual o utilitarismo trataria muitas pessoas enquanto uma só, é levada a sério por RAWLS²⁰⁷, de maneira que a distinção entre as pessoas - como retro visto sobre as posições originárias - faz com que ele resista também à tendência utilitarista de reduzir todos os fins humanos a um tipo homogêneo de coisa(prazer), levando à sugestão rawlseniana de que a justiça só deve se ocupar da distribuição de "bens primários": necessários à busca de praticamente qualquer fim humano, deixando-se de lado a questão do que constitui o bem humano.

Assim, a intuição mais básica de RAWLS resgata o que identificam(FLEISCHACKER) como a principal dificuldade defrontada pelos utilitaristas. Ao afirmar enfaticamente a importância da individualidade humana e a necessidade de a sociedade proteger os indivíduos, até mesmo contra os interesses maiores dela própria, RAWLS parte do lugar correto(de acordo com FLEISCHACKER) para definir a noção moderna de justiça distributiva.²⁰⁸

Nessa esteira, nossas características pessoais, modeladas pela sociedade, precisam ser colocadas de lado quando estamos considerando princípios para uma distribuição equitativa de bens.²⁰⁹ O mérito, que para ARISTÓTELES definia justiça distributiva e a distinguia da justiça corretiva, agora desapareceu inteiramente desse conceito. Pode-se também dizer que o mérito foi reinterpretado de modo tal que todas as pessoas são merecedoras e ninguém merece mais do que qualquer outra pessoa; mas, nesse caso, o merecimento é algo distinto de qualquer coisa que possa se parecer pelo menos remotamente com o mérito aristotélico.²¹⁰ Ademais, na justiça distributiva - diz RAWLS²¹¹

²⁰⁷ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 161

²⁰⁸ *Id ibidem*, p. 162

²⁰⁹ *Id ibidem*, p. 163

²¹⁰ *Id ibidem*, p. 237

²¹¹ RAWLS, John. "*Uma teoria da justiça*", São Paulo, Martins Fontes, 2 ed., 2002, p.312

- por oposição à justiça retributiva, "*o preceito da necessidade é enfatizado*" e "*o mérito moral é ignorado*", quase que uma inversão exata do sentido aristotélico.²¹²

De acordo com os dois princípios de justiça de RAWLS²¹³, tem-se que cada pessoa teria o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seria compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e que as desigualdades sociais e econômicas deveriam ser arranjadas de forma a que ambas: sejam para o benefício máximo dos menos favorecidos, consistente com o princípio de poupança justa, e ademais, que estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.²¹⁴

Os dois princípios de RAWLS - em contraste - forneceriam uma explicação compreensiva de: quais bens devem ser distribuídos; que necessidades esses bens satisfazem; por que se devem fornecer as necessidades sobre a contribuição; como se deve equilibrar a distribuição com a liberdade - de tal forma que a distribuição de liberdade tenha prioridade sobre toda distribuição de bens econômicos e sociais.²¹⁵

2.4. A Justiça Social depois de Rawls

Depois de RAWLS "*os filósofos políticos são agora obrigados a trabalhar dentro da teoria de Rawls ou a explicar por que não o fazem*"(NOZICK²¹⁶). Para FLEISCHACKER²¹⁷ é bastante óbvio que todos devem ter um quinhão igual a alguns bens(p.ex. direitos civis) e que não faz sentido algum a distribuição igual de alguns outros(p.ex. barras de chocolate).

²¹² FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit.,p. 163

²¹³ RAWLS, John. "*Justiça como Equidade. Uma reformulação*". São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60

²¹⁴ RAWLS, John. "*Uma teoria da justiça*", São Paulo, Martins Fontes, 2 ed., 2002, p. 302

²¹⁵ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit.,p. 167

²¹⁶ NOZICK, robert. "Anarchy, State and Utopia". Nova york: Basic Books, 1974, p. 183 e SEN, Amartya. "*Desigualdade Reexaminada*" trad. e apresentação de Ricardo Donielli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 146

²¹⁷ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit.,p. 169

De tal modo, as duas questões que mais têm preocupados os teóricos políticos que trabalham com a justiça distributiva desde RAWLS são: 1-que bens devem ser distribuídos e 2-quanto desses bens todos devem ter. Outrossim, especificados os bens a serem distribuídos de alguma forma - como unidades de utilidade, bens primários etc - ainda restaria a questão se o princípio da diferença capta adequadamente as exigências da justiça distributiva, e talvez, dever-se-ia almejar uma igualdade mais estrita, ou algum tipo de "mínimo garantido"²¹⁸, o qual ninguém cairia abaixo de determinado nível, mas que permitiria desigualdades maiores na sociedade do que aquelas admitidas pelo princípio da diferença.²¹⁹

Dessa maneira, os pensadores que podem ser colocados à esquerda de RAWLS argumentaram que somente uma igualdade estrita permite uma cidadania igual em uma democracia, refletindo o valor igual de cada ser humano, já os colocados à direita postularam que o respeito igual por todos os seres humanos exigiria apenas um mínimo garantido, e as desigualdades que estão acima desse patamar possuem várias vantagens sociais e morais a favor delas.²²⁰ Outras sugestões, como a de DWORKIN²²¹, falam que o ideal seria um mundo no qual ninguém invejasse o "pacote de recursos" que qualquer outra pessoa possua ao longo da sua vida.

A principal razão de RAWLS para introduzir os bens primários foi a de mudar o enfoque da preocupação distributivista da felicidade ou bem-estar para as coisas que as pessoas racionais queiram, independente do que mais queiram.²²² Porém, os pensadores que lhe seguiram não se convenceram que os "bens primários" seriam o substituto correto para felicidade ou o bem-estar, assim, Gerald COHEN argumenta que as sociedades deveriam ter por meta igualar o "acesso à vantagem" que todos possuem(vantagem como conjunto de benefícios, recursos, capacidades, oportunidades ou

²¹⁸ Talvez aqui na linha do "mínimo vital", que veremos mais à frente. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009

²¹⁹ *Id ibidem*, p. 170

²²⁰ *Id ibidem*

²²¹ DWORKIN, "Equality of Welfare" e "Equality of Resources", ensaios publicados originalmente em "Philosophy an Public Affairs", 1981, e republicados em "Sovereign Virtue". Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000. Trad. brasileira: "A virtude soberana", São Paulo, Martins Fontes, 2005

²²² RAWLS, John. "Uma teoria da justiça", São Paulo, Martins Fontes, 2 ed., 2002, ps.62 e 92

serviços aos quais os membros de uma sociedade democrática têm ou deveriam ter acesso); já Amartya SEN e Martha NUSSBAUM sustentam que as sociedades devem voltar sua política distributivista para a igualação das "capacidades básicas" das pessoas.²²³

Nessa toada, num sentido amplo, DWORKIN, COHEN, SEN e NUSSBAUM estão engajados no projeto de RAWLS, porém, SEN e NUSSBAUM estariam mais intimamente engajados que os demais.²²⁴

Martha NUSSBAUM²²⁵ mostrou como a concepção de ARISTÓTELES a respeito da natureza humana poderia ser utilizada para corroborar e enriquecer a idéia da igualdade de capacidades básicas; ela demonstrou como o enfoque nas capacidades que as pessoas devem ter pode permitir que se enderecem certas formas profundamente arraigadas de opressão cultural: "*A abordagem das capacidades recomenda fortemente o escrutínio de tradições como uma das fontes primárias de capacidades desiguais*", NUSSBAUM submete as culturas, e não somente os Estados, às normas da justiça.²²⁶

Essa ênfase feita por SEN e NUSSBAUM na capacidade de agir, pode ser reconhecida a concepção kantiana de seres humanos como repletos de potencialidades. NUSSBAUM²²⁷ reconhece um débito para com MARX e sua idéia de natureza humana como algo que requer mais do que a satisfação de nossas necessidades animais, sendo que a influência da cultura em modelar a natureza humana é por ela destacado, porém, ela não tem inclinação alguma para dissolver o indivíduo nas suas circunstâncias sociais e culturais, já que olha as capacidades individuais.²²⁸

²²³ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit.,p. 171

²²⁴ *Id ibidem*

²²⁵ NUSSBAUM, Martha. "*Nature, function, and Capability: Aristotle on Political Distribution*". Em "*Oxford Studies in ancient Philosophy*" Org. por Julia Annas e Robert Grimm. Vol. Suplementar, 1988. Oxford: Oxford University Press, 1989,p. 34

²²⁶ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit.,p. 172

²²⁷ NUSSBAUM, Martha. "*Nature, function, and Capability...*", p. 40

²²⁸ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 173

Numa esteira "individual-cultural", por assim dizer, a distribuição de recursos educacionais e mediáticos pode se constituir uma séria questão de justiça. Will KYMLICKA²²⁹ chama de "bem primário" o pertencer a um grupo cultural e apresentou um argumento rawlseniano em favor de que Estados liberais ajudem a preservar minorias culturais que se encontrem em desvantagem (como o caso indígena no Brasil). Yael TAMIR²³⁰ recomendou que os Estados distribuam recursos culturais igualmente aos seus cidadãos. James TULLY²³¹ observa que, quando as lutas por reconhecimento político são bem sucedidas, a mudança na maneira pela qual o Estado trata o grupo em questão constitui em uma redistribuição de "capital de reconhecimento" (*status*, respeito e estima), já que os membros desse grupo vivenciarão um aumento de seu bem-estar psicológico, o que ajudará em sua busca por poder político e econômico, bem como encontrarão abertas a eles novas oportunidades econômicas e políticas.²³²

2.4.1. Robert Nozick e o desafio libertário

Na sua obra "*Anarchy, State and Utopia*", que aparece pouco depois de "*Uma teoria da justiça*", NOZICK propôs uma concepção de justiça totalmente oposta à de RAWLS. NOZICK sustentou que ninguém tem um direito a quaisquer bens materiais além daqueles que adquiriu como propriedade privada, e em particular, a bens que se destinam a colocar essa pessoa em uma determinada condição material.²³³

Ter-se-ia por principal objeção quanto a um direito de todos a coisas diversas, tais como a igualdade de oportunidades, à vida etc - e a que esse direito se torne coercitivo-, que tais "direitos" exigem uma subestrutura de coisas, bens materiais e ações; e outras pessoas podem ter direitos ou estarem intituladas a essas coisas. Assim, ninguém teria um direito a alguma coisa cuja realização exige determinados usos de coisas e

²²⁹ KYMLICKA, Will. "*Liberalism, community and Culture*" Oxford: Oxford University Press, 2002, Caps. 8 e 9. Citado por FLEISCHACKER

²³⁰ TAMIR, Yael. "*Liberal Nationalism*". Princeton, NJ: Princeton University Press, 1993, pp. 53 a 56, 107 a 111. Citado por FLEISCHACKER

²³¹ TULLY, James. "*Struggles over Recognition and Distribution*" p. 470, citado por FLEISCHACKER

²³² FLEISCHACKER, Samuel. p. 177-178

²³³ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit., p. 173

atividades sobre as quais outras pessoas têm direitos e titularidades; direitos não existem em conflito com essa subestrutura de direitos particulares, os direitos particulares sobre as coisas preenchem todo o espaço dos direitos, não deixando lugar para direitos gerais de se estar em uma certa condição material.²³⁴

Para isso, NOZICK ofereceu vários argumentos contra o conceito de justiça distributiva em geral, e contra a concepção rawlseniana de justiça distributiva em particular.

Ele observa que "o princípio completo de justiça distributiva" deveria "*simplesmente dizer que uma distribuição é justa se todos têm autoridade (com base nos princípios de aquisição justa e de troca justa) sobre as possessões que eles têm sob tal distribuição*"²³⁵, utilizando-se (aponta FLEISCHACKER²³⁶) uma definição de justiça qual no mundo pré-moderno definia-se "justiça comutativa"; assim, sua justiça distributiva é satisfeita sempre que as exigências da justiça comutativa são satisfeitas.

Ao limitar o interesse da justiça pela distribuição estritamente à questão de como as distribuições se manifestam, em vez de se preocupar em saber com o que elas se parecem, NOZICK se desvincula de toda a tradição moderna pela qual toda distribuição justa está sujeita à condição de que alguns bens sejam encaminhados para as mãos dos carentes; dizer com o que a distribuição deveria se parecer significa recorrer àquilo que ele denomina princípios padronizados de justiça, que ele rejeita. Porém, considerar princípios não padronizados de justiça como concepções de justiça distributiva significa despojar do conceito (de justiça distributiva) a maior parte de seu conteúdo.²³⁷

Nessa linha, apresenta a dicotomia "princípios históricos" e "princípios padronizados" de justiça, estes, tentam fazer com que a sociedade se ajuste a algum padrão, a algum estado final ideal, em vez de deixar que os indivíduos que a

²³⁴ *Id ibidem*, p. 174

²³⁵ NOZICK, Robert. "*Anarchy, State and Utopia*". Nova York, Basic Books, 1974, p. 151

²³⁶ FLEISCHACKER, Samuel., ob. cit, p. 238

²³⁷ *Id ibidem*

compões encontrem seu próprio caminho para chegar a seus diferentes estados finais, de maneira que é melhor, caso realmente se valorize a liberdade, adota princípios históricos de justiça, que governam somente os meios que as pessoas empregam para atingir seus vários fins; e como quase todos princípios de justiça distributiva são padronizados, isso, por si só, nos dá uma razão para evitarmos tais princípios.²³⁸

NOZICK²³⁹ não oferece uma argumentação positiva forte a favor de sua própria noção de justiça, que nos atribui direitos a determinadas coisas com base naquilo que originalmente adquirimos de um modo lockiano ou que recebemos por meio de troca legítima, doação; ademais, não defende diretamente a afirmação segundo a qual o direito que uma pessoa tem sobre a propriedade que ela já possui deverá ter sempre precedência sobre os direitos de outras pessoas de possuir algum nível mínimo de propriedade, e segundo a qual direitos históricos de propriedade preenchem todo o espaço dos direitos.

Para FLEISCHACKER, ele não fornece uma argumentação muito boa para convencer qualquer pessoa da posição libertária.

2.4.2. Amartya Sen: desenvolvimento e justiça como liberdade

Dentro da perspectiva que seguimos, qual seja, da concepção "pré-moderna" à moderna de justiça social, após o marco teórico moderno - por assim dizer - rawlseniano, passamos nossos olhos à teoria Amartya SEN²⁴⁰, estando ciente da demasiada complexidade de sua proposta, procuraremos estabelecê-la em linhas gerais.

Visto que o processo de globalização gerou um mundo com um nível de riqueza sem precedentes, bem como festejado o modelo político democrático, constata-se outrossim que problemas sociais avoengos - como a fome, a pobreza - persistem, analisa SEN as razões para tanto, bem como propõe uma alternativa aos parâmetros de auferição de

²³⁸ *Id ibidem*, p. 175

²³⁹ *Id ibidem* p. 176

²⁴⁰ SEN, Amartya. "*Desenvolvimento como liberdade*". São Paulo, Companhia das Letras, 2000; e "*Desigualdade Reexaminada*" trad. e apresentação de Ricardo Donielli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001

desenvolvimento, além do reducionismo próprio da ontologia economicista pura focada no produto interno bruto.

Nessa toada, para a teoria econômica tradicional, o desenvolvimento de um país é medido por seu produto interno bruto, que, quando dividido "por cabeça", mostraria o grau de riqueza de determinado Estado. Tendo-se produto interno bruto como medida do desenvolvimento, constatada a elevação deste, passar-se-ia a ser considerado este como objetivo estatal, de forma que outras "variáveis" ou paradigmas sociais como Democracia, Direitos Civis, e Liberdade Individual, poderiam implicar no comprometimento do desenvolvimento, por não permitir a expansão econômica em sua máxima potência, sendo assim um empecilho e mesmo uma desnecessidade àqueles estados - subdesenvolvidos - que ainda não houvessem atingido um certo índice de produto interno bruto "*per capita*". Ademais, focar-se-ia o parâmetro desenvolvimentista não no cidadão, mas sim em pretensa "riqueza" nacional."(...)a perspectiva avaliatória da abordagem da capacidade de fato chama eficientemente nossa atenção para o exame e análise detalhada de tais problemas[relacionados com políticas]. Ela também sugere que é necessário assumir uma visão ampla de esforços para o desenvolvimento, indo muito mais além do foco sobre a produção nacional e a distribuição de renda"²⁴¹

Para demonstrar tal argumentação, SEN, apresenta um quadro situacional que tem o EUA como Estado mais desenvolvido, mas, outrossim, onde vê-se que um homem negro americano teria uma expectativa de vida inferior a um chinês, um costarriquenho, ou até mesmo a um habitante do estado de Kerala, na Índia. Essa constatação leva à questão de que se um modelo de desenvolvimento baseado na riqueza econômica - pura e simples, como paradigma desenvolvimentista - refletiria a melhoria das condições de vida das pessoas. Para SEN, essas contradições apontariam para um novo modelo de desenvolvimento, que para além do reducionismo econômico, olhasse para o implemento das condições de vida das pessoas.²⁴²

²⁴¹ SEN, Amartya. "*Desigualdade Reexaminada*" trad. e apresentação de Ricardo Donielli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 196

²⁴² "As realizações da china, Sri Lanka e costa Rica em qualidade de vida têm muito a ver com políticas relativas a serviços de saúde, cuidados médicos e educação básica. Portanto, esta distinção entre privação de

Na perspectiva da justiça, indaga-se qual seria a teoria da justiça a embasar este novo modelo. Convencionalmente, três modelos se apresentam de pronto: 1- O utilitarismo, 2- O libertarismo e 3- O liberalismo de RAWLS. O primeiro, embora tenha a vantagem de se preocupar com as conseqüências dos atos públicos, não dá conta do enfoque da garantia dos direitos individuais, além de ser insensível às desigualdades na distribuição da utilidade e do problema do condicionamento mental dos menos felizes, que pode levá-los a achar que são menos desfavorecidos do que de fato são. Já o libertarismo, embora tenha a vantagem de garantir os direitos individuais ao máximo, não consegue de maneira satisfatória conciliar liberdade formal com liberdades substantivas. O exercício da liberdade individual por uma pessoa pode acarretar danos às liberdades substantivas de outras (como a fome e a miséria extrema) que não podem ser simplesmente negligenciadas. Embora a teoria de RAWLS seja a mais flexível das três, ela também apresenta problemas, já que em muitos casos a simples distribuição primária de bens não resolve o problema. Uma pessoa deficiente, por exemplo, gastará muito mais da renda mínima distribuída como bem primário do que alguém não-deficiente. Uma teoria que supra tais obstáculos, como as garantias de direitos, e que leve em conta mais aspectos da vida humana (ou seja, que tenha uma maior base informacional), se faz necessária.²⁴³

Aqui, vemos que SEN²⁴⁴ cita exemplos de seleção de "traços pessoais relevantes" que não sejam utilidade, como "liberdades e bens primários(RAWLS), direitos (NOZICK), recursos(DWORKIN), pacotes de mercadorias(FOLEY). De tal modo, os traços pessoais ou são do tipo resultado(pacotes de mercadorias), ou como oportunidades(bens primários direitos, recursos), sendo que a seleção de traços pessoais deveria ser complementada pela escolha de uma fórmula de combinação - p.ex. igualdade -,

renda e de capacidade para realizar funcionamentos elementares tem relevância também para a política pública - tanto para o desenvolvimento quanto para a erradicação da pobreza e da desigualdade" SEN, Amartya. *"Desigualdade Reexaminada"* trad. e apresentação de Ricardo Donielli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 194

²⁴³ SEN, Amartya. *"Desenvolvimento como liberdade"*. São Paulo, Companhia das Letras, 2000

²⁴⁴ SEN, Amartya. *"Desigualdade Reexaminada"* trad. e apresentação de Ricardo Donielli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.128

constatando que cada teoria de justiça inclui a escolha - explícita ou não - de uma exigência particular de igualdade basal.

Para SEN²⁴⁵, capacidade(*capability*) não significa mesmo que capacidade(*ability*) no sentido ordinário do termo, como, p.ex., quando se diz "A pessoa P é capaz de nadar", porque neste sentido, "capacidade" não implica "oportunidade": "P pode ser capaz de nadar mesmo sem ter a oportunidade de nadar". "Capacidade" assim é um termo seniano que abrange "oportunidade": condições externas para realizar funcionamentos precisam ser de algum modo incluídas como componentes de capacidades; reflete, ademais, liberdades substantivas(à nossa leitura, capacidade em potencial para exercer uma liberdade).

A teoria de SEN²⁴⁶ acerca das capacidades, parte de um ponto essencial para RAWLS. Se, como este diz, era essencial garantir que as pessoas possam ter acesso ao tipo de vida que gostariam de ter (suas concepções de bem), não basta se concentrar nos bens primários²⁴⁷, sob o risco de cair na crítica exposta acima. Para começar, SEN explica o conceito de "funcionamentos", que "refletem as várias coisas que uma pessoa pode considerar valioso ter ou fazer" (não passar fome, nem miséria, ser membro ativo da comunidade...). Assim, "a 'capacidade' de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela [a pessoa]." Assim, a Capacidade é a liberdade de efetivar tipos diversos de funcionamentos, ou de levar

²⁴⁵ *Id ibidem*, p. 234

²⁴⁶ *Id ibidem* p. 129 a 139, e SEN, Amartya. "*Desenvolvimento como liberdade*". São Paulo, Companhia das Letras, 2000

²⁴⁷ SEN falando sobre a teoria de RAWLS: "*Bens primários são coisas que toda pessoa racional presumivelmente quer, e incluem renda e riqueza, liberdades básicas, liberdade de movimento e escolha de ocupação, poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade e as bases sociais da auto estima(...)*são portanto, os meios para qualquer propósito ou recursos úteis para a busca de deferentes concepções do bem que os indivíduos podem ter". SEN, Amartya. "*Desigualdade Reexaminada*" p. 136. E mais: "Rawls concentra sua atenção sobre a distribuição de "bens primários" - incluindo "direitos, liberdades e oportunidades de renda, e as bases sociais da auto estima"(...)Esta abordagem também pode ser interpretada, como sustentei anterior mente neste livro, como nos conduzindo na direção da liberdade abrangente realmente desfrutada pelas pessoas, e isso tem o efeito de reorientar a análise da igualdade e justiça em direção às liberdades desfrutadas em vez de mantê-la restrita aos resultados alcançados. SEN, Amartya. "*Desigualdade Reexaminada*" trad. e apresentação de Ricardo Donielli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 134

o tipo de vida que deseja. Nas palavras de SEN²⁴⁸: "*A capacidade representa a liberdade, ao passo que os bens primários nos falam somente dos meios para a liberdade, com uma relação interpessoalmente variável entre os meios e a liberdade efetiva para realizar*".

Nesse caminho, as escolhas efetivamente feitas pelas pessoas organizam-se em vetores de funcionamentos, enquanto que o conjunto de todas as opções possíveis de funcionamentos para aquela pessoa constitui seu conjunto "capacitório". Este conjunto constitui as liberdades substantivas da pessoa, passando o desenvolvimento a ser medido pela expansão do conjunto "capacitório" das pessoas. Quanto ao que conta de fato como uma capacidade a ser protegida, esta discussão não pode ficar a cabo de teorias que imaginam um indivíduo abstrato, envolto em um véu de ignorância, mas os indivíduos concretos - em suas escolhas reais e vistos em sua condição de agentes do sistema econômico, político e social -, e não meros receptores passivos de ajuda governamental (aspecto dos indivíduos que será mais explorado adiante), além de em consonância com os valores de sua comunidade.²⁴⁹

Para SEN²⁵⁰, "liberdades substantivas" incluem capacidades elementares, p. ex., ter condições de evitar privações de fome, a subnutrição, a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc; já o termo "*liberties*", as vezes "*procedural liberties*" é utilizado para indicar os chamados direitos individuais - a liberdade que cada um tem de não ser tolhido no exercício de suas faculdades ou de seus direitos, são as liberdades básicas cujo gozo o cidadão tem direito.

²⁴⁸ SEN, Amartya. "*Desigualdade Reexaminada*" trad. e apresentação de Ricardo Donielli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 140

²⁴⁹ SEN, Amartya. "*Desenvolvimento como liberdade*". São Paulo, Companhia das Letras, 2000

²⁵⁰ RISTER, Carla A.. "*Direito ao Desenvolvimento. Antecedentes, significados e conseqüências*", RENOVAR, 2007, p. 131

No entanto, o debate em torno das capacidades - tal qual vista acima - só ocorrerá se todos forem incluídos no debate público, o que se dará com a adoção conjunta das denomináveis "liberdades instrumentais"²⁵¹, abaixo analisadas.

Primeiramente ter-se-iam as liberdades políticas: que incluem os direitos civis, e referem-se à liberdade de escolha por parte das pessoas sobre que deve governar e porque, além dos direitos de fiscalização e crítica dos governantes através de uma imprensa livre e atuante.

Em segundo lugar, as facilidades econômicas: vistas como oportunidades "pessoais" para utilizar recursos econômicos para o consumo, produção ou troca. Aqui, os mecanismos de mercado podem ter um valor fundamental, já que permitem a livre circulação de pessoas e produtos na economia.

Em terceiro lugar, as oportunidades sociais: que se referem aos serviços de saúde, educação etc, que permitem ao indivíduo não apenas viver melhor em sua vida privada (escapando da miséria através de um trabalho mais bem qualificado, por exemplo), quanto também participar melhor da vida pública (a capacidade de ler jornais é fundamental para a atividade política, p. ex.).

No mais, em quarto lugar, ter-se-iam as garantias de transparência: que se referem à necessidade de uma pessoa de esperar sinceridade em sua relação com outras pessoas, instituições e com o próprio Estado. Além de essencial para a coesão social, ela pode ter papel importante na prevenção da corrupção, por exemplo.

Finalmente, em quinto lugar, a alcunhada segurança protetora: resguarda os vulneráveis de caírem na miséria extrema através de uma rede de seguridade e assistência sociais e outras medidas que visem as garantias mínimas de sobrevivência das pessoas.

²⁵¹ SEN, Amartya. "*Desenvolvimento como liberdade*". São Paulo, Companhia das Letras, 2000, 59-66, e RISTER, Carla A.. "*Direito ao Desenvolvimento. antecedentes, significados e conseqüências*" Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, 2003, e RENOVAR, 2007, p. 131

Isso posto, estas liberdades não só permitiriam ao indivíduo aumentar a sua capacidade (reforçando sua condição de agente) quanto reforçam umas às outras. O reforço da condição de agente do indivíduo permite-nos também considerar as liberdades instrumentais como importantes por si só. Ademais, ter-se-iam evidências claras de que a adoção destas liberdades é um fator reflexivo a favor do crescimento econômico.²⁵²

Uma sociedade que se pode adjectivar de "bem educada" pode aspirar receber empregos mais sofisticados, bem como a transparência implica no implemento da confiança dos investidores etc, o que demonstra a inter-relação causal entre direitos e garantias fundamentais e desenvolvimento social.

Nessa esteira, um exemplo de como as liberdades instrumentais²⁵³ se reforçam e inter-relacionam está na força da democracia que - como componente das liberdades políticas - é deveras importante ao aumento das capacidades dos indivíduos, permitindo sejam instrumentalizáveis e assim, concedidas, suas reivindicações e, inclusive colaborando com outras, como a segurança protetora. Ademais, por abrir a esfera pública para o debate, possui um papel constitutivo na própria definição do que são as necessidades das pessoas e das capacidades a serem valorizadas.

Outro termo da teoria seniana que requer seja abordado é denominado "*functionings*", estados e atividades valiosos aos quais bens e recursos possibilitam que as pessoas tenham acesso. Seriam exemplos de "*functionings*" valiosas estar adequadamente nutrido e vestido, estar livre de epidemias e da morte por doenças facilmente curáveis, ser alfabetizado, poder aparecer em público sem sentir vergonha de si próprio, desenvolver um senso de auto-respeito, ou ainda, ser capaz de participar de forma

²⁵² SEN, Amartya. "*Desenvolvimento como liberdade*". São Paulo, Companhia das Letras, 2000, p. 63-66

²⁵³ RISTER, Carla A.. "*Direito ao Desenvolvimento. antecedentes, significados e conseqüências*" Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, 2003, e RENOVAR, 2007, p. 131

ativa da própria comunidade.²⁵⁴ Ainda nesta linha, "funcionamentos" referem-se a "atividades"(activities), como ver, comer, ou "estados de existência ou ser" (states of existence or being), como estar bem nutrido, estar livre da malária, não estar envergonhado pela pobreza da roupa vestida; por vezes abreviados por "ações"(doings) e "estados"(beings).²⁵⁵

Expondo a temática do desenvolvimento sob a ótica da liberdade humana, SEN²⁵⁶ passa a considerar esta como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento, sendo o processo do desenvolvimento influenciado pelas inter-relações dos direitos, oportunidades e intitulações instrumentais. De tal modo, para a abordagem seniana, os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco, sendo as pessoas vistas como ativamente envolvidas - dada a oportunidade - na conformação de seu próprio destino, e não como simples beneficiárias - passivas - dos frutos dos programas de desenvolvimento.²⁵⁷

²⁵⁴ SEN, Amartya. "Capability and Well-Being". In NUSSBAUM, Martha e SEN, amartya(Orgs.), "The Quality of Life". Oxford, Oxford University Press, p. 21, apud DE VITA, Álvaro. "Justiça Distributiva: A Crítica de Sen a Rawls". Dados, vol. 42, nº3, Rio de Janeiro, 1999

²⁵⁵ SEN, Amartya. "Desigualdade Reexaminada" trad. e apresentação de Ricardo Donielli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 236. Note-se ainda que "to function" realizar funcionamentos é o traço primário do aspecto do bem-estar.

²⁵⁶ SEN, Amartya. "Desenvolvimento como liberdade". São Paulo, Companhia das Letras, 2000, p. 71, apud RISTER, Carla A.. "Direito ao Desenvolvimento. antecedentes, significados e conseqüências" Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, 2003, e RENOVAR, 2007, p. 129

²⁵⁷ RISTER, Carla A.. "Direito ao Desenvolvimento. antecedentes, significados e conseqüências" Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, 2003, e RENOVAR, 2007, p. 130

II. PERSPECTIVA JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA SOCIAL.

1. Justiça Social "brasileira"

A Ordem jurídica brasileira, com relação aos direitos sociais - tópico específico de maior relevância em vista a justiça social, mesmo recebendo influências das ordens internacionais, seguiu uma esteira própria.

A Constituição imperial de 1824 - ainda que não tivesse uma feição de um texto com índole social - representou uma abertura nesse sentido; é o que se extrai do art. 179, incisos XXI, XXII e XXIII, que garantem os "socorros públicos", a instrução primária universal e gratuita, como também a existência de colégios e universidades.²⁵⁸ Pelo período histórico em que foi outorgada, a Constituição de 1824, diz-se(NUNES JUNIOR²⁵⁹) assumir uma relativa e significativa abertura para a idéia de direitos sociais.

Para BONAVIDES e ANDRADE²⁶⁰, o constitucionalismo imperial, da Constituinte - projeto de Antonio Carlos - e o do Texto outorgado, tiveram uma sensibilidade precursora para o social, sem embargo de todo o teor individualista que caracteriza os dois documentos, de maneira tão acentuada que envergonhariam os constituintes republicanos de 1891, se colocados lado a lado.

Nessa trilha, NUNES JUNIOR reitera a inclinação social da Carta, admoestando, outrossim, que referida abertura social restou por não influenciar a primeira Constituição republicana de 1891 qual - à luz do pensamento liberal de então - não correspondeu a qualquer pretensão social, não sendo influenciada também pela Carta francesa de 1848, nem ao "*(...)reclamos sociais que já se acumulavam, forjando os*

²⁵⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 57

²⁵⁹ *Id ibidem*

²⁶⁰ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. "História constitucional do Brasil". 3ªed. São Paulo: Paz e Terra, pp. 100-101, *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 ...". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 58

pressupostos sócio-jurídico-econômicos para a formação de Estados socialistas e social-democráticos, que pouco depois se apresentaram ao mundo."²⁶¹.

Posteriormente, em tempos republicanos, com a Constituição de 1891 limitou-se a disposições relacionadas à organização do Estado, bem como à postulação dos direitos de liberdade, constatando-se o dito acima, retrocedendo na abertura criada para a questão social demonstrada pelo texto imperial. Mister destacar que com a reforma de 1926, integrou-se à Constituição o direito do trabalho.²⁶²

Já na década de 1930, com a Constituição de 1934 - saldo do movimento de 1930 que levou Getúlio Vargas ao poder e do movimento constitucionalista de 1932 - a Constituição "(...)teve claro propósito de fincar as pedras fundamentais do assim chamado Estado Social de Direito"²⁶³.

A palavra justiça aparece na Constituição de 1934, no seu preâmbulo²⁶⁴, dispondo que um regime democrático asseguraria à nação unidade, justiça e bem-estar social e econômico. Mais à frente trás, no título IV, o da ordem econômica e social, em seu artigo 115: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. Além de trazer em seu corpo assuntos de égide trabalhista, destaca-se um capítulo sobre a educação, nítida preocupação à formatação de um Estado Social de Direito.²⁶⁵

²⁶¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”.São Paulo. Verbatim, 2009, p. 58

²⁶² *Id ibidem*

²⁶³ *Id ibidem*, p. 59

²⁶⁴ Constituição de 16 de julho de 1934: Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte.

²⁶⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”.São Paulo. Verbatim, 2009, p.59

Na lição de BONAVIDES e ANDRADE²⁶⁶, aponta-se o sentido social da Constituição de 1934, na esteira européia do pós guerra, que só viria a realmente se firmar no fim da Segunda Guerra Mundial, com menção de preceitos do alcunhado "*Welfare State*". Ademais, pela primeira vez na história constitucional brasileira, constavam considerações sobre a ordem econômica e social, identificando-a como a precursora no trato dos direitos sociais.

A Constituição de 1934 teve vigorou por cerca de 3 anos, sendo revogada pela Constituição de 1937 - "A polaca", em razão do pensamento autoritário que predominava na Europa de então - pondo termo ao breve período de institucionalidade democrática.

Neste momento constitucional pátrio, relevo à inspiração nazi-fascista de poderes quase absolutos ao presidente da República, além de restrições claras às liberdades públicas. Deveras a menção à proteção individual do trabalho, como também a criação da Justiça do Trabalho, nítido o retrocesso em matéria de direitos sociais.²⁶⁷

Seguidamente, com o fim do Estado Novo, a Constituição de 1946 representou uma espécie de repúdio ao espírito autoritário da que lhe foi anterior, recuperadas as liberdades formais, colocando-se à margem de qualquer controle autoritário do Estado.²⁶⁸ No mais, destaque ao forte ressurgimento do princípio federativo, bem como ao fortalecimento dos poderes Legislativo e Judiciário, ante ao fortalecimento anterior do Executivo.

Na seara dos direitos sociais, o Texto de 1946 buscou fortalecer a idéia de Estado Social, com a proeminência de inovações em matéria trabalhista e

²⁶⁶ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. "*História constitucional do Brasil*". 3ªed. São Paulo: Paz e Terra, pp. 100-101, *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "*A Cidadania Social na Constituição de 1988 ...*". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 59

²⁶⁷ *Id ibidem*, p. 60

²⁶⁸ *Id ibidem*, p. 61

educacional²⁶⁹, como também o fato de que se utilizou da adjetivação social à justiça, trazendo o termo justiça social, tais como presentes questões de cunho desenvolvimentista nacional²⁷⁰, inclusive mencionando as "secas do nordeste" e a Amazônia. No título V, da Ordem Econômica e Social, dispõe no art 145 e no seu parágrafo único: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”.

Outrossim, a Constituição de 1946, entusiasmando os defensores do Estado Social de Direito, acabou confinada ao papel histórico de situar-se entre duas Cartas ditatoriais.²⁷¹

A constituição de 1967, seqüela do golpe de 1964, "(...)afigura-se com um exemplo típico de constituição outorgada, apesar de contemplada pelo beneplácito formal do poder legislativo, entretanto, quanto aos direitos individuais e sociais, não foram estes modificados, conquanto houvesse alusão à necessidade de lei para sua implementação, evidenciando uma dicotomia entre a ordem normativa e a realidade.²⁷²

No que nos fala mais sobre nosso presente estudo, note-se que no seu art. 15, a ordem econômica teria por fim realizar a Justiça Social, com base nos princípios

²⁶⁹ previsão de participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, instituição do repouso semanal remunerado, reconhecimento do direito de greve, ampliação do direito à educação, inserção formal da Justiça do Trabalho no poder Judiciário etc. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 ...”.São Paulo. Verbatim, 2009, p. 61

²⁷⁰ Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. Art 198 - Na execução do plano de defesa contra os efeitos da denominada seca do Nordeste, a União dependerá, anualmente, com as obras e os serviços de assistência econômica e social, quantia nunca inferior a três por cento da sua renda tributária. § 1º - Um terço dessa quantia será depositado em caixa especial, destinada ao socorro das populações atingidas pela calamidade, podendo essa reserva, ou parte dela, ser aplicada a juro módico, consoante as determinações legais, empréstimos a agricultores e industriais estabelecidos na área abrangida pela seca. § 2º - Os Estados compreendidos na área da seca deverão aplicar três por cento da sua renda tributária na construção de açudes, pelo regime de cooperação, e noutros serviços necessários à assistência das suas populações.

Art 199 - Na execução do plano de valorização econômica da Amazônia, a União aplicará, durante, pelo menos, vinte anos consecutivos, quantia não inferior a três por cento da sua renda tributária.

²⁷¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 ...”.São Paulo. Verbatim, 2009, p. 61

²⁷² *Id ibidem*, p. 62

da liberdade de iniciativa; valorização do trabalho como condição da dignidade humana; função social da propriedade; harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Já quanto ao que nos interessa mais de perto, ou seja, quanto ao Ordenamento de 1988, o preâmbulo apresenta termos que ilustram o quadro axiológico e programático constitucional, instituindo um Estado Democrático, que se sobrepõem à avoenga e malquista ditadura. Este Estado se propõe a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça não apenas como valores, mas sim valores supremos, de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Como aponta SAYEG²⁷³ sobre o Texto de 88: *“a ordem econômica e social adquire um valor teleológico. Ela tem por fim o desenvolvimento nacional e a justiça social. A ordem enunciativa dos fins da ordem econômica e social pode não ter uma importância de prioridade de conceitos, mas, na verdade, o que a Revolução priorizava, em obediência aos princípios da Doutrina da Segurança Nacional, era a segurança do Estado”*.

Ao Estado ditatorial truculento que ditava antes de 1988, conjectura - se um ambiente coletivo-social não mais legitimador do poder institucional militarizado, resultando em garantir-se primeiro os direitos democráticos – sem os quais não se vota. Sem democracia não há cidadania, sem cidadania não há dignidade, sem as quais não há nem desenvolvimento social nem inclusão²⁷⁴ social(plenos e integrais) -, não a segurança

²⁷³ SAYEG, Ricardo Hasson: SAYEG, Ricardo Hasson., *“O Capitalismo Humanista no Brasil”*, p. 21-22, e SAYEG, RICARDO Hasson. e MATSUSHITA, Thiago Lopes., *“O Direito Econômico brasileiro como Direito Humano tridimensional”*, p. 2412, (citando FONSECA, João Bosco Leopoldino da., *“Direito Econômico”*, p. 122).

²⁷⁴ Considerando-se SASSAKI: *“(…)processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão social constitui, então, um processo bilateral no qual as pessoas, ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos.”*, com exercício indutivo teleológico – da espécie

do Estado mas também a do cidadão ante ao Estado. Assim, um Estado que põe a dignidade e a vida abaixo de tudo e todos, merece só a descrença e o descrédito, mais que necessária e justificáveis. O quadro pós 88 trás novos atores, re-institucionalizados e de importância fulcral, a corroborar com a instituição de um Estado de Direito Democrático e Social constitucionalmente orientado ao combate do subdesenvolvimento e da exclusão sociais – política, econômica, cultural, educacional, tecnológico, ambiental, social etc.

O aumento da participação popular afetou a hierarquia entre os centros de poder do Estado, afinal alterou-se a característica absolutista inata ao modelo anterior. A gestão governamental e a amplitude dos direitos de cidadania(SALLUM JUNIOR²⁷⁵) tem a vontade normativa constitucionalizante de abarcar a totalidade dos componentes do povo, exercendo-se assim a premissa básica da soberania interna democraticamente materializada. De fato, a crise de hegemonia enfraqueceu a hierarquia que caracterizava o regime autoritário anterior. Sobre a realidade e locação das “forças de poder”²⁷⁶, na Nova República as pressões da base para o topo da sociedade fortaleceram a autonomia dos centros de poder que antes costumavam ser subalternos. Portanto, o Congresso Nacional, o Judiciário, os governos dos estados e os partidos políticos ganharam mais latitude de ação em relação à Presidência da República. Mais um motivo para verem-se reconfiguradas os meios e as pautas de atuação estatal, inaugurando uma nova fase da agenda social²⁷⁷ da Nova República que ainda se faz presente.

inclusiva das pessoas com deficiência, se extrai um ambiente deveras interessante à analogia ontológico-metodológica dos direitos sociais e dos direitos humanos, sendo talvez – ao menos a nós o é – crível inteligir-se dessa conceituação de SASSAKI, um colorido precioso à inclusão “nos” direitos sociais(em sua jurídico humanidade(base em SAYEG), bem como aos contributos à esfera parêntese do desenvolvimento, a ilustrarem com traços e cores a Justiça Social numa perspectiva normativo-jurídica(em Estado Democrático Social de Direito).

²⁷⁵ SALLUM JUNIOR, Brasília. Metamorfoses do Estado brasileiro no final do século XX. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 18, nº52. Junho de 2003. p. 39

²⁷⁶ *Id ibidem.* p. 39

²⁷⁷ Assim, embora a vitória do Partido dos Trabalhadores na eleição para a Presidência da República tenha resultado, evidentemente, em mudança da coalizão política governamental, ela não tende a produzir qualquer ruptura na hegemonia liberal estabelecida anos atrás. Mesmo que haja tensão entre a nova coalizão político-partidária que comanda o Estado e a coalizão sociopolítica que o vem sustentando, o eixo da agenda do novo governo é liberal-desenvolvimentista: seu objetivo não é reconstruir o Estado empresarial, mas reformar o Estado para que possa estimular o desenvolvimento privado e a igualdade social.” P. 49

Nesta trilha, com o ordenamento de 88 ampliou-se o poder de ação do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público nos processos de decisão governamentais. Como aponta SALLUM JUNIOR²⁷⁸, e que ilustra as metamorfoses do Brasil no fim dos XX, parte da base material para exercer o poder – impostos e autonomia financeira – foi transferida da União para os estados e municípios, a ponto de transformar os últimos em verdadeiras unidades federadas (não subordinados aos estados); entretanto, mister ressaltar que a situação dos municípios brasileiros, não é de todo razoável, o que abarca incursões jurídicas da seara do federalismo, e repartição das riquezas federativas.

Com relação aos direitos de cidadania estabeleceu-se uma regra político-democrática, bem como se ampliou a proteção social para todos, considerando-se os grupos representativamente excluídos. Definiu-se como dever do Estado garantir “vários” direitos sociais – inclusive alguns direitos difusos, como os relacionados à proteção do meio ambiente – e tornou-se possível que cidadãos coletivamente considerados (no espírito de uma comum-idade), viessem a exigir o cumprimento dessas garantias pelo poder público.

Além disso, os constituintes ampliaram drasticamente o âmbito das atividades dos promotores públicos fazendo do Ministério Público um ramo especial do Estado, independente dos três poderes clássicos. Em sua nova forma, o Ministério Público recebeu a missão de assegurar o cumprimento dos direitos da cidadania, garantido em lei, inclusive contra a ação ou a omissão do Estado.

Ao mesmo tempo, a mesma Constituição de 1988 emprestou uma moldura legal rígida ao desenvolvimentismo democratizado: foram ampliadas as restrições ao capital estrangeiro, as empresas estatais ganharam mais espaço para suas atividades, o Estado obteve mais controle sobre o mercado e os servidores públicos e outros trabalhadores viram aumentar sua estabilidade no emprego e vários benefícios, inclusive os de aposentadoria. Portanto, a Constituição de 1988 assegurou a permanência à velha articulação entre o Estado e o mercado no momento mesmo em que o processo de

²⁷⁸ Ob. Cit

transnacionalização e a ideologia liberal estavam para ganhar uma dimensão mundial em função do colapso do socialismo de Estado.

No art. 3º, quanto aos objetivos fundamentais, quanto aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segue-se a linha preambular de configuração estatal, no sentido de: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Resta claro, a nosso ver, a visão multifacetada e harmônica dos objetivos constitucionais, das questões sociais de maior relevo no Brasil, a que se voltam as atenções jurídico-constitucionais, diga-se mais, constitucionais prestacionais.

Já no *thopos* imediato da normatividade da justiça social, encontramos no título VII, da ordem econômica e financeira, primeiro, os princípios gerais da atividade econômica, no art. 170. Aqui, vê-se a valorização do papel do trabalho humano, bem como a garantia da livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, pela observância dos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego; e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Mais à frente, dentro do tratamento dual que fora dado na constituinte cada “ordem”, quanto à Ordem Social, tem-se que:

“Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

Este o panorama da Ordem Social proposto em 1988, e que servirá de base à inteligência da normatividade da justiça social; seguem-se algumas observações acerca do aspecto principiológico.

2. Justiça Social princípio constitucional

O Estado brasileiro possui historicamente amizade às questões da justiça social. Isto se verifica nas experiências revolucionárias à coroa portuguesa – como no caso da Inconfidência mineira – bem como no momento de democratização do país, que corresponde ao mando inaugural “deste Estado” que se vive hoje. Nessa linha, os princípios que vieram a orientar a vivência constitucional do texto de 1988, muito dizem respeito às questões políticas, econômicas e sociais. Quanto à justiça social, como topologicamente inserida no topo das Ordens econômica e social, pode-se dizer constituir em princípio orientador destas, que reza pela consideração do justo, enquanto parâmetro de “igualdade-social” à auferição da Justiça em sua modalidade social, ou seja, que combate a exclusão e o subdesenvolvimento, visto que a realidade social já dos tempos constituintes implorava pela correção das desigualdades sociais, da miséria e do subdesenvolvimento.

Sobre "princípio", na lição de BANDEIRA DE MELLO²⁷⁹, tem-se que:

"(...)é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, uma disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de

²⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Curso de Direito Administrativo". 8ªed., São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 545-546. *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, pp. 19-20

comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."

Na linha do memorável magistério de Celso Ribeiro BASTOS²⁸⁰ tem-se por princípios constitucionais:

"(...)aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica(...)desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecida de preceitos.(...)o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas"

Já as "regras", por sua vez, podem ser definidas como proposições deontológicas dotadas de determinabilidade, que prescrevem taxativamente uma obrigação, uma proibição ou uma permissão.²⁸¹

Como retro aludido, há de se falar sobre a justiça social que sua força axiológica espalha-se sobre um sem-número de outras normas, constituindo norte não só da ordem social – ante o binômio bem estar e justiça sociais –, como da ordem econômica, na perspectiva do capitalismo humanista²⁸².

Nosso caminho parte do texto constitucional, objeto da interpretação constitucional. A perspectiva normativo-constitucional da Justiça Social reverbera centripetamente dos arts. 170 e 193 a todo o ambiente constitucional, de maneira que se

²⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. *Curso de direito constitucional*, cit., 16 ed, 1995, p.143-4. In ARAÚJO e NUNES JUNIOR, *Curso de Direito Constitucional*, p. 67

²⁸¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 20

²⁸² SAYEG, Ricardo Hasson. "Manifesto do Capitalismo humanista". www.capitalismohumanista.org.br

encontra iluminado todo o texto pela aferição da perspectiva social da justiça, enquanto elemento aglutinador da igualdade e da democracia sociais. Dessa forma, enquanto norma constitucional, resultado da interpretação do texto/objeto constitucional, não se restringe topologicamente a esses dois artigos, sendo a reverberação “sentida” também noutros *tophos* constitucionais, como há de se notar, v.g., desde o preâmbulo, a passar pelos arts. 1º, 2º e 6º, até aqueles das “Ordens econômica e social”.

Modernamente, o poder legítimo é o poder constitucional, Estado de Direito é Estado constitucional; utilizando-nos e estendendo as palavras de Dalmo DALLARI²⁸³, a constituição é o paradigma jurídico-social pelo qual se baliza a sociedade com vistas a otimização da vida social; e mais, ela é, modernamente, fonte do mundo social e reflexo da cultura jurídica a que corresponde; como a alma do corpo que é o ordenamento jurídico. Assim, deve corresponder o texto à noção, ou a uma prenoção por parte do intérprete (qualquer humano); vê-se necessária a utilização do senso comum ante a intelecção de termos não uníssonos, como ocorre com “justo”, “justiça social”, etc., quais se utilizaram os constituintes e que possuem força normativo-constitucional, como no magistério de Celso BASTOS e AYRES BRITTO²⁸⁴ abaixo transcrito:

"Instrumento inaugural de regulação das vivências coletivas, a Lei Suprema é redigida, em certa medida, à feição de cartilha de primeiras letras jurídicas, incorporando ao seu vocabulário aquelas palavras e expressões de uso e domínio comum. E a primeira voz do direito aos ouvidos do povo, seu principal endereçado normativo, compondo um discurso que será tanto mais recepcionado quanto se utilize de instrumental terminológico já conhecido. São palavras como "povo", "símbolos", "capital", "silvícolas", "nação", "território", "guerra", "paz", "democracia", "liberdade", "desenvolvimento", "educação", "saúde", ou locuções do tipo "interesse público", "reputação ilibada", "bem comum", "justiça social", "mar territorial", "emissão de moeda", "função social", e tantas outras, a solicitar do intérprete, seguidas vezes, o emprego do senso comum".

²⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo: “Opinião: Constituição para a Justiça Social”. Revista Teoria e Debate. Fundação Perseu Abramo. 31/03/1989; Área: nº5 – jan/fev/mar de 1989.

²⁸⁴ BASTOS, Celso e AYRES BRITTO, Carlos. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*.

Por BANDEIRA DE MELLO²⁸⁵, vê-se a Constituição como corpo de normas jurídicas, plexo de regras de Direito que vêm a estabelecer para o Estado e para os indivíduos comportamentos obrigatórios, de forma que quando se dispõe sobre a realização da Justiça Social - mesmo nas regras ditas programáticas – está-se “(...) *imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la*”. O que se tem é a Constituição não como um “mero feixe de leis”, como um corpo qualquer de normas. É a lei suprema, fundante, lei das leis, matriz última da validade de qualquer ato jurídico, e assim o sendo, deve-se corresponder a correita concretização²⁸⁶ seu conteúdo, formal e material, quando ou por quem seja feita a inteligência/interpretação constitucional²⁸⁷.

Partindo do pressuposto de que a utilização dos signos linguísticos quando da confecção constitucional não se faz com intuito de dispensabilidade ou relativização dos mesmos, mas sim, como corolário hermenêutico, respeita-se a interpretação do texto constitucional, enquanto inseridos os tipos basilares (a nós os arts. 170 e 193) num corpo constitucional uno, bem como com vista a máxima concretização de seus preceitos, há de buscar-se indutiva e dedutivamente – como que numa dialética intra sistêmica e inter-microsistêmica, onde se há o diálogo constitucional devidamente iluminado pela ponderação da “Justiça Constitucional” – aspecto axiológico da normatividade constitucional em tela.

Ocorre que alguns destes termos/enunciados, como retro aludiu-se, demandam um alargamento para a busca do conteúdo normativo, por representar um espectro semântico-temático multicalcado, v.g., em doutrinas clássicas, normatizações

²⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, “*Eficácia das normas constitucionais*”, Revista de Direito Público, 57/58:236: “*Uma Constituição, desde logo, define-se como um corpo de normas jurídicas. De fora parte quaisquer outras qualificações, o certo é que consiste, antes de mais, em um plexo de regras de Direito. A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas.(...)Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social - mesmo nas regras chamadas programáticas - está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.*”

²⁸⁶ TAVAVES, André Ramos. *A Constituição aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional*. In: AGRA, Walber de Moura coordenador. *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009. vários autores. p. 7 a 9

²⁸⁷ BASTOS, Celso R., “Curso de Direito constitucional...”. p. 82

eclesiásticas, entre outros, consistindo mister, para a configuração do desejado “senso comum”/constitucional, o estudo destas “teorias” e significações raízes.

Desta teorização geral da justiça social, que nos interessa mais de perto, a busca pela caracterização do aspecto normativo-constitucional se faz relevante na medida em que se agrega ao discurso que seja desenvolvido na temática da justiça social normatidade jurídico-constitucional, não restringindo esta ao seu lado político-ideológico, afeito à problematização de caráter pré-jurídico, na medida em que se reduz um objeto jurídico, uma problemática jurídica, a um objeto político, uma problemática política. Por mais que a força (“re”)distributiva da justiça social, que olha a distribuição de riqueza seja um dos sentidos a ela historicamente relacionada, como também a fraternidade, pensa-se que a busca da normatividade e justiciabilidade dos direitos sociais – intrinsecamente relacionados a esse nosso micro-campo jurídico da justiça social – nos remete ao enfoque da inclusão.

A interpretação das normas deve ser feita em cada caso de fato, astrito ao momento de aplicação da lei; não num sentido abstrato, fora da realidade temporal dos fatos e do contexto das pessoas ou das coisas envolvidas, das circunstâncias sociais, políticas, econômicas etc. Por isso, as particularidades do intérprete último lei – abarcaba a idéia da abertura da interpretação constitucional – aliada a um pluralismo/diálogo democrático discursivo – que aproxima o texto das multidões²⁸⁸ - constituem, por assim dizer, os elementos subjetivos de uma nova proposta hermenêutica, e que, por primar a dignidade da pessoa humana e a democracia, é campo fértil a colher-se a concretização constitucionalizante, numa normatividade-jurídica verdadeiramente humanista.

²⁸⁸ Falam MENDES e CAVA ao falar de singularidade, no sentido do que NEGRI e HARDT falam de multidão, enquanto povo é um conceito totalizado, baseado no uno e implicado na unidade soberana do estado, a multidão projeta-se no múltiplo, não admite síntese, nem permite reduzir-se ao poder soberano. A singularidade não confundir-se-ia com o indivíduo “(...)enquanto que este reduz-se à mônada e realiza-se na auto-suficiência e no acúmulo(patrimonial, de erudição, de status...), a singularidade efetiva-se numa lógica relacional, tão mais potente quanto mais afetos compartilhar com outras singularidades. Isto é, singularidade age enquanto tal no interior das relações sociais, culturais, econômicas e afetivas.” CAVA, B. e MENDES, F.A. . “A vida dos direitos – Violência e Modernidade em Foucault e Agamben.” Rio de Janeiro: NPL/AGON Grupo de Estudos, 2008, vol. 2. Revista Filosofia Política de Direito AGON., p. 92-93

Quanto à Justiça Social na Constituição de 1988, os elementos sócio-ideológicos, em especial os arts. 5º, XXII e 170, demonstram que o constituinte teve o propósito claro de vestir o capitalismo como modelo de organização socio-econômica. Em decorrência, a propriedade privada foi apontada como direito fundamental(art. 5, XXII) e o princípio da ordem econômica(art. 170, II), e a livre-iniciativa como fundamento de nossa ordem econômica(art. 170, cabeça)²⁸⁹.

Contudo, há a conformação do modelo econômico à luz do princípio da justiça social, o que assoalha a livre-iniciativa como um tipo de liberdade-função, uma vez que além de outras menções e da já marcada dimensão institucional dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, houve uma clara indicação na cabeça do art. 170, que a economia - baseada na livre-iniciativa e na valorização social do trabalho -, tem por objetivo propiciar dignidade a todos, conforme os ditames da justiça social.²⁹⁰

Com vistas a uma teleologia histórico-econômica, redesenhado o Estado, passada a primeira metade do século XX, em que a intervenção na economia, inclusive como pressuposto de sobrevivência desta, e a atividade prestacional, em matéria social, surgem como mecanismos de conciliação de interesses diversos, quais se viram eclodir em acontecimentos como a Revolução russa de 1917 e a quebra da bolsa de 1929.²⁹¹

Essa transformação estatal caracteriza a ultrapassagem de um modelo estatal liberal - eminentemente conservador, servindo à manutenção do *status quo*, para outro de cunho social, preocupado com a propriedade, sem outrossim absolutizá-la, sem o otimismo do anterior para com os efeitos das forças socio-econômicas, preocupado com a transformação da sociedade, capaz de oferecer aos administrados uma larga gama de bens e serviços, de prestações e medidas positivas, orientadas, notadamente, no sentido da realização da justiça distributiva.²⁹²

²⁸⁹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 115

²⁹⁰ *Id ibidem*

²⁹¹ *Id ibidem*

²⁹² AZEVEDO, Plauto Faraco de. "Direito, Justiça Social e Neoliberalismo" São Paulo, RT, 1999, p. 92 *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 117

Nessa toada, ao contemplar como objetivo da ordem econômica a justiça social, previsão essa apoiada nos direitos sociais, tachados de fundamentais, constantes do Título VIII "Da Ordem Social", além de outras dispostas ao longo do texto, a Constituição, em realidade, adotou um princípio, o da justiça social, que modula a intervenção do Estado em matéria econômica para proteção dos chamados vulneráveis.²⁹³

No magistério de NUNES JUNIOR²⁹⁴:

"De fato, no capitalismo inúmeras relações econômicas são geradas de forma que uma das partes fique exposta à prepotência econômica da outra. Logo, prescindindo-se de uma intervenção protetiva do Estado, por todos os seus Poderes, essa situação de desequilíbrio abismal, em desfavor de pessoas economicamente débeis, não encontraria qualquer forma de limitação. Encontramos exemplos dessa necessidade de intervenção protetiva do Estado nas relações de trabalho e nas de consumo.

Exatamente por isso, a previsão constitucional presume que, de um lado, nossa economia se funda na livre-iniciativa e, de outro, tem como objetivo maior propiciar dignidade a todos, conforme os ditames da justiça social(art. 170, caput"

Dessa maneira, qualquer norma constitucional atinente a direitos sociais, sobretudo aquelas de caráter programático, devem ter seu conteúdo analisado à luz deste princípio, "(...)que junte o Estado de interferir em matéria econômica na busca de justiça social"²⁹⁵.

3. Os Direitos Fundamentais. Conceituação e características

Neste início de terceiro milênio, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade, decorrência do processo de constitucionalização - iniciado no fim do século XVIII - dos denominados direitos naturais do homem, impulsionado pela declaração da ONU de 1948.²⁹⁶

²⁹³ *Id ibidem*

²⁹⁴ *Id ibidem*

²⁹⁵ *Id ibidem*

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p. 1

Constituem-se os direitos fundamentais como um sistema²⁹⁷ aberto, por terem uma estrutura dialógica, "(...)traduzida na disponibilidade e "capacidade de aprendizagem" da normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da "verdade" e da "justiça"²⁹⁸.

Nessa esteira, segue-se a o magistério de NUNES JUNIOR²⁹⁹:

"Destarte, podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem oir objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades(direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação(solidariedade).(...)Assim, um direito fundamental implica outro e um influencia o conteúdo do outro, de tal modo que, fora de uma análise sistemática, não poderiam ser enfocados como uma espécie de somatória de disposições analiticamente isoladas."

Ainda em momento conceitual, PIOVESAN leciona que conceitua-se direitos fundamentais como *"uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam"*³⁰⁰

²⁹⁷ Para CANOTILHO, sistema é um conjunto de elementos em interação, organizado em totalidade, que reage às interações, de tal forma que, quer ao nível do conjunto, aparecem fenômenos e qualidades novas, não reconduzíveis aos elementos isolados ou à simples soma.

²⁹⁸ CANOTILHO, J.J.Gomes. *"Direito Constitucional"*. Coimbra: Almedina, p. 171 *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *"A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais"*. São Paulo. Verbatim, 2009, p. 15

²⁹⁹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *"A Cidadania Social na Constituição de ..."*. São Paulo. Verbatim, 2009, p. 15

³⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. *"Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional"*. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 41 *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *"A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais"*. São Paulo. Verbatim, 2009, p. 15

Com relação a quais seriam esses direitos, consoante o §2 do art. 5º da CF/88, além dos expressos não se excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Com relação aos tratados, diz-se sobre a existência de extensão do critério formal, já que os direitos reconhecidos por tais tratados passam a desfrutar do *status* de Emenda Constitucional.³⁰¹

Para SARLET³⁰², conceituam-se os direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), assim como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal - aqui considera ele a abertura material consagrada no § 2º do art. 5 da CF/88.

Sobre o critério material, ao indicar no art. 1º, III, o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro, buscou atribuir uma unidade valorativa ao sistema de direitos fundamentais.³⁰³

Para NUNES JUNIOR³⁰⁴, a noção de dignidade deve ter como parâmetro não só o indivíduo enquanto tal, mas também enquanto parte da sociedade que se integra; no mais, a dignidade teria um valor intrínseco, associado à noção de preservação da vida e, neste passo, da integridade física e psíquica, e um valor extrínseco, relacionado à inclusão do indivíduo na sociedade.

Igualmente, diz-se que à luz da CF/88, "(...)podemos delimitar que o critério material que deles deflui está consubstanciado em três valores caudatários da

³⁰¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 32

³⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p.11

³⁰³ *Id ibidem*

³⁰⁴ (...)só é possível falar em vida digna a partir de aspectos ingênitos, como a preservação da incolumidade física e psíquica do indivíduo, bem como a partir da noção de que o indivíduo deve estar integrado à sociedade da qual participa. *Id ibidem*, p. 33

dignidade humana: a liberdade, a democracia política e a democracia econômica e social."³⁰⁵

Dessa forma, , são os direitos fundamentais uma categoria jurídica, apresentando traços comuns, que enunciam as características básicas de seu regime jurídico. Em breves linhas, passamos à análise dessas características.

Os direitos fundamentais possuem um caráter histórico, sendo resultante de uma formação estrutural-semântica que remonta à teleologia da evolução social no tempo. Assim, a "*(...)tônica dos direitos fundamentais é a proteção do ser humano em suas diversas dimensões. Logo, irromperam na história como resposta a agressões de várias espécies.*"³⁰⁶.

Leciona NUNES JUNIOR³⁰⁷, seguindo Jorge MIRANDA, que a noção de direitos fundamentais surgiu com o cristianismo, que apontando o homem como um ser criado à imagem e semelhança de Deus, atribuiu-lhe um novo patamar de dignidade; sendo anotado seu alvorecer nas chamadas declarações de direitos humanos, como a Magna Carta, o *Bill of Rights*, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em França.

Outrossim, a ampliação de seu catálogo é caudatária, igualmente, dos níveis de conscientização crescentes e concomitantes à evolução das relações sociais, "*(...)são patamares de alforria que, em processo dialético, a sociedade vem incorporando, donde a irrenunciável conclusão do caráter histórico desses direitos*"³⁰⁸.

De grande importância vem a ser a Declaração Universal do Homem da ONU de 1948, representando uma apogeu(NUNES JUNIOR³⁰⁹) de uma nova ótica dos direitos fundamentais, refletiu o ambiente histórico em que o mundo se reerguia ante os

³⁰⁵ *Id ibidem* p. 34

³⁰⁶ *Id ibidem*, p. 35

³⁰⁷ *Id ibidem*, p. 36

³⁰⁸ *Id ibidem*

³⁰⁹ *Id ibidem*, p. 37

horrores da Segunda Grande Guerra e do holocausto, e trouxe uma plethora de enunciados humanísticos até então não consagrados por nenhuma outra declaração do gênero.

A característica seguinte seria a universalidade, destinando-se os direitos fundamentais ao ser humano enquanto gênero, não sendo restritos a nenhum grupo, categoria ou classe de pessoas. No mais, diz-se que o ser humano deve ser protegido em todas as suas dimensões. Ainda que se diga acerca de "clivagens específicas"(infância, mulheres, trabalhadores etc.), constituiria uma autêntica contradição se pensar em direitos desta natureza que não fossem destinados a todos os que se encontram na mesma situação.³¹⁰

Sobre a autogeneratividade, fala-se que os direitos fundamentais contribuem para o desenvolvimento de uma "supranacionalidade autogenerativa", que, para CANOTILHO: *"embora não constitua uma "ordem de valores" ou uma "ordem natural" suprajurídica, transporta, pelo menos, uma reserva de juridicidade e de justiça - relativa, contingente, histórica, não arbitrária - que o poder constituinte deve mediar e densificar de forma a tornar a própria constituição uma reserva de justiça"*³¹¹.

Seguidamente, há de se falar sobre a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, *"(...)já que a aceitação da renúncia dos mesmos consistiria em negação da sua fundamentalidade e, por via de consequência, na sua desconstituição enquanto categoria jurídica."*³¹².

Ademais, ainda que devam os direitos fundamentais ser maximizados - interpretados ampliativamente, não são absolutos, mas sim, limitáveis, em virtude da possibilidade de ocorrência do fenômeno da colisão de direitos.

³¹⁰ *Id ibidem*

³¹¹ *Id ibidem*, p. 38

³¹² *Id ibidem*, p. 39

Todavia, entende NUNES JUNIOR³¹³ que "(...)a colisão entre dois direitos fundamentais deve ser equacionada de uma maneira distinta daquela que antepõe um direito fundamental a outro valor constitucional." Nessa linha, deve-se considerar duas possibilidades diferentes: uma de cedência recíproca, quando na situação de colisão entre dois direitos fundamentais; e outra de maximização dos direitos fundamentais, quando detectar-se uma colisão destes com um direito constitucional de natureza distinta.³¹⁴

Finalmente, fala-se da possibilidade de concorrência dos direitos fundamentais, ou seja, a possibilidade de que um único titular, num só momento, acumule o exercício de mais de um direito fundamental. Por exemplo, numa passeata, aqueles que a integram estão ao mesmo tempo exercendo o direito de reunião e de manifestação de pensamento.

3.1. As Gerações de Direitos Fundamentais

Vista a historicidade retro aludida, a doutrina convencionou que os direitos fundamentais seriam representados em "gerações"(ou dimensões), cada qual atrelada a um respectivo ambiente histórico-social. Passamos a analisar as 3 principais gerações de direitos, ainda que cientes de que a doutrina já fala em 4ª e até 5ª geração.

Para TAVARES³¹⁵, seria perfeitamente compreensível a existência de várias dimensões dos direitos, já que decorreriam da própria natureza humana, visto que as necessidades humanas são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que determinaria o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Em suas palavras: "*Daí falar-se em diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não um rol eterno e imutável de*

³¹³ *Id ibidem*, p. 40

³¹⁴ *Id ibidem*, p. 41

³¹⁵ TAVARES, André Ramos. "*Curso de Direito constitucional*". São Paulo: Saraiva, 2002, p. 357, *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "*A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 43

direitos inerentes à qualidade do ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos direitos"

Assim, a primeira geração de direitos fundamentais seriam os individuais e direitos políticos, cujo aparecimento se relaciona com o fim das monarquias absolutistas, traduzindo a denominação "direitos individuais" a idéia de direitos dos indivíduos em face do estado, ou, doutra forma, a afirmação de um dever de abstenção do Estado ante o âmbito de projeção das liberdades individuais.³¹⁶

Na lição de BONAVIDES³¹⁷, teriam os direitos de primeira geração(ou direitos da liberdade) por titular o indivíduo; seriam oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa, ostentando uma subjetividade que é seu traço mais característico. Enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Nessa trilha, os direitos de segunda geração podem ser traduzidos como aqueles que denotam a idéia de igualdade. No magistério de NUNES JUNIOR³¹⁸: "Sua feição deita raízes no objetivo de conceder alforrias sociais ao ser humano, preservando-o das vicissitudes do modelo econômico e da segregação social".

Falam-se aqui dos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, tendentes a salvaguardar a noção de igualdade entre os seres humanos.

Assim, o Estado deve assumir um papel de promotor da igualdade, mediante o reconhecimento e a proteção de direitos sociais, econômicos e culturais; afinal:

³¹⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *"A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais"*. São Paulo. Verbatim, 2009, p. 44

³¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *"Cursos de Direito constitucional"*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 517 *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *"A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais"*. São Paulo. Verbatim, 2009, p. 44

³¹⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *"A Cidadania Social na Constituição de ..."*. São Paulo. Verbatim, 2009, p. 45

"só um ser humano "liberto do temor e da miséria" é que pode usufruir das liberdades e demais direitos fundamentais.³¹⁹

O advento do Estado Social - já no século XX - provocou no mundo uma releitura do princípio da igualdade. Essa nova concepção da igualdade, acalentada pelas constituições sociais, é mais concreta. O foco não é mais o indivíduo abstrato e racional idealizado pelos filósofos iluministas, mas sim a pessoa de carne e osso, que tem necessidades materiais que precisam ser atendidas, sem as quais não consegue nem mesmo exercitar as suas liberdades fundamentais. Parte-se da premissa de que a igualdade é um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas, e que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos.³²⁰

No que diz respeito à nossa Constituição em vigor, acerca destes direitos, ela se baseia em uma concepção substantiva de isonomia, tendo o constituinte partido da premissa de que o Estado está legitimado para agir no plano social para promover a igualdade de fato entre as pessoas.³²¹ Ademais, a igualdade, no ordenamento constitucional brasileiro, não se resume à proibição de exclusão. Igualdade é também obrigação de inclusão.³²²

Com relação à terceira geração(ou dimensão), fala-se da solidariedade; o ser humanos enquanto parte da humanidade - como valor ético maior a permear a relação entre os Estados e povos.³²³

Nesta seara, aponta NUNES JUNIOR³²⁴ temas como o direito à paz no mundo, o direito ao desenvolvimento por parte dos países subdesenvolvidos e o direito à preservação do patrimônio comum da humanidade.

³¹⁹ *Id ibidem*, p. 46

³²⁰ SARMENTO, Daniel. "*Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial*". In: PIOVESAN, Flávia., e SOUZA, Douglas de. (Coordenação) "*Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*"., Brasília: SPPIR, 2006, p. 66

³²¹ LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes. "*Princípio Constitucional da Igualdade*". Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 59-76

³²² SARMENTO, Daniel. "*Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial*", ob.cit., p. 88

³²³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "*A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 47

Finalmente, com base em SARLET³²⁵, a efetividade dos direitos fundamentais - de todos - depende, acima de tudo, da firme crença em sua necessidade e seu significado para a vida humana em sociedade, além de um grau mínimo de tolerância e solidariedade nas relações sociais, razão, aliás, pela qual de há muito se sustenta a existência de uma terceira dimensão(ou geração) de direitos fundamentais. Nesta linha, ter-se-ia a preservação do meio ambiente, o respeito pela intimidade e vida privada, a proteção da criança e do adolescente, a igualdade entre homens e mulheres, a liberdade de expressão, que dependem de um ambiente familiar e de relações afetivas sadias e responsáveis, enfim, de muito mais do que um sistema jurídico que formalmente assegure estes valores fundamentais, assim como Juízes e Tribunais que zelem pelo seu cumprimento.

3.2. Direitos Fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações

Vistas anteriormente a conceituação, as características, bem como as alcunhadas gerações dos direitos fundamentais, no caminho que se nos propomos - sem perder de vista o que nos interessa mais de perto, ou seja, a normatividade jurídica da justiça social -, passamos a analisar os direitos fundamentais como direitos de defesa e como direitos a prestações.

Constata-se que os direitos fundamentais assumem, na ordem constitucional, uma dupla perspectiva, quais sejam, uma jurídico-objetiva e outra jurídico-subjetiva, exercendo um leque diversificado de funções no ordenamento jurídico, de forma que a doutrina³²⁶ sustenta a tese da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, já não

³²⁴ *Id ibidem*

³²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p.9

³²⁶ Para Perez LUÑO, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais. SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p. 12

mais se restringindo à função de direitos de defesa contra os poderes públicos, nem podendo ser reduzidos à noção de direitos subjetivos públicos.³²⁷

Dessa forma, parte-se de uma perspectiva multifuncional baseada em dois grupos, quais sejam: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações; e o segundo grupo: dos direitos a prestações, qual se subdivide em dois subgrupos, os direitos a prestações em sentido amplo (englobando os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento), e os direitos a prestações em sentido estrito.³²⁸

Num primeiro plano, os direitos fundamentais se constituem em direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade, faceta esta que tem sua razão de ser mesmo em tempos de Estado Democrático de Direito, na medida que também na democracia não deixa de ser exercício do poder dos homens sobre seus semelhantes, encontrando-se exposta às tentações do abuso de poder, como também porque num Estado de Direito os poderes públicos podem cometer injustiças.

Ademais - nesta função de defesa - os direitos fundamentais objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.³²⁹

Tal qual o magistério de CANOTILHO³³⁰:

"os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: 1-constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as

³²⁷ *Id ibidem*

³²⁸ *Id ibidem*, p. 13

³²⁹ *Id ibidem*

³³⁰ CANOTILHO, J.J.Gomes. "Direito Constitucional". Coimbra: Almedina, p. 552

ingerências destes na esfera individual;2-implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais(liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões por parte dos mesmos."

Os direitos fundamentais na sua função defensiva caracterizam-se assim como direitos negativos, dirigidos a uma conduta omissiva por parte do destinatário(Estado ou particulares - já que se pode admitir uma eficácia privada dos direitos fundamentais), e abrangem, além dos assim denominados direitos de liberdade, a igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade, quais integram a primeira geração dos direitos fundamentais.³³¹

Seguidamente, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos - assegurada pelos direitos de defesa(ou função defensiva dos direitos fundamentais) -, tem-se aquela de colocar-lhes à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Assim, os direitos fundamentais a prestações visam a garantia não só da liberdade-autonomia(perante o Estado), como também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo - no que toca a conquista e manutenção de sua liberdade - depende da postura ativa dos poderes públicos.³³²

Portanto, enquanto os direitos de defesa("*status libertatis e status negativus*"³³³) dirigem-se a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações amparam o "*status positivus*", e denotam uma postura estatal ativa, encontrando-se este obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material(plano fático).³³⁴

³³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. "*Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p.14

³³² *Id ibidem*, p. 15

³³³ De acordo com a teoria de Georg JELLINEK, desenvolvida na obra "Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos", no final do século XIX, como aponta SARLET em SARLET, Ingo Wolfgang. "*Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*", p.14

³³⁴ *Id ibidem*, p. 15

Os direitos fundamentais a prestações se enquadram nos alcunhados direitos de segunda geração(ou dimensão), correspondendo à evolução do Estado de direito - na matriz liberal-burguesa - para o Estado democrático e social de Direito, "surgindo" no pós segunda grande guerra, e - no que se fala acerca do ordenamento constitucional de 88 -, encontra receptividade especial no capítulo dos direitos sociais, sendo que, deveras encontrados por todo o Texto, se representam num feixe complexo e não uniforme de posições jurídicas, variando inclusive quanto à sua estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação.³³⁵

De tal modo, conforme seu objeto, poder-se-á distinguir os direitos a prestações em "*direitos a prestações materiais ou fáticas*" e "*direitos a prestações normativas ou jurídicas*", com atenção para o fato de que os direitos a prestações não se restringem aos chamados direitos sociais - entendidos como direitos a prestações fáticas - mas sim, englobam também os direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento.³³⁶ Ademais, distingue-se entre os "*direitos a prestações em sentido amplo*" - direitos à proteção e participação na organização e procedimento - quais de certa forma podem ser reconduzidos primordialmente ao Estado de Direito na condição de garante da liberdade e igualdade do "*status negativus*", e os "*direitos a prestações em sentido estrito*" - direitos a prestações sociais materiais - que se vinculam às funções do Estado Social.³³⁷

3.3. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Considera-se a distinção entre os direitos fundamentais - estes, reconhecido pelo direito constitucional positivo e, assim, delimitados espacial e temporariamente -, e os direitos humanos, quais constituem-se em posições jurídicas

³³⁵ *Id ibidem*, pp. 15-16

³³⁶ *Id ibidem*, p. 16

³³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. "*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*", Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998, pp. 190 e ss.

reconhecidas ao ser humano, na esfera do direito internacional positivo, de forma independente à vinculação com determinado ordenamento jurídico-positivo interno.³³⁸

Ambos - os direitos humanos e os fundamentais -, repartem de uma fundamentalidade material, já que ambos dizem sobre o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral e aos cidadãos enquanto circunscritos a determinado Estado, o que leva à expressão "Direitos Humanos Fundamentais", que abrangeria as esferas nacional e internacional de positivação.³³⁹ Protegem o mesmo objeto, nascem com os mesmos propósitos, parecendo existir - a *prima facie* - uma relação de derivação.³⁴⁰

Para LUÑO³⁴¹, os termos "direitos humanos" e "direitos fundamentais" são utilizados muitas vezes como sinônimos, todavia, não faltam tentativas doutrinárias no sentido de explicar o respectivo alcance destas expressões. Assim, haveria a propensão doutrinária e normativa à reserva do termo "direitos fundamentais" para designar os direitos positivados em nível interno, e a fórmula "direitos humanos" seria mais usual à denominação dos direitos naturais positivos das declarações e convenções internacionais, aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade e igualdade da pessoa humana, que não alcançaram um estatuto jurídico-positivo.

Dessa forma, sua fundamentalidade formal que irá distinguir os direitos fundamentais constitucionais, e com relação à Constituição de 1988, fundamentalidade esta que recebeu especial dignidade, revelada não só na hierarquia normativa superior das normas constitucionais em geral, mas principalmente pelo que dispõe no §1º do art. 5º, quanto à aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

³³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p. 10

³³⁹ *Id ibidem*, p. 11

³⁴⁰ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 23

³⁴¹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. "Los derechos fundamentales". Espanha/Madrid: Tecnos, 2004, p. 44 *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 ...". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 23

Ademais, encontram-se os direitos fundamentais protegidos não apenas contra à atividade legiferante ordinária, mas também contra a ação do poder constituinte reformador, já que integrariam(para SARLET) o rol das "cláusulas pétreas do art. 60, §4º, IV, da Constituição da República.³⁴²

Nessa esteira, para NUNES JUNIOR³⁴³, os direitos humanos cumpririam duas funções essenciais: "*função normogenética*" e "*função translativa*". Sobre a "*função normogenética*", já que servem de fundamento para a consagração de direitos fundamentais nas respectivas ordens internas, doutra forma, uma função de substanciação dos direitos fundamentais, que pela incorporação às respectivas constituições, quer pelo reconhecimento, pela ordem interna, dos tratados e convenções de direitos humanos. Já sobre a "*função translativa*", fala-se que, verificada a insuficiência de um Estado no reconhecimento e na proteção dos direitos essenciais ao ser humano, a questão se desloca da ordem interna para o cenário internacional.

2. Os Direitos Sociais – esboço histórico e conceituação

As primeiras constituições escritas, em matéria de direitos subjetivos oponíveis ao Estado, somente continham direitos individuais, declarando-os, ainda não os garantindo. Com o passar do tempo, passaram a garanti-los, mas não se dispunham a dar conta dos direitos sociais. Estes, invenção do constitucionalismo do México, da Rússia e da Alemanha - já nos anos de 1917, 1918 e 1919; e, posteriormente, somente após a Declaração Universal dos Direitos do Homem(da ONU) é que as Leis Fundamentais de cada povo soberano foram ganhando uma funcionalidade fraternal - pelo decidido combate

³⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. "*Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p.11

³⁴³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "*A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 24

aos preconceitos sociais e pela afirmação do Desenvolvimento, do meio ambiente e do urbanismo como direitos fundamentais.³⁴⁴

Em perspectiva histórica, o florescer dos direitos sociais está atrelado ao capitalismo industrial embrionário - organizado com base numa economia de mercado liberta de amarras jurídicas -, marcado por violações à dignidade dos trabalhadores, e por movimentos de resistência e de afirmação de direitos que culminaram no reconhecimento dos direitos sociais. Assim, os direitos sociais nasceram de uma aspiração de alforria da classe operária, em um cenário marcado por abusos nas relações constituídas sobre as duas pilstras que sustentavam a ordem jurídica de então, quais sejam, a propriedade privada e a autonomia da vontade.³⁴⁵

O primeiro documento de maior relevância no campo dos direitos sociais - antes mesmo dos retro aludidos - foi a Constituição francesa de 1848, que editada num ambiente de conflitos entre capitalistas e operários - mesmo que ainda não tivesse o condão de conceber o Estado francês como um Estado Social - trouxe a previsão dos direitos sociais, em especial, no seu art. 13. Por este, pela constituição, garantir-se-ia aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria, favorece-ia - pelo ensino primário gratuito a igualdade nas relações entre patrão e operário, as instituições de previdência e crédito etc - o desenvolvimento do trabalho, bem como apregoava o estabelecimento pelo poder público, de obras públicas capazes de "empregar os braços desocupados"; ademais, fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recurso e que não podem ser socorridos por suas famílias.³⁴⁶

Nas palavras de COMPARATO³⁴⁷: "*malgrado a falta de firmeza nas fórmulas empregadas, não se pode deixar de assinalar que a instituição dos deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral, estabelecida*

³⁴⁴ AYRES BRITTO, Carlos. "Teoria da Constituição". Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 179

³⁴⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 50

³⁴⁶ *Id ibidem*, p. 51

³⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. "A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos". São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149

neste mesmo art. 13, aponta para a criação do que viria a ser o Estado do Bem-Estar Social, no século XX".

Já no século XX, inaugurando o modelo do bem-estar social, foi promulgada a Constituição mexicana de 1917 que, promovendo a constitucionalização dos direitos de proteção do trabalho, revelou a preocupação dos movimentos sociais com a limitação do poder econômico nas relações de trabalho.³⁴⁸

Dois anos depois, noutro continente - na Alemanha, a Constituição de Weimar de 1919 representou significativos avanços no campo dos direitos fundamentais, veiculando um rol amplo de direitos sociais, dando um especial destaque ao direito à educação - prescrevendo o direito ao ensino básico por meio de escolas públicas e o condicionamento do funcionamento das escolas privadas à autorização do poder público. Outrossim, inovou ao contemplar a questão do direito à saúde e à previdência, bem como constante a previsão da função social da propriedade.³⁴⁹

Nessa toada, após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, representou uma nova visão acerca dos direitos humanos e dos direitos sociais. Com base em três princípios cardeais - liberdade, igualdade e fraternidade - os mesmos que orientaram a Revolução Francesa, propondo como uma de suas preocupações específicas era a de colocar o homem a salvo da necessidade, bem como promover o progresso social e melhores condições de vida, alçando os direitos humanos a uma nova dimensão.³⁵⁰

No mais, a Declaração de 1948 buscou um amplo reconhecimento dos direitos sociais, representando assim um importante marco histórico, conquanto

³⁴⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p.52

³⁴⁹ *Id ibidem*, pp. 52-53

³⁵⁰ *Id ibidem*, p. 54

consolida a noção de direitos sociais como direitos intrínsecos à natureza humana, apontados como de observância necessária por qualquer Estado do mundo.³⁵¹

Ainda em nível transnacional, em 1966, com o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais vê-se como que uma complementação do texto de 1948, ratificando-se a unidade e interdependência dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. Esta pacto aponta que os direitos sociais devem se realizar mediante a proteção do trabalho, da família, da infância e juventude, da saúde, da educação e da cultura, além de apresentar a noção de "mínimo vital"^{352, 353}.

Para NUNES JUNIOR³⁵⁴, o Pacto de 1966 acaba por possibilitar uma espécie de lapidação conceitual dos direitos sociais, indicando que os direitos sociais dizem respeito à proteção material do ser humano, numa perspectiva ampla, que se inicia com a interferência estatal nas relações de trabalho, passando por uma atuação na prestação de serviços públicos.

Em esteira conceitual, os direitos sociais compreendem uma gama de direitos quais, outrossim, estabelecem uma base à respectiva conceituação.

Para KRELL³⁵⁵, seriam os direitos fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos direitos coletivos antes que aos individuais. Assim, o Estado deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas "políticas públicas" - de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação - que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

³⁵¹ *Id ibidem*, p. 55

³⁵² "art. 11: os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida".

³⁵³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 ...". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 56

³⁵⁴ *Id ibidem*

³⁵⁵ *Id ibidem*, p. 68

Ademais, em esforço conceitual, apresenta-nos NUNES JUNIOR³⁵⁶ alguns elementos: "*direito subjetivo*", "*atividade normativo-reguladora do Estado*" e "*instrumentos assecuratórios*".

Quanto ao elemento direito subjetivo, os direitos sociais devem ser identificados a partir de uma dimensão subjetiva, como direitos a prestações públicas quais, materializadas por meio de serviços e ações do poder público, permitem ao indivíduo partilhar dos benefícios da vida em sociedade, *verbi gratia*, as prestações públicas em matéria de educação e saúde.

Seguidamente, quanto à atividade normativo-reguladora do Estado, os direitos sociais devem ser enfocados a partir da premissa de que as relações sociais carecem de uma atividade moduladora do Estado que, em vista a existência de uma desigualdade ingênita em tais relações, deve, sobretudo por meio de leis, definir padrões de comportamento que coíbam o abuso do poder econômico, por exemplo, o que ocorre nas relações de trabalho ou consumo.

Já sobre o elemento "instrumentos assecuratórios, por assim dizer, os direitos sociais devem englobar mecanismos que permitam aos próprios indivíduos a proteção dos interesses envolvidos, sendo que a antiga dicotomia entre direitos e garantias fundamentais tem aplicação específica em relação aos direitos sociais, e, ao mesmo tempo em que há normas que - quer estabelecendo prestações públicas, quer normatizando relações econômicas - declaram direitos, há aquelas intuídas ao oferecimento garantias, como instrumentos assecuratórios destes direitos. No mais, diz-se que existem instrumentos genéricos também aplicáveis na órbita dos direitos sociais, como o acesso à jurisdição, como também instrumentos específicos - como a greve, a organização dos trabalhadores em sindicatos, o dissídio coletivo e as convenções coletivas de trabalho.

³⁵⁶ *Id ibidem*, pp. 68-69

Para Bandeira de MELLO³⁵⁷, não se basta à proteção do indivíduo, assegurar-se os direitos individuais, impende considerá-los para além de sua dimensão unitária, defendendo-o também em sua dimensão comunitária, social. Assim, cumpre ampará-los contra as distorções geradas pelo desequilíbrio econômico da própria sociedade, pois estas igualmente geram sujeições, opressões e esmagamento do indivíduo. Nessa linha, para Celso Antônio Bandeira de MELLO, não são apenas os de comedimentos estatais que "*abatem, aniquilam ou oprimem os homens*", como também a "*ação dos próprios membros do corpo social, pois podem prevalecer-se e prevalecem de suas condições socioeconômicas poderosas em detrimento dos economicamente frágeis*".

Finalmente, conceitua NUNES JUNIOR³⁵⁸ os direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca - seja por meio da atribuição de direitos prestacionais, seja pela normatização e regulação das relações econômicas, ou pela criação de instrumentos assecuratórios desses direitos - a atribuição a todos dos benefícios da vida em sociedade.

4.1. Direitos Sociais e sua fundamentalidade

A crise do Estado modelo Liberal - provocada pela insuficiência de seus próprios fundamentos, fez emergir a questão da justiça social. Um novo conceito de igualdade para dar à liberdade um outro valor. Assim, entende-se que o mínimo de condições materiais é pressuposto para a liberdade real, passando o Estado a objetivar a realização dos chamados direitos sociais.³⁵⁹

³⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "*Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*". Revista de Direito Público, São Paulo, pp. 57-58

³⁵⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "*A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 70

³⁵⁹ OLIVEIRA, Flávio Luís de. "*O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais*". Revista do IASP, ano 9, nº18, julho-dezembro de 2006, RT, p. 99

O fracasso na realização de políticas públicas que viabilizem a efetiva participação e inclusão social, essenciais à dignidade humana, materializa total desrespeito aos direitos sociais, de sorte que cabe ao Poder Judiciário assumir o papel que lhe compete na estrutura estatal, tornando os juízes co-responsáveis pelas políticas dos outros Poderes estatais, tendo que orientar sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que conduz à ruptura do modelo jurídico subjacente ao positivismo jurídico.³⁶⁰

Ao se empreender uma tentativa de definição dos direitos sociais adequada ao perfil constitucional brasileiro³⁶¹, mister o respeito à vontade do Constituinte de 88, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança sociais, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna - o que nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade -, consideração esta que se justifica pelo fato de que também são sociais, direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade ou mesmo dizem respeito à proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos sociais, em razão de sua vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico.³⁶²

Nessa esteira, a sustentação da fundamentalidade de todos os direitos contidos no Título II, incluídos assim os direitos sociais do art. 6º, implica reconhecer pelo menos a presunção em favor da fundamentalidade também material - não só formal - desses direitos e garantias. A estes direitos, a posição adotada não está dissociada de critérios de ordem material, já que sem dúvida se cuida de posições que - independente de outras razões

³⁶⁰ *Id ibidem*

³⁶¹ Com relação ao ordenamento jurídico português, é o mesmo entendimento de QUEIROZ: "Assim, quando se fala na "função social" dos direitos fundamentais, pretende-se, sobretudo, acentuar o abandono dessa "visão unilateral" da liberdade como direito individual. Uma afirmação que conduz a um alargamento da "função" dos direitos fundamentais, e também da sua "avaliação subjectiva, no quadro do princípio da "unidade da Constituição"". QUEIROZ, Cristina. "Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade". Coimbra Editora, 2006. p. 21

³⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. "Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal de 1988", In: AGRA, Walber de Moura coordenador. "Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal". São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 256-257

que possam justificar a fundamentalidade no plano material e axiológico - receberam no momento do pacto constitucional fundante à proteção e força normativa reforçada peculiar dos direitos fundamentais, pela relevância de tais bens jurídicos.³⁶³

Em suma, com SARLET, firma-se a posição em torno da tese de que - ao menos em se tratando do sistema de direito constitucional pátrio - todos os direitos sociais são fundamentais, inclusive, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF/88(dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou mesmo aqueles que se localizem nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil. Com isso, como corolário desta decisão hermenêutica em prol da fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira, os direitos sociais, por serem fundamentais, comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade - formal e material - dos direitos fundamentais.³⁶⁴

Desse modo, nestes novos tempos de constitucionalismo, não se pode admitir a liberdade sem a igualdade material, de forma que pela evolução ontológico-epistêmica dos direitos fundamentais, constata-se que os direitos individuais não podem ser considerados como os únicos direitos necessários para dar proteção efetiva à dignidade humana, sendo mister referida relação intercambiante de todo o plexo jurídico normativo - do individual e do social - para que se manifeste os propósitos do Estado Democrático e Social de Direito.

Pra CANOTILHO³⁶⁵:

"A força dirigente e determinante dos direitos s prestações(econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto(*sic*) cássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo(*sic*): de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e

³⁶³ *Id ibidem*, p. 258

³⁶⁴ *Id ibidem*, p. 259

³⁶⁵ CANOTILHO, J.J.Gomes.. "*Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*". Coimbra: coimbra Editora, 1994, p. 365

garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha activamente(*sic*) no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)"

Assim, os direitos sociais passam a fazer parte da realidade constitucional dos Estados, estando presentes com a finalidade de - realinhada a fundamentalidade pela dignidade da pessoa humana aos novos tempos de constitucionalismo - possibilitar melhores condições de vida aos hipossuficientes, visando a necessária igualdade material que, por sua vez, é apta à materialização da justiça social.

4.2. Direitos fundamentais sociais como direitos negativos(de defesa) e direitos positivos(a prestações)

Os direitos fundamentais sociais têm sido compreendidos pela doutrina como direitos a prestações estatais, ou como liberdades públicas - conceituando desta forma os direitos sociais como a liberdade positiva do indivíduo de reclamar do Estado certas prestações. Considerados como resultado de uma evolução que radica na constituição francesa de 1793, e que passa pela alcunhada "questão social" do século XIX, os direitos fundamentais sociais passaram a ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, já que pretendem fornecer recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo(na condição de direitos prestacionais) a garantia de uma igualdade e liberdade reais, qual só pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais. Em razão de sua vinculação com a concepção de um Estado Social e Democrático de Direito - como garante da justiça material -, os direitos fundamentais sociais reclamam uma postura ativa do Estado, visto que a igualdade material e a liberdade real não se estabelecem por si só, carecendo de realização.³⁶⁶

O conceito "clássico" de constituição e constitucionalismo correspondia a uma noção de constituição essencialmente como "instrumento limitativo do

³⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. "*Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p.18

poder", e passou por uma reformulação - como eixo a dignidade da pessoa humana - pelo elemento da sociabilidade, entendendo-se por cidadão, não mais o indivíduo isolado, mas sim a pessoa inserida num determinado contexto social. Esse contexto social, assente na intersubjetividade e na relação com os outros, não se opõe ao Estado(enquanto esfera pública), antes devendo-se entender que com o concurso dos dois, tem-se por objetivo a realização da dignidade da pessoa humana, em todas as facetas do desenvolvimento de sua personalidade, e que esta se mostra indissociável da construção e manutenção de uma sociedade tendencialmente igualitária e justa.³⁶⁷

Esse objetivo do "novo" constitucionalismo, que integra a fiscalização dos atos do poder político pelo poder judicial, incluindo o legislativo, leva à interrogação acerca da "clássica" dicotomia de JELLINEK, de delimitação entre "direitos negativos"(*status negativus*) e "direitos positivos"(*status positivus*), face à atividade dos Poderes Públicos. Essa determinação é essencialmente de dois modos: "negativo"- pelo estabelecimento do princípio da "reserva de lei"; e "positivo"- pela afirmação da vinculação da atividade público-estatal às leis existentes(princípio da precedência de lei).³⁶⁸

Nessa trilha, os direitos fundamentais sociais - basicamente direitos a prestações - encontram-se no mesmo plano que os direitos de defesa, já que a delimitação da posição ou "status" dos cidadãos face ao Estado, tanto positiva como negativa, ocorre por referência à lei, ou seja, encontra na lei seu fundamento e medida. Daí que a discussão sobre os direitos fundamentais sociais, enquanto direitos do "*status positivus*", se deva nuclearmente centrar na determinação do "quando" e "como"(em que "medida") o legislador se encontra vinculado pelo lado prestacional da relação Estado-cidadão. No moderno Estado de Direito democrático - que é um "Estado de Direitos fundamentais", o "*status positivus*" deve voltar a ser posicionado no mesmo plano do "*status negativus*".³⁶⁹

³⁶⁷ QUEIROZ, Cristina. "*Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*". Coimbra Editora, 2006. pp, 12-13

³⁶⁸ *Id ibidem*, p. 13

³⁶⁹ *Id ibidem*, p. 14

O postulado de que os direitos fundamentais sociais protegem a "liberdade real" resulta particularmente reduzido quando se pretende negar a possibilidade da sua construção sob a forma de "direitos subjetivos". Assim, os direitos fundamentais sociais compreendem "deveres objetivos", dirigidos ao legislador, ao executivo e ao judiciário, de criação dos pressupostos reais do exercício dessa liberdade.³⁷⁰

Dessa forma, observa-se que os direitos a prestações - tomados em sentido amplo - não se restringem a direitos a prestações materiais, de tal sorte que nem todos os direitos a prestações são direitos sociais, como também os direitos sociais não se limitam a uma dimensão prestacional, p. ex., os direitos dos trabalhadores, arts. 7º a 11 da CF/88.³⁷¹ Esta categoria de direitos fundamentais sociais - de cunho notadamente negativo(já que precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva por parte do destinatário, Estado ou particular), tem sido oportunamente denominada "liberdades sociais", integrando o retro aludido "*status negativus*", ou ainda "*status socialis libertatis*".³⁷²

Igualmente, os direitos sociais a prestações(cunho positivo, que não esgotam o grupo dos direitos prestacionais, já que excluem os direitos a prestações *lato sensu*, "*status positivus libertatis*") compõem o grupo dos direitos a prestações em sentido estrito, formando o "*status positivus socialis*". Podem ainda ser considerados como fatores de implementação da justiça social, por se encontrarem vinculados à obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana, e percebe-se assim que os direitos sociais prestacionais(positivos) constituem expressão direta do Estado Social e, portanto, como produto, complemento e limite do Estado liberal de Direito e dos direitos de defesa, especialmente dos clássicos direitos de liberdade de matriz liberal-burguesa.³⁷³

Ademais, os direitos sociais(na sua dimensão prestacional) estão atrelados às tarefas do Estado enquanto Estado Social, o qual deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes; razão pela qual justifica-se a opção

³⁷⁰ *Id ibidem*, p. 16

³⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p.18

³⁷² *Id ibidem*, p. 19

³⁷³ *Id ibidem*

por excluir do âmbito dos direitos sociais a prestações(direitos prestacionais em sentido estrito) os direitos a prestações em sentido amplo, quais, apesar de sua dimensão positiva, dizem respeito principalmente às funções tradicionais do Estado de Direito.³⁷⁴

Nesse caminho, a denominação de direitos sociais não se prende ao fato de que se cuida de posições jurídicas a prestações materiais do Estado, mesmo que no cumprimento de sua função como Estado Social, ou mesmo ao fato de que se trata de direitos conferidos a uma determinada categoria social; sendo que a denominação de direitos fundamentais sociais encontra sua razão de ser na circunstância - comum dos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa - de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária(social), com fim a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material(real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas; conceituando-se assim direitos fundamentais como direitos à libertação da opressão social e da necessidade(MIRANDA).³⁷⁵

Finalmente, salutar pontuar-se que os direitos sociais a prestações - por almejam a igualdade real, que não se estabelece por si mesma - acabam servindo à plena realização das liberdades(e assim, à liberdade real)m já que cumprem a função de promover a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais, que atuam como fatores impeditivos da liberdade real.

4.3. A questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais

José Afonso da SILVA³⁷⁶ - aproximando-se de Meirelles TEIXEIRA - distingue a vigência(qualidade da norma que a faz existir juridicamente, após regular

³⁷⁴ *Id ibidem* e SARLET, Ingo Wolfgang. "Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal de 1988", In: AGRA, Walber de Moura coordenador. "Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal". São Paulo: Saraiva, 2009, p. 268

³⁷⁵ *Id ibidem*, p. 21

³⁷⁶ SILVA, José Afonso da.. "Aplicabilidade das Normas Constitucionais". 2ªed., ed. RT, São Paulo, 1982, p. 42

promulgação e publicação, tornando-se de observância obrigatória) da eficácia, esta, qual há de se distinguir entre a eficácia social da norma - sua real obediência e aplicação dos fatos -, e a eficácia jurídica - noção que designa a qualidade de produzir, em maior ou menos grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados. Assim, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

Ante o exposto, a eficácia social confunde-se com a efetividade da norma; para BARROSO³⁷⁷, a efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, bem como representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação - tão íntima quanto possível - entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

Já quanto a relação entre eficácia jurídica e a aplicabilidade, para José Afonso da SILVA³⁷⁸, seriam fenômenos conexos, já que a eficácia é encarada como potencialidade (possibilidade de gerar efeitos jurídicos) e a aplicabilidade como realizabilidade, razão pela qual eficácia e aplicabilidade podem ser tidas como "as duas faces da mesma moeda", já que apenas a norma vigente será eficaz (num sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade. O problema da eficácia engloba a eficácia jurídica (aplicabilidade) e a eficácia social - planos do dever ser e do ser -, ambas, servindo à realização integral do Direito.

Nessa toada, visto o disposto no art. 5º, § 1º: "*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*", entendendo-se assim que há como se sustentar a aplicabilidade imediata de todas as normas de direitos fundamentais constantes na Constituição (do art. 5º ao art. 17), até mesmo as normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em razão de sua imediata aplicabilidade, o gozo

³⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto.. "*O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*". 3ªed., RENOVAR, Rio de Janeiro, 1996, p. 83

³⁷⁸ SILVA, José Afonso da.. "*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*". 2ªed., ed. RT, São Paulo, 1982, pp. 49-50

de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa, sentido este defendido por SARLET³⁷⁹ e GRAU³⁸⁰.

Com SARLET³⁸¹, levando-se em consideração as distinções entre direitos de defesa e direitos a prestações, assim como retro aludido, a evidência de que mesmo no âmbito dos direitos fundamentais encontramos normas de cunho eminentemente programático, somos levados a crer que a melhor exegese da norma que se extrai da inteligência do art. 5º, § 1º da CF/88, é a que parte da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização(ou maximização), ou seja, que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem - à luz do caso concreto - a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Portanto, ainda com SARLET³⁸², tem-se o entendimento segundo o qual é possível atribuir ao preceito em exame(art. 5º, § 1º da CF/88) o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata e plena eficácia(efetividade) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, devendo qualquer recusa de sua aplicação ser, deveras, devidamente fundamentada.

BANDEIRA de MELLO, tomando como critério a imediata geração de efeitos para os administrados, formula a seguinte uma sistematização tripartida das normas constitucionais sobre justiça social: 1- Normas que compõem em sua dicção a outorga de um poder jurídico, uma situação subjetiva ativa cujo desfrute independe de uma prestação alheia, cuja satisfação não se resolve no cumprimento de uma obrigação a ser solvida por outrem; p.ex., norma que consagra p direito de greve. Este tipo de norma admite duas espécies: aquelas que encerram poderes insuscetíveis de restrição e as que enfeixam poderes restringíveis por lei ordinária; 2- Normas que compõem, em sua dicção, o necessário e suficiente para gerar, em prol do administrado, uma concreta utilidade, suscetível de fruição mediante desfrute positivo e que consiste em um direito propriamente

³⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. "*Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p. 27

³⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. "*A Ordem Econômica na Constituição de 1988(interpretação e crítica)*", 3ªed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, 322 e ss.

³⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. "*Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p. 29

³⁸² *Id ibidem*, p. 30

dito, isto é, bem jurídico cuja fruição depende de uma prestação alheia. Apresenta a subdivisão: a- normas que delimitam, com exatidão o conteúdo do direito, porque a dicção constitucional se vale de expressões inelásticas, isto é, de significado preciso; b- normas que delimitam aproximadamente o conteúdo do direito, porque a dicção constitucional se vale de expressões elásticas, de significado algo fluído, altanto impreciso. Por exemplo, as normas que protegem contra o trabalho insalubre e noturno, anotando nestas expressões a existência de imprecisão.; 3- Normas que expressam em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem entretanto apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra.³⁸³

4.3.1. Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais “defensivos”(negativos)

Os direitos de defesa, por reclamarem em princípio uma atitude de abstenção por parte dos destinatários, não costumam - virtualmente - ter sua imediata aplicabilidade questionada, já que se dirigem a um comportamento em geral omissivo, exigindo respeito e a não ingerência na esfera da autonomia pessoal ou âmbito de proteção do direito fundamental, não se verificando - em regra - , a dependência destes direitos, de prestações fáticas ou normativas por parte do destinatário.³⁸⁴

As diretrizes fixadas pela norma do art. 5º, §1º, da CF/88, alcançam boa parte dos direitos sociais, notadamente, todos os que exercem uma função precipuamente defensiva(direitos negativos). Quanto a estes, desencadeiam sua plenitude eficaz, gerando para seu titular um direito subjetivo - isto é, situações prontamente

³⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Eficácia das Normas constitucionais sobre Justiça Social". Revista de Direito Público 57-58, pp. 242 a 244 *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, pp. 81-82

³⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p. 30

desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção -, falando-se assim que em se tratando de direitos de defesa a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito.³⁸⁵

Portanto, os direitos de defesa constituem - em princípio - direito subjetivo individual, situando-se na concepção desenvolvida por Bandeira de MELLO na qual a norma constitucional outorga ao particular uma situação subjetiva ativa (um poder jurídico), cujo desfrute imediato independe de qualquer prestação alheia, bastando, outrossim, uma atitude abstencionista por parte do destinatário da norma.³⁸⁶

Conclusivamente, interessante anotar que, para ALEXY³⁸⁷, os direitos fundamentais defensivos, enquanto direitos subjetivos agrupam-se em três categorias: 1- direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito; 2- direitos à não afetação de propriedades ou situações do titular do direito; 3- direitos à não-eliminação de posições jurídicas.

4.3.2. Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais “prestacionais” (positivos)

Nos termos do art. 5º, §1º, da CF/88, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional (como direito imediatamente aplicável, mesmo quando eminentemente programáticos ou impositivos), por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de feitos jurídicos, já que não há mais praticamente quem sustente que existam normas constitucionais - quanto mais quando definidoras de direitos fundamentais - destituídas de eficácia, portanto, de aplicabilidade.³⁸⁸

³⁸⁵ *Id ibidem*, p. 31

³⁸⁶ *Id ibidem*, p. 32

³⁸⁷ *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, 32

³⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988". Revista Diálogo Jurídico. Ano 1, vol 1. Abril de 2001. Salvador, p. 32

Importante relevar que é passível de controvérsia o tocante à possibilidade de se reconhecer ao titular do direito um direito subjetivo à fruição da prestação concreta, inclusive por meio da via judicial. Aqui, na esfera dos direitos derivados a prestações tem sido admitida - com base e na medida da lei concretizadora - um direito subjetivo individual, assim como tem sido admitido um direito de igual acesso às prestações(bens, instituições e serviços) já existentes, gerando, de tal sorte, um direito de natureza defensiva, com o objetivo de impedir o tratamento discriminatório, viabilizando-se assim, o acesso à prestação pretendida. Quanto aos denominados direitos originários a prestações, o problema diz quanto ao reconhecimento, diretamente com base na norma constitucional e independentemente de qualquer ato de intermediação legislativo, de um direito subjetivo de natureza prestacional.³⁸⁹

Para ALEXY, poder-se-á reconhecer um direito subjetivo originário a prestações nas seguintes circunstâncias: 1-quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; 2- quando o princípio da separação de poderes(incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais, forem atingidos de forma relativamente diminuta. Para ele, estas condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde. Isso se afina à natureza principiológica da norma contida no art. 5º, §1º, da CF/88, já que, impondo a otimização(maximização) da eficácia de todos os direitos fundamentais, não poderia admitir nem uma realização plena dos(e de todos) os direitos sociais prestacionais, pena de sacrifício de outros princípios ou direitos fundamentais colidentes, nem a negação absoluta de direitos subjetivos a prestações, pena de sacrifício de outros bens igualmente fundamentais.³⁹⁰

Salutar pontuar-se que, ademais, o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida

³⁸⁹ *Id ibidem*, p. 35

³⁹⁰ *Id ibidem*, p. 36

humana estiver correndo risco de ser sacrificada. Aqui, o princípio da dignidade da pessoa humana assume importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais(mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. O problema somente poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação dos bens e valores em conflito.³⁹¹

Para SARLET³⁹², no âmbito dos direitos sociais, onde a crise do Estado Social de Direito se manifesta com particular agudeza, verifica-se que o impacto negativo sobre a capacidade prestacional do Estado se encontra diretamente vinculado ao grau de importância do limite fático da reserva do possível e do princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, os quais, por sua vez, atuam diretamente sobre a problemática da eficácia e efetividade dos direitos sociais. Assim, quanto menor a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação democrática a respeito de sua destinação, especialmente de forma a que sejam atendidas satisfatoriamente todas as rubricas do orçamento público, notadamente aquelas que dizem com a realização dos direitos fundamentais e da própria justiça social.

Portanto, a eficácia(jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça.³⁹³

³⁹¹ *Id ibidem*, p. 37

³⁹² *Id ibidem*, p. 38

³⁹³ *Id ibidem*, p. 40

4.4. Direitos Sociais e estratégias de positivação

Para NUNES JUNIOR³⁹⁴, as diferentes formas de positivação dos direitos sociais enunciam a estratégia de proteção escolhida pelo constituinte, à busca de concretização desses direitos, bem como a estrutura sócio-econômica que se pretende realizar. Dessa maneira, a forma de positivação de um direito fundamental social é essencial na definição de seu conteúdo jurídico, revelando a compostura de interação que se pretende entre a norma e a realidade preestabelecida.

Visto o amplo repertório de situações - em matéria de proteção social - que carecem de juridicização, a Constituição pode se utilizar de mais de uma forma de positivação, seja no tocante à criação de regimes jurídicos diferentes para direitos voltados à proteção de situações fáticas igualmente diferentes, seja para sobrepor formas de proteção de uma mesma prerrogativa. Isto porque, algumas prerrogativas fundamentais deveriam ser objeto de um reforço defensivo, à vista da importância de sua efetividade para a preservação e desenvolvimento do ser humano. Assim, se existe um direito que a Constituição deseja garantir sua efetividade - sua concreta aplicação social -, da maneira mais ampla possível, pode-se utilizar mais de um caminho estratégico normativo, com vista a um mesmo objetivo.³⁹⁵

Ainda que uma das formas mais utilizadas seja a das normas programáticas, com intuito de que os direitos sociais não poderiam ficar à mercê das variações das disputas políticas, foram utilizadas novas formas normativas de amparo. Países - como a Alemanha - em que a forma programática é a única, optaram por desenvolver noções como a de limiar mínimo em matéria social; outros, como no caso brasileiro, optaram por coadunar a disposições auto-aplicáveis, investindo os cidadãos em direitos subjetivos, paralelamente a outros mecanismos de previsão e proteção desses

³⁹⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo. Verbatim, 2009, p. 74

³⁹⁵ *Id ibidem*, p. 75

direitos.³⁹⁶ Consagra-se outrossim, de um lado, programas ou tarefas, doutro, preconiza-se direitos imediatamente realizáveis e exigíveis, ou ainda doutra forma de positivação.

Nessa esteira, a constituição, de um lado, inscreve fins que enxerga mais distantes, e de outro, delimita a existência de direitos cujo reconhecimento, exigência e aplicabilidade, não possam ser postergados, sob pena de violação do princípio da dignidade humana e da própria razão de ser da vida em sociedade. Quanto a estes fins - princípios que devam presidir a conduta estatal na busca do bem-estar social, estarão empalmados por normas programáticas, predispostas a direcionar a realização de políticas públicas e a atividade legiferante. Entretanto, com relação a algumas situações - que implicam aspectos como a preservação da vida e a integração mínima ao convívio social(para nós, inclusão), não há como pensar-se em realização protraída, à mercê da vontade política dos governantes do momento ou de opções orçamentárias.³⁹⁷

Leciona, também, QUEIROZ³⁹⁸ - com base na doutrina alemã - que os direitos fundamentais sociais costumam vir caracterizados segundo diferentes estratégias, métodos ou técnicas de positivação, em desdobramento das chamadas normas programáticas, a saber: como tarefas legislativas; como determinação dos fins do Estado; como tarefas constitucionais; como princípios diretivos; e como mandatos de otimização.

Com relação à Constituição brasileira de 1988, conforme a tese de NUNES JUNIOR³⁹⁹, lançou-se mão das seguintes formas, técnicas ou estratégias de positivação de direitos sociais: 1- Positivação por meio de normas consagradoras de finalidades a serem cumpridas pelo Poder Público, que, deste modo, se limitam a apontar diretrizes, tarefas ou finalidades a serem atingidas por este; 2- atribuição de direitos subjetivos públicos, que embora criem um correlato dever de prestar para o Estado, são de

³⁹⁶ *Id ibidem*, 77

³⁹⁷ *Id ibidem*, 79

³⁹⁸ QUEIROZ, Cristina. "O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial". Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 18, *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, pp. 82-83

³⁹⁹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 ...". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 95

fruição autônoma e imediata por qualquer indivíduo; 3- por meio de garantias institucionais, predispostas, portanto, a preservar instituições sociais consagradas pela Constituição; 4- por meio de cláusulas limitativas do poder econômico, predispostas fundamentalmente à busca do equilíbrio em relações socioeconômicas, marcadas, em termos fenomênicos, por uma desigualdade muito profunda. Estas normas visam, em suma, a criação de um sistema jurídico de ordenação das relações entre particulares, em que a vontade constitucional, ou legal, se faz inserir no conteúdo da relação jurídica a ser travada entre as partes da relação jurídico-privada, como aquelas estabelecidas entre o empregado e o empregador; 5- através das denominadas normas projectivas, normas de conformação social dos institutos jurídicos fundantes da ordem econômica capitalista.

Seguidamente, passamos a analisar cada uma destas 5 formas de positivação quais, nas palavras de NUNES JUNIOR⁴⁰⁰: "*(...)dizem respeito aos meios de institucionalização dos respectivos direitos no interior da Constituição, apontando arquétipos jurídicos preestabelecidos, dos quais o constituinte se serviu para a consagração de direitos sociais(..) implica uma opção socioideológica do constituinte a demarcar o perfil do próprio Estado.*"

4.4.1. Normas programáticas

Para José Afonso da SILVA⁴⁰¹, definem-se as normas programáticas como as que o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitando-se a traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos(legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado.

⁴⁰⁰ *Id ibidem*, p. 97

⁴⁰¹ SILVA, José Afonso da.. "*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*". 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 138 *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "*A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 76

Para Rosa Maria Macedo Nery FERRARI⁴⁰², as normas programáticas ora determinam um princípio, ora uma tarefa, ora um fim ou objetivo a atingir, cuja realização depende da liberdade de escolha dos meios convenientes e razoavelmente adequados.

Essa forma de positivação determina a existência de normas constitucionais que se caracterizam pela definição de um fim, criando para o Estado um dever de agir, sem, entretanto, precisar como, quando e o que deve exatamente ser feito a esse fim.⁴⁰³

Esta tipificação normativa consente níveis distintos de densidade, restringindo-se a norma ao enunciado de um objetivo, cujo cumprimento não é passível sequer de mensuração na realidade - p.ex. princípios que orientam a interpretação de outras normas, como as que regulam relações de trabalho, seguro-desemprego, proteção da infância e assistência à saúde - e, em outras oportunidades, o fim a ser atingido pelo Estado é decalcado de maneira mais clara, donde se pode depurar um dever-ser, cuja aplicação na realidade comporte algum tipo de mensuração, p.ex., normas que de proteção do idoso.⁴⁰⁴

Dessa forma, havendo um mínimo de densidade normativa - mesmo que não seja possível se esgotar o sentido e o alcance da norma - é tangível a verificação de injuridicidade da norma que não realiza minimamente o dever ou elege meios totalmente inadequados aos fins perseguidos.⁴⁰⁵ Estas normas não se prestam a investir o indivíduo, imediatamente após a sua vigência, de uma prerrogativa subjetiva específica, porém, é certo que delas pode-se extrair um dever de agir, que atribui ao estado a prerrogativa discricionária de identificação de meios, e, ainda, na eventualidade omissão violadora do preceito em questão, possibilita um questionamento à atividade estatal.⁴⁰⁶

⁴⁰² NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *“A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”*. São Paulo. Verbatim, 2009, p. 76

⁴⁰³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *“A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”*. São Paulo. Verbatim, 2009. p. 98

⁴⁰⁴ *Id ibidem*, p. 99

⁴⁰⁵ *Id ibidem*, pp. 101-102

⁴⁰⁶ *Id ibidem*, p. 104

Seguidamente, a densificação de normas programáticas é muitas vezes viável à luz dos princípios gerais do direito, especialmente, os que informam a atividade administrativa do Estado. No caso do amparo ao idoso, tal qual colimado no texto constitucional, embora não apontados os meios para as persecuções dos fins programáticos, há de se falar - à luz da moralidade e razoabilidade - que após alguns poucos anos de vigência do dispositivo, algum programa de proteção do idoso deva existir., caso contrário, falar-se-ia em omissão administrativa do Poder Público, passível de ser aludida junto ao Judiciário.⁴⁰⁷

Portanto, com vista a CF/88, o exegeta se depara com duas espécies de normas programáticas: uma que atribui obrigações ao Poder Público por meio de tarefas e programas, decalcando um dever de agir passível de mensuração específica; e outra que veicula fins que devam orientar todo o quadro das ações estatais, conclamando assim o administrador à realização dos princípios adotados pela norma (busca do pleno emprego, diminuição das desigualdades sociais e regionais etc.)⁴⁰⁸.

4.4.2. Normas atributivas de direitos públicos subjetivos

Para QUEIROZ⁴⁰⁹, gozar de um direito subjetivo significa ter o poder de pretender perante um outro sujeito, determinado comportamento, sendo que o conteúdo do direito subjetivo é o dever jurídico relacional, e corresponde ao comportamento que o respectivo titular pode exigir a um outro sujeito; ou seja, o conceito de direito subjetivo pressupõe uma relação tríadica entre um sujeito, um objeto e um destinatário. Ademais, se os direitos fundamentais podem ser configurados como direitos reconhecidos por normas de escalão constitucional, os mesmos podem igualmente ser constituídos como posições jurídicas jusfundamentais, ou seja, como direitos subjetivos.

⁴⁰⁷ *Id ibidem*, p. 105

⁴⁰⁸ *Id ibidem*, p. 106

⁴⁰⁹ QUEIROZ, Cristina. "O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial". Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 90 *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p. 124

Com relação a esta estratégia de positivação, se revela a opção constituinte por deixar a posse de alguns direitos, enquanto essenciais à dignidade, fora dos debates políticos e das pendengas partidárias. Dessa maneira, independentemente de quem esteja gerindo o Estado ou do partido que possua preferências de cunho da governabilidade - maioria legislativa ou presença no executivo - tais direitos devem ser observados, possuindo, inclusive, justiciabilidade.⁴¹⁰

Nesta esteira, tratam-se de questões que a Constituição quis colocar acima das variações administrativas, partidárias e políticas, cabendo às instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Judiciário, quando provocados, devendo garantir sua aplicação.⁴¹¹

Com relação ao direito constitucional positivo brasileiro, vê-se direitos sociais que foram consagrados como prerrogativas subjetivas, *verbi gratia*, a educação e a saúde, cuja arquitetura normativo-constitucional não deixa dúvidas em relação à atribuição do direito subjetivo, aos seus destinatários, e ao seu objeto.⁴¹²

No mais, se a Constituição protege a dignidade humana e direitos como a vida e a liberdade - protegendo a realização de direitos das discussões políticas, ideológicas ou partidárias -, de forma que o atendimento a direitos como a saúde e educação precede a qualquer outra prioridade governamental, quer na elaboração do orçamento, quer para eventuais remanejamentos de receita, quer ainda para abertura de créditos adicionais, pode-se afirmar com tranquilidade que a Constituição garante um mínimo vital, do ponto de vista material, para os indivíduos.⁴¹³

Destarte, já que ao menos a parte mais sensível deste mínimo vital foi amparada - como a assistência à saúde e a educação básica -, por uma técnica de

⁴¹⁰ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”. São Paulo. Verbatim, 2009, p. 123

⁴¹¹ *Id ibidem*, p. 123

⁴¹² *Id ibidem*, p. 124

⁴¹³ *Id ibidem*, pp. 133-134

positivação constitucional que se lhe atribui o caráter de direito público subjetivo, há de considerá-lo como exigível e dotado de justiciabilidade.

4.4.3. Normas consagradoras de garantias institucionais

A terceira estratégia de positivação dos direitos fundamentais sociais apresentada por NUNES JUNIOR⁴¹⁴, é aquela que se faz por meio de normas consagradoras de garantias institucionais. Aqui, parte-se da premissa segundo a qual o ser humano apresenta uma natureza relacional, compartilhando com seus semelhantes uma organização social.

Para HABÈRLE⁴¹⁵, sobre as garantias institucionais "*exige que se considere o indivíduo como um ser que está desde sempre inserido em relações sociais já existentes e um ser em relação com a Comunidade*". Dessa forma, existem direitos que não podem ser preservados fora dessa dimensão comunitária, uma vez que se projetam e se realizam em meio a instituições sociais, cuja existência e proteção devem ocorrer exatamente por meio das garantias institucionais..

Nessa linha, COMPARATO⁴¹⁶ conceitua garantias institucionais como formas de organização do Estado, ou institutos da vida social, cuja função é assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais declarados na Constituição; não apenas das liberdades individuais - como aludem os autores alemães - mas de todas as demais espécies de direitos humanos. Fala ainda em duas classes destas garantias, na primeira, ter-se-ia, por exemplo, a separação de poderes; já na segunda, da mesma fora, os institutos componentes

⁴¹⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p.139

⁴¹⁵ HABÈRLE, Peter. "La Garantia del contenido esencial de los Derechos Fundamentales" Trad. Joaquim b. Camazano. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2003, p. 95 *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p.139

⁴¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. "As garantias institucionais dos Direitos Humanos" *apud* NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p.139

da seguridade social, ou o sistema público de ensino; nas duas classes trata-se de instituições que - pela sua natureza - fazem parte das disposições constitucionais insuprimíveis, não só pela lei, mas até mesmo pela via do processo de emenda constitucional. Seguidamente, fala-se que as garantias institucionais podem e devem ser analisadas como princípios fundamentais do ordenamento constitucional, apresentando três características essenciais comum a todos os princípios jurídicos: 1-supremacia normativa; 2- ilimitado âmbito de aplicação; e 3- ilimitado grau de aplicação.

Assim, a proteção e preservação de instituições importantes à estruturação da sociedade, não pode se dar pela atribuição de um direito público subjetivo, devendo ocorrer por meio de garantias institucionais.

Aponta SARLET⁴¹⁷, certo consenso na doutrina no que diz com a circunstância peculiar das garantias institucionais, no sentido de não outorgarem ao indivíduo direitos subjetivos autônomos - ainda que existam exceções -, de modo especial nos casos em que as garantias institucionais se encontram intimamente vinculadas à garantia dos direitos fundamentais, como bem demonstra a liberdade de imprensa que - a exemplo de outros direitos fundamentais com uma dimensão institucional - protege a instituição da imprensa livre, quanto fundamenta direito individual subjetivo para resguardar a fruição desta liberdade individual.

Mister relevar-se que, deveras que uma garantia institucional não defina aos indivíduos, que à respectiva instituição se integrem, um direito subjetivo, a norma que lhe serve de supedâneo, não está - necessariamente - destituída de sindicabilidade. Nessa toada, a falta de definição direta e expressa de um direito subjetivo público a seus eventuais destinatários não desqualifica a norma criadora de uma garantia institucional como norma jurídica, ou seja, imbuída de um dever-ser, de uma imposição, cujo descumprimento seja sancionável.⁴¹⁸

⁴¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang.. "A Eficácia dos Direitos Fundamentais". 6ªed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 212

⁴¹⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. "A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais". São Paulo. Verbatim, 2009, p.149

4.4.4. Cláusulas limitativas do poder econômico

Uma das principais premissas afeitas ao surgimento da noção de Estado Social, vem a ser a de limitação do poder econômico, protegendo-se a dignidade da pessoa humana ante a desproporcional relação fática que se tem entre empregado/empregador.

Assim, a dimensão de proteção da dignidade humana nasceu marcada por dois objetivos básicos: primeiro, evocar a presença do estado em matéria prestacional - enquanto que no tocante aos direitos de liberdade se esperava do estado uma posição absenteísta -, já em matéria de direitos sociais, convoca-se a presença estatal para aplacar as desigualdades sociais, donde a identificação de direitos como os relacionados à saúde, à educação, à previdência social etc.; e segundo, foi o determinar que os direitos fundamentais não deveriam se restringir a focar o estado como único pólo, em contraposição ao indivíduo, nas relações jusfundamentais, já que um dos claros propósitos dos direitos sociais é o de opor limites ao poder econômico, como se verifica claramente nas relações de trabalho.⁴¹⁹

Nessa trilha, para NUNES JUNIOR⁴²⁰ a proteção dos direitos sociais ante ao poder econômico se estabelece por duas vias: 1- por meio de normas que, interferindo no âmbito de projeção da autonomia da vontade, preestabelecem um conteúdo mínimo intransigível na relação de emprego(poder econômico limitado pelo dirigismo contratual); 2- por meio de normas que investem o trabalhador de poderes jurídicos, buscando sua qualificação e fortalecimento para o processo de negociação. Portanto, em matéria trabalhista, a Constituição embora franqueie um espaço válido para manifestação da liberdade contratual, busca fortalecer a parte mais fraca, para que não se macule o equilíbrio contratual(poder econômico limitado pela imposição de um dever de passividade, de respeito, de abstenção).

⁴¹⁹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *“A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”*. São Paulo. Verbatim, 2009, p.150

⁴²⁰ *Id ibidem*, p. 154

De tal modo, a limitação do poder econômico, por meio de cláusulas assecuratórias de direitos sociais, acaba por servir de chancela às liberdades individuais, pois sem elas ter-se-ia a submissão completa do ser humano. Portanto, o reconhecimento de direitos sociais pressupõe a incorporação de normas voltadas à limitação do poder econômico, seja por meio do reconhecimento de um conteúdo mínimo essencial nos contratos de trabalho, seja pelo empoderamento da classe trabalhadora pelo reconhecimento de direitos como os de sindicalização e de greve.⁴²¹

4.4.5. Normas projectivas – ou de conformação do perfil social dos institutos jurídicos fundantes da ordem econômica capitalista

A última forma ou estratégia de positivação dos direitos fundamentais sociais apresentada por NUNES JUNIOR⁴²² é a por normas projectivas. Ter-se-iam por exemplos destas estratégias a definição da função social da propriedade(art. 5º, XXIII) e o fim de assegurar a todos existência digna(art. 170, cabeça), revelando que o instituto da propriedade privada estaria acomodado ao nosso sistema jurídico sob o viés de uma função social, como ainda nos fins aos quais nossa ordem econômica ficou coligida.

Assim, a cláusula que condiciona a propriedade privada ao atendimento de sua função social aflora como uma espécie de princípio de conformação de um instituto essencial ao modelo econômico adotado pela nossa Constituição. Desse modo, o princípio em testilha delimita o perfil de um instituto jurídico fundante de nossa ordem econômica, a propriedade privada, constituindo um dos pilares da noção de Estado Social.⁴²³

Nessa toada, com relação ao segundo exemplo - existência digna a todos -, tem-se que é assegurada a livre-iniciativa como fundamento da ordem econômica,

⁴²¹ *Id ibidem*, pp. 156-157

⁴²² NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”. São Paulo. Verbatim, 2009, p.162

⁴²³ *Id ibidem*, p. 163

cujo exercício deve estar adstrito ao fim de assegurar-se a todos existência digna. Outrossim, toda atividade econômica só pode ser desenvolvida em consonância com tal princípio de conformação, implicando em vedação constitucional a toda atividade econômica que macule a dignidade humana ou, ainda, a dignidade do trabalho humano.⁴²⁴

Dessa forma, além da necessidade de concordância harmônica de outras normas constitucionais atinentes à economia com os princípios citados, tem-se que os mesmos podem assumir densificação específica, justamente pela aptidão de gerar vínculo subjetivo negativo (dever de respeito), impedindo que qualquer atividade econômica se desenvolva em desconformidade com suas respectivas disposições.⁴²⁵

Portanto, tais princípios de conformação - que emprestam forte significado social a institutos jurídicos essenciais à configuração da ordem econômica -, além de se tratar de uma das formas de positivação de direitos sociais, possuem destacada importância prática, podendo servir de base à consecução do objetivo expressamente coligido à nossa ordem constitucional da economia que, constituem a finalidade última de todos os direitos fundamentais sociais: assegurar a dignidade a todos conforme os ditames da Justiça Social.⁴²⁶

2.5. O Mínimo vital

Após analisadas as diferentes estratégias de positivação dos direitos fundamentais sociais, sendo nosso maior interesse abordar questões que falem de perto sobre a justiça social, mister abordarmos agora, ainda que em linhas gerais, o alcunhado mínimo vital.

Entende-se por mínimo vital o dever do Estado - caudatariamente ao princípio da dignidade humana - garantir a todos um “*standard*” social mínimo

⁴²⁴ *Id ibidem*, p. 163

⁴²⁵ *Id ibidem*, p. 166

⁴²⁶ *Id ibidem*, p. 167

incondicional. A teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas à preservação da vida e para a integração (para nós inclusão) na sociedade, como uma questão prejudicial às políticas públicas, consistindo em uma espécie de comando implícito, que determina que outras ações só sejam realizadas quando satisfeitas as necessidades básicas de todas as pessoas - integradas estas no elemento subjetivo de um determinado Estado.⁴²⁷

Como leciona LUÑO⁴²⁸, no Estado social de Direito, os poderes públicos assumem a responsabilidade de proporcionar à generalidade dos cidadãos as prestações e serviços públicos adequados para garantir suas necessidades vitais, ou seja, vela pelo que a doutrina germânica qualificou de "procura existencial". A noção de mínimo vital aponta que a opção de forma de organização socioeconômica pode variar, mas deve ela estar comprometida com a preservação da dignidade material de todas as pessoas.

Quanto ao conteúdo mínimo, aponta-se que cada direito teria um núcleo mínimo irremissível - que se associa à sua própria razão de ser - aludindo uma abstração que enuncia a essência do direito em testilha, que não pode ser sofrer supressão, ante a qualquer panorama histórico ou a quaisquer eventuais limites. Já sobre o mínimo vital, diz-se operar com vetores quantitativos, apontando quais necessidades mínimas o ser humano, com base na sua dignidade que lhe é própria, devem ser observadas.⁴²⁹

Seguidamente, para NUNES JUNIOR⁴³⁰, ante a eventuais omissões da Constituição, seja pela ausência de normas que qualifiquem a existência de um direito social, seja pela baixa densidade das existentes (como p.ex. o direito à moradia), o conceito de mínimo vital passa a ocupar uma posição superlativa, como parâmetro à concretização da dignidade humana nestes campos. Afinal, não há como pensar-se ser a dignidade respeitada sem o direito a um abrigo.

⁴²⁷ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *"A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais"*. São Paulo. Verbatim, 2009, p. 70

⁴²⁸ *Id ibidem*, p. 71

⁴²⁹ *Id ibidem*, p. 72

⁴³⁰ *Id ibidem*, p. 135

Nessa toada, com a idéia de mínimo vital direitos como o de moradia tornar-se-iam passíveis de concretização, sendo dessa maneira objeto de uma construção interpretativa que o inscrevesse, ainda que em patamares modestos, no rol de direitos subjetivos do cidadão. Aqui que a idéia de mínimo vital ganha força, já que viabiliza que direitos positivados sob a forma de programas ou tarefas estatais - por vezes constatada a baixa densidade normativa - passem a integrar o rol de direitos subjetivos dos cidadãos.⁴³¹

Por isso, já que trata de situações extremas afeitas à sobrevivência do ser humano, fala-se assim da proteção destas situações açambarcando a dignidade humana pelo chamado mínimo vital, que serve como catalisador dos programas/fins sociais do Estado, sendo incorporado ao patrimônio jurídico dos cidadãos, e portanto, consubstanciando ainda em concretização da justiça social, a que alude o Texto constitucional de 88(mais de perto o constante no art. 193).

No mais, os direitos sociais que integram o mínimo vital - já que intrínsecos à dignidade humana -, não se submetem a eventuais restrições orçamentárias, uma vez que, dotados de valor absoluto, não podem ser mitigados frente à eventual interesse público secundário da administração pública., não sendo assim lícito ao legislador, *exempli gratia*, aportar valores em gastos com publicidade institucional enquanto faltarem recursos para gastos com saúde e educação.⁴³²

⁴³¹ *Id ibidem*

⁴³² *Id ibidem*, p. 221

III. A JUSTIÇA, O ESTADO E A REALIDADE SOCIAL: pela normatividade da justiça social.

1. Estado Democrático de Direito e Estado Democrático e Social de Direito: indivíduo, sociedade civil e Estado

Configura-se a democracia pela participação do cidadão nos negócios de Estado. Os ideais republicanos vieram a desencadear um processo de democratização do Estado, implicando a submissão da lei à vontade geral, de forma a garantir a participação do povo no exercício do poder político. Assim, os cidadãos passam a ser titulares desse Direito.⁴³³

No Estado Democrático de Direito o povo participa dos negócios do Estado: *“O mero Estado de Direito decerto controla o poder, e com isso protege os direitos individuais, mas não garante a participação dos destinatários no seu exercício.”*⁴³⁴

Dessa maneira, tem-se que o ponto primordial do Estado Democrático de Direito vem a ser a participação política, possuidora das seguintes características básicas: supremacia da constituição, divisão dos poderes, respeito ao princípio da legalidade, declaração e garantia dos direitos individuais, e a participação política com a organização democrática da sociedade.⁴³⁵

Consistiria o Estado Democrático de Direito assim: *“(…)soma e entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação dos poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos)”*⁴³⁶. Ademais, apresenta SUNDFELD como características do Estado Democrático de Direito ser criado e regulado por uma constituição; ter seus agentes públicos fundamentais eleitos e renovados

⁴³³ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *"Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da constituição."* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26

⁴³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *"Fundamentos de direito público"*. 4ªed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 49

⁴³⁵ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *"A evolução do estado"*. In Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 9, nº17, janeiro-junho, 2006., p. 171

⁴³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *"Fundamentos de direito público..."*, p. 54

periodicamente pelo povo e respondendo pelo cumprimento de seus deveres; ser o poder político exercido em parte diretamente pelo povo, noutra pelos órgãos estatais independentes e harmônicos, que “se controlam”; ser a lei produzida pelo legislativo e observada pelos demais poderes; e, poderem os cidadãos, enquanto titulares de direitos – inclusive políticos –, opô-los ao próprio Estado.⁴³⁷

Com relação aos modelos de Bem-estar e liberal, há de falar-se(nos utilizando aqui das palavras de SAYEG⁴³⁸) que nenhum dos dois se sustenta diante do ideal democrático de inclusão total da população, ainda que nosso capitalismo mais se aproxime do liberal; o primeiro pela falta de recursos para atender universalmente a população, fato que implica a exclusão pela ruína econômica e decorrente carência de disponibilidades, asfixiando a livre-iniciativa capitalista, já o segundo – liberal, pelo mesmo efeito excludente, todavia, pela razão de deixar à mercê da própria competitividade, dureza e insensibilidade do mercado à inclusão social das gentes.

Como falado anteriormente, observa-se no século XX uma reforma do modelo liberal de Estado para um Estado Social Democrático de Direito.

A complexidade social, bem como o surgimento de movimentos sociais, forçaram o Estado a assumir uma postura protetora de certos interesses sociais, em lugar à anterior neutralidade. Esses movimentos sociais questionaram o individualismo, a liberdade e a igualdade absoluta liberais, gerando injustiças e corroborando à tomada de consciência da necessidade da justiça social⁴³⁹.

Como aponta José Afonso da SILVA⁴⁴⁰: “*O individualismo e o abstencionismo ou neutralidade do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os*

⁴³⁷ *Id ibidem*

⁴³⁸ SAYEG, Ricardo Hasson., “*O Capitalismo Humanista no Brasil*”, p. 21-22, e SAYEG, RICARDO Hasson. e MATSUSHITA, Thiago Lopes., “*O Direito Econômico brasileiro como Direito Humano tridimensional*”, p. 2412

⁴³⁹ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. “*A evolução do Estado*”. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 9, nº17, janeiro-junho, 2006., p. 172

⁴⁴⁰ SILVA, José Afonso da.. “*Curso de direito constitucional positivo*”. 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p.119

movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social.”

Como pontua SIQUEIRA JUNIOR⁴⁴¹: “A liberdade burguesa é a liberdade de morrer de fome”, “(...)com o surgimento do Estado Social verifica-se a função do Estado em prol do coletivo”.

Nessa linha, ainda com SIQUEIRA JUNIOR⁴⁴², com o Estado Democrático e Social de Direito surgem objetivos traçados pelo texto constitucional, vinculantes aos órgãos de Estado e em alguns casos extensivos à sociedade civil. Daí falar-se na obrigatoriedade de execução de determinadas políticas públicas.

Na esclarecedora análise de REALE⁴⁴³ acerca da democracia social, ter-se-ia como a nova forma assumida pelo liberalismo numa sociedade pluralista que precisa compor em unidade dinâmica três valores complementares: o do indivíduo – com sua intocável subjetividade criadora-; o da sociedade civil – com a livre expansão de seus grupos e categorias naturais -; e o do Estado.

Na consideração que se fez anteriormente sobre o modelo apropriado à orientação democrática e social de 88, na análise do art. 170 – matriz constitucional da ordem econômica -, o que se extrai é a vocação de “*capitalismo humanista fundado no adensamento da liberdade, igualdade e fraternidade/solidariedade, que estabelece a medida da proporcionalidade, que produz o resultado do mínimo existencial, via de consequência, uma economia social de mercado.*”⁴⁴⁴, Estado com índole (em se tratando de soberania interna e externa) solidário-humanista, o que o é.

⁴⁴¹ ob. citada, p. 171

⁴⁴² *Id ibidem*, p. 172

⁴⁴³ REALE, Miguel. *Liberdade e democracia*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 10

⁴⁴⁴ SAYEG, RICARDO Hasson. e MATSUSHITA, Thiago Lopes., “*O Direito Econômico brasileiro como Direito Humano tridimensional*”, p. 2413

Nessa perspectiva fala-se em “capitalismo tridimensional, que coexiste com as três dimensões dos direitos humanos, adensando-se as liberdades negativas, as liberdades positivas e os imperativos de solidariedade. Na economia social de mercado – como aponta SAYEG⁴⁴⁵ – surge para o Estado, de forma que se atenda aos mandamentos da norma matriz da ordem econômica, o dever de proporcionar à população (todos, para nós inclusão plena) uma condição de vida digna, atendendo assim não apenas aos direitos econômicos mas também aos direitos sociais, políticos e culturais. Dessa forma que se fará o movimento de subida daquela parcela substancial da população que está abaixo da linha da pobreza para a correspondente à população “minimamente/integralmente incluída”, com vida digna básica, compreendendo o mínimo existencial.

2. Da fraternidade à solidariedade

Uma análise pré-teórica do medievo demonstra, para nós, o que se vê como a facete fraternal da Justiça social. No sistema institucional de então, a atividade de prestações positivas – se é que se pode assim denominar – se dava não pela premissa – moderna - da solidariedade, mas sim pela fraternidade, carregada pela matriz da caridade “Igreja para pobres”⁴⁴⁶.

O direito de solidariedade compreende uma nova concepção de justiça: a Justiça Social.⁴⁴⁷ O discurso solidarista colocado em evidência no final do séc. XIX e início do XX, significa a constatação de que grupos inéditos estavam se constituindo, e que novas formas de solidariedade se compunham.

⁴⁴⁵ *Id ibidem*

⁴⁴⁶ O que ilustra essa consideração vê-se no clássico filme “*O nome da rosa*”, em que os restos de alimentos eram jogados para fora dos portões do mosteiro para serem recolhidos como lixo pelos indigentes.

⁴⁴⁷ FARIAS, José Fernando de Castro. “*A origem do direito de solidariedade*”. Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 68

Com a solidariedade a sociedade caminha para uma complexidade crescente com novas práticas sociais, políticas, jurídicas, econômicas, culturais, industriais e tecnológicas⁴⁴⁸. Ademais, o discurso do solidarismo jurídico pretende ser o fundamento do Estado Democrático de Direito, considerando o campo político no Estado democrático como a via indispensável, e única possível, para a realização do direito no seio de uma organização social.

Assim, com base em FARIAS⁴⁴⁹, o solidarismo jurídico pretende reconciliar a democracia com o solidarismo. A fórmula jurídica do socialismo seria idêntica à fórmula da democracia. Esta alegada reconciliação supõe de um lado o abandono do individualismo, doutro o abandono de uma forma monista de poder.

3. Liberdade e Igualdade

A dualidade liberdade-igualdade, numa simbiose semântica, representa a aspiração máxima dum Estado – como no Brasil dessa primeira década secular – que conquistada a liberdade dos indivíduos perante o Estado – a liberdade pela cidadania –, vem a ser requisitado para, no plano da solidariedade, efetivar as garantias sociais constitucionalmente postuladas, com índole humanista (dignidade da pessoa humana/“cidadã”). Assim, a liberdade antes de ser um passo à igualdade plena – festejada a solidariedade – é condição primeira ao *empoderamento*⁴⁵⁰ da vida pelo cidadão, que mais do que um ir e vir, bem como de não ser restringida de forma ilegal sua liberdade em hipótese alguma, compreende a sua inclusão plena no plexo normativo-constitucional, dos direitos umbilicais às ordens econômica e social. Nas palavras iluminadas de Maria GARCIA⁴⁵¹, numa leitura nossa, a liberdade constitui-se poder de autodeterminação da

⁴⁴⁸ FARIAS, ob citada, p. 195

⁴⁴⁹ *Id ibidem*, p. 276

⁴⁵⁰ Para Romeu K. SASSAKI: “Empoderamento significa “o processo pelo qual uma pessoa, ou um grupo de pessoas, usa o seu poder pessoal inerente à sua condição – p.ex.: deficiência, gênero, idade, cor – para fazer escolhas e tomar decisões, assumindo assim o controle de sua vida.””. (*Inclusão, construindo uma sociedade para todos*”, p. 37.

⁴⁵¹ GARCIA, Maria. “*Desobediência civil: direito fundamental*”. 2ªed. rev., atual. E ampl., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 306

própria conduta como direito – o direito à liberdade -, configurando o seu equacionamento jurídico as liberdades públicas – poderes de autodeterminação assegurados pelo direito positivo. Desde a Declaração de 1789, no art. 4º, postula-se que: a liberdade de cada um só tem limite na dos demais e só a lei determina esses limites.

Na sociedade capitalista que se vê nesses dias, ao indivíduo é obrigada a inserção/atuação nos diversos campos sociais. Essa atuação se dá de acordo com a bagagem social do indivíduo, utilizando-se como parâmetros específicos os direitos sociais, na medida em que se garante a justiça social pela inclusão do indivíduo naquele campo em que se constate factualmente a exclusão, no sentido de que se comporá a inclusão social plena pela inclusão (específica) em cada campo social – político, econômico, cultural etc. Nessa toada, considera-se que como diz-se sobre o desenvolvimento – inter-relação entre os vetores constitutivos do desenvolvimento social (como ocorre, v.g., com o “triplo critério” do IDH⁴⁵² (índice de desenvolvimento humano) -, feita a inclusão do indivíduo em um campo social (especificamente), como a educação por exemplo, estar-se-á corroborando à inclusão social (gênero).

Não há como se garantir a igualdade entre os membros componentes da sociedade, sem a garantia a liberdade de cada um, seja em consideração à sociedade e outros indivíduos, seja em relação à atuação estatal. Ademais, nas iluminadas palavras de AYRES BRITTO⁴⁵³: *“o bolo da riqueza nacional tem uma lógica peculiar que o faz crescer, continuamente, à medida que é mais compassiva ou solidariamente dividido. E quanto maior o número de contingente de pessoas aproximadamente iguais, numa mesma sociedade, maior a cota de liberdade concreta de cada qual desses contingentes.”* E com GALBRAITH conclui o ministro⁴⁵⁴: *“(...) nada mais restringe a liberdade, no sistema capitalista, do que a falta de dinheiro.”*

⁴⁵² No lugar da concepção monista de desenvolvimento restrita à faceta econômica, como se vê na obra de Amartya SEN, o IDH considera a saúde, a educação e a distribuição de renda, a comporem o índice.

⁴⁵³ AYRES BRITTO, Carlos. *“Teoria da Constituição”*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 83

⁴⁵⁴ *Id ibidem*

Adstrita à dignidade da pessoa humana e à solidariedade, não se pode admitir a liberdade sem a igualdade material (OLIVEIRA)⁴⁵⁵.

A vista caolha às desigualdades sociais continua a combater a violência com mais violência, declarada a guerra civil *ipso facto*, não se buscando a Justiça Social pela Justiça enquanto valor máximo do Direito, não buscando curar as causas da violência, da falta de liberdade de qualquer espécie (inclusive política), mas sim entorpecendo a Sociedade cada vez mais com medidas paliativamente analgésicas, amortecendo-a de dignidade, liberdade e cidadania, que se dirá de direitos sociais. Essa realidade corrobora a situação dos multi-mundos, do pluralismo social refletor das desigualdades sociais; várias sociedades no mesmo mundo; várias comunidades competindo intra e inter classes pela participação na repartição do “bolo”.

Apresenta CORTELLA⁴⁵⁶, uma visita de dois caciques xavantes à São Paulo, na década de 1970. Descreve a visita de reconhecimento da “floresta” de prédios, nos chamando a atenção para um menino de 10 anos de idade, negro, pobre, que no chão catava verduras e frutas amassadas, estragadas e sujas. Após indagar sobre a situação do infante, fala o cacique: “Não entendi. Por que o menino está pegando aquela comida podre se tem tanta coisa boa nas pilhas e caixas?”, e respondem a ele: “Por que para pegar nas pilhas precisa ter dinheiro. Mas insiste o xavante: “E por que ele não tem dinheiro?”, por que nem ele nem o pai dele tem dinheiro, aqui uns tem dinheiro outros não tem, aqui é assim.

Porém, de acordo com CORTELLA⁴⁵⁷: “a ruptura do “porque aqui é assim” principia a recusa à ditadura dos fatos consumados e à ditadura fatalista de um presente que se aparenta ser invencível, tamanhos são os obstáculos’. Ainda nas palavras de

⁴⁵⁵ OLIVEIRA, Flávio Luís de., “O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais”. In: Revista do Instituto dos advogados de São Paulo - nova série, ano 9, nº18, julho-dezembro, 2006, p.99

⁴⁵⁶ CORTELLA, Mario Sergio. “A escola e o conhecimento: fundamentos epistemológicos e políticos”. 9ªed.. São Paulo. Cortez. Instituto Paulo Freire, 2005, p. 155-156.

⁴⁵⁷ *Id ibidem*

CORTELLA⁴⁵⁸: “*Se alguém não for livre da fome, ninguém é livre da fome. Se algum homem ou mulher não for livre de discriminação, ninguém é livre da discriminação. Se alguma criança não for livre da falta de escola, família, de lazer, ninguém é livre.*”.

Não há como se falar assim em liberdade sem igualdade, mesmo nas sociedades ocidentais complexas de hoje, em que não as redes sociais de relacionamentos não correspondem àquelas simples – como uma tribo indígena. A relação entre liberdade e igualdade capitalista demanda uma concepção proporcionalmente mais complexa de justiça social, mas que pode ser observada – a nosso ver - na simplicidade tribal. À medida que as comunidades aumentam e se diversificam, sua correspondente organicização demanda maior aparelhamento burocrático-hierárquico, bem como multiplicam-se os campos sociais, e se distribuem os capitais sociais. Dessa maneira, transpondo e atualizando para estes tempos de Estado Democrático de Direito(e Social), a fraternidade/solidariedade redimensiona a igualdade e a liberdade.

4. Os frutos de uma nova dimensão de Estado de Direito do século XXI: perspectiva crítica da justiça social.

Considera-se a justiça social um termo utilizado – numa perspectiva histórica - preponderantemente no ambiente discursivo da política, implicando a conotação restritivo-pejorativa própria de idealismo utópico: uma simples locução constitucional que textualiza a antiga justiça distributiva aristotélica. Ocorre que nestes tempos de constitucionalismo e de realidade brasileira de desigualdade, descrença e falência moral de instituições estatais, figura a justiça social *pari passu* à evolução que se constata e novas expectativas que se colocam, amiúde o anseio social pela harmonia social. Assim, hoje se pode enxergar a justiça social também no seu aspecto normativo-jurídico, que condiciona a atuação do Estado e da Sociedade, de forma que a democracia e a república se materializem, num sentido simples, mas forte: garante-se a justiça social, que é objetivo da

⁴⁵⁸ *Id ibidem*

ordem econômico-social, garantindo-se a satisfação das necessidades individuais/cidadãs, e assim se garante o desenvolvimento social(nacional).

Como um condensado normativo constitucional que encontra base positiva nos artigos 170 e 193 da Constituição⁴⁵⁹ Federal, mas não somente, e que é relevante ser analisado – nesta nossa perspectiva – seja pelo ambiente teórico-constitucional desses nossos dias – seara do constitucionalismo, seja pela realidade jurídico-social presente – o ser humano em sua comum-unidade. Assim, trata-se da justiça social como a Justiça no tempo e no espaço, buscando além da sua faceta político-ideológica a sua normatividade (jurídica, através da constitucional), auxiliando-nos posteriormente das esferas e campos auxiliares do desenvolvimento(e direito a este) e da inclusão sociais, objetivamos, com apoio sociológico em BOURDIEU⁴⁶⁰, configurar e alocar a discussão tópica da justiça social no macro-campo jurídico.

Nessa trilha, o sentido forte da justiça social abarca os enfoques do desenvolvimento(SILVEIRA⁴⁶¹, RISTER⁴⁶²) com a força dos direitos humanos(PIOVESAN⁴⁶³), da solidariedade, dignidade e da inclusão, assim, cunha-se a normatividade constitucional da Justiça Social, alicerçada nas estratégias de positivação dos direitos fundamentais sociais(NUNES JUNIOR⁴⁶⁴) e norte exigível da garantia do mínimo vital.

⁴⁵⁹ “Constituição: organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional.”. In: ARAÚJO, Luis Alberto David, e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “*Curso de direito constitucional*”. 12ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008; p. 3

⁴⁶⁰ NOGUEIRA, Maria Alice, Cláudio M. Martins Nogueira. “*Bourdieu e a Educação*”. 3ªed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009

⁴⁶¹ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Tese de Doutorado em Direito, PUC-SP - Direito das Relações Econômicas Internacionais: “*O Direito ao Desenvolvimento na doutrina humanista do Direito Econômico*”.

⁴⁶² RISTER, Carla A.. “*Direito ao Desenvolvimento. antecedentes, significados e conseqüências*” Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, 2003, e RENOVAR, 2007.

⁴⁶³ PIOVESAN, Flavia, “*Desenvolvimento histórico dos direitos humanos e a constituição brasileira de 1988.*” In: AGRA, Walber de Moura coordenador. “*Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*”. São Paulo: Saraiva, 2009

⁴⁶⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “*A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*”.São Paulo. Verbatim, 2009

O discurso da Justiça Social é carregado historicamente num sentido tido como fraco, demasiadamente político-ideológico, isso por carecer de ambientes histórico-social e jurídico propícios ao ambiente de diálogo social, num sentido *lato*. Sem democracia não há de se falar em cidadania, sem a qual não há igualdade e não há inclusão, assim, restando comprometidos ao menos um dos “feixes/vetores inclusivos”, restar-se-ão comprometidos os demais; sem cidadania, qualquer discurso desenvolvimentista social é falacioso, ao menos na nossa perspectiva forte da justiça social, própria do Estado Democrático Social de Direito, neste Brasil proposto em 88, que sustenta constitucionalmente a justiciabilidade dos direitos sociais; e que se sustenta aí a instrumentalização judicial da Justiça Social, sem necessariamente desaguar no ambiente discursivo da política.

Com relação à situação fática de desigualdade e subdesenvolvimento de expressiva parcela do povo/multidões, o que se vê é o entorpecimento dessa pela impossibilidade real de acesso a prestações de direitos sociais, reiterando o círculo vicioso da exclusão, com o aporte massivo de medidas paliativamente analgésicas – senão de cunho restritivamente integralistas, não inclusivo-, com fortes efeitos colateral-sociais, a dizer-se, além de corroborar-se à perpetuação do ciclo, amortecendo a dignidade humana, a liberdade e a cidadania(esfacelando, implodindo, o “Estado Democrático de Direito Social”); é como há quem o diga que: “a paz é contra a lei e a lei é contra a paz”⁴⁶⁵. Essa realidade reforça o modelo de Estado de Exceção que reina ante a estrutura normativo-constitucional, alçada às esferas das boas intenções, ou à situação pela qual “tira-se dos pobres para dar aos ricos. Nessa trilha, a tríade de poderes que deveria primar pela eficácia/eficiência na prestação de serviços públicos, corrobora com sua tentaculosidade burocrática, à perpetuação da desigualdade social, por não abarcar o pluralismo social à luz da igualdade e dignidade constitucionais. Isso talvez como herança liberal de desconsiderar-se direito do pobre, o que exceda à miséria. Não se garante meios de acesso ao “bolo-social”; não há cidadania; não há como se apoderar⁴⁶⁶ da própria vida.

⁴⁶⁶: “Empoderamento significa “o processo pelo qual uma pessoa, ou um grupo de pessoas, usa o seu poder pessoal inerente à sua condição – p.ex.: deficiência, gênero, idade, cor – para fazer escolhas e tomar

Constatadas a exclusão e o subdesenvolvimento, mister a garantia e concretização da justiça social pela inclusão social plena e integral do indivíduo, como igualdade real, garantindo-se seja perquirido o fim constitucional do desenvolvimento nacional(humanista). Ainda nessa linha, pela normatividade jurídica do constitucional que se pode desenvolver sobre a base da normatividade da justiça social(interpretação e concretização constitucional), tem-se a justiciabilidade que dessa decorre, e que possibilita – a nosso ver – a concretização constitucionalizante, constitucionalmente transformadora, no que se diga sobre a juridicisão em matéria de direitos sociais.

Na medida em que o habitus constitucional for orientado pela égide da Justiça Social “inclusiva”, e não apenas “integralista”⁴⁶⁷, garantir-se-á o implemento do capital/patrimônio “individual” do cidadão, o que transformará “seus” habitus, inclusive o jurídico; a nosso ver, à luz da proposta de abertura, assim se transforma a realidade social pela normatividade constitucional, baseada numa concretização axiologicamente constitucionalizante, solucionando-se assim o problema da exclusão.⁴⁶⁸ E isso implica mais do que discutir acerca da eficácia na adoção de políticas públicas de cotas raciais ou sociais; a nossa vista, o que há de se enxergar bem antes, é a necessidade; esse é o único critério quicá razoável quando da adoção de ações pontuais em que há de se eleger um como elemento discriminatório, como quando se trata da questão do mínimo vital⁴⁶⁹.

O Estado não admite seu dever de prover serviços públicos de qualidade alocando o discurso da justiça social, e também o do bem estar, no campo estrito do político-ideológico, o que deságua na reserva do possível, desprovendo os direitos sociais de normatividade jurídica que lhe garanta sua justiciabilidade, sendo traído o

decisões, assumindo assim o controle de sua vida.””. SASSAKI, Romeu K.. *“Inclusão, construindo uma sociedade para todos”*., p. 37.

⁴⁶⁷ De acordo com a proposta de SASSAKI, Romeu. , constante de *“Inclusão, construindo uma sociedade para todos”*. Rio de Janeiro, WVA, 1997, p. 151 e ss.

⁴⁶⁸ Nesse sentido mais a frente procuraremos analisar o que há de se falar acerca da importância da educação e o processo de acumulação de capital na teoria de BOURDIEU, bem como o entendimento de NEVES, quanto à solução do problema da exclusão pelo implemento do capital cultural e do habitus constitucional.

⁴⁶⁹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *“A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”*.São Paulo. Verbatim, 2009, pp. 135-136

objetivo “justiça social” pelo discurso liberal-político – na linha do Estado mínimo (NOZICK⁴⁷⁰). A justiça social, assim, fica camuflada e confinada ao campo do discurso político, “comunista” e social ideológico da caridade. Não jurídico pragmático. A justificação da desigualdade e das questões sociais pela mesma reserva do possível, ou do desvirtuamento discursivo da inclusão pelo preconceito e insistência por uma ideologia da tolerância, a macular no cerne a dignidade da pessoa humana, reforçando o círculo vicioso do preconceito, seja ele configurado como for. O que se deve olhar outrossim é a inclusão, e, arriscamos, em oposição à dualidade desigualdade-igualdade, melhor seja auferido o desenvolvimento ante situações de subdesenvolvimento – educacional, político, cultural, de seguridade social, econômico – isso porque buscar-se a igualdade, por vezes – como se adotado um critério preconceituoso -, reforça-se a desigualdade, já que vivemos sob a égide da multiplicidade, da complexidade, e do pluralismo.

O Estado hoje, depois do tipo liberal e do bem-estar⁴⁷¹ – já avoengos – é desafiado em suas funções, haja vista que a evolução social e do constitucionalismo no século XXI semeou na sociedade uma nova esperança no Direito. O Brasil se vê historicamente marcado por problemas sociais, nossas já familiares questões sociais - como a pobreza, as desigualdades entre outras situações de injustiças sociais – sendo que o conteúdo programático da Constituição de 88 – organização dos poderes, direitos fundamentais e sociais – reflete tanto o momento histórico-constituente, como o enfoque dado ao discurso da justiça social; ou seja, encontra-se esta escoreita ao longo do texto constitucional, vindo a configurar como importante matriz principiológica e normativo-axiológica, dentro do todo constitucional, vindo a ser definitivamente reconfigurada com o Estado nos moldes de hoje – democrático e social -, como que passando do plano do incrível e axiológico-metafísico, ao do judicialmente crível e da realidade social.

⁴⁷⁰ FLEISCHACKER, Samuel. “Uma breve história da justiça distributiva”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 173-176

⁴⁷¹ “(...)um grande número de dispositivos constitucionais palmilhou claramente o caminho do chamado estado do bem-estar social.” ARAÚJO, Luis Alberto David, e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “Curso de direito constitucional”. 12ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008; p. 99

A justiça social⁴⁷² de que falavam os “antigos”⁴⁷³, ainda percorre nosso discurso, pela sua natureza axiológica, e como tal com características próprias dos valores (como a historicidade) e, ademais, na busca pela gênese do termo, por estarmos certos de que o paralelismo histórico-jurídico demonstra a manifestação (utilização na fundamentação/argumentação jurídica) e relevância discursivas da justiça social - no macro ambiente jurídico -, bem como a fraqueza ou simbolismo do “discurso” da justiça social, v.g. enquanto utilizado como bandeira de uma luta eterna do trabalhador contra o magnata, do povo pobre sub-incluído⁴⁷⁴, da concentração de sobre-inclusão social.

Nessa linha, tem-se, ao invés de bons frutos, um reforço do problema estrutural (a justiça social como fim utópico a justificar a falta de concretização, e o costume pela idealização principiológica constitucional, no plano do incrível, fá-se assim da justiça social uma desculpa recorrente, quando a se falar de implementação de direitos sociais e de eficácia estatal, não desenvolvendo a perspectiva normativo-jurídica) quando a boa intenção e razoabilidade – por não dizer solidariedade - histórico-social, como o caso lúdico das cotas de gênero, de raça, ou que utilize qualquer critério discriminatório⁴⁷⁵, ou tolerante – consiste não apenas em concretização desconstitucionalizante⁴⁷⁶, mas também fortalece a falácia da tolerância social (vemos a tolerância como um discurso que reforça a discriminação). À nossa vista, além de subdesenvolvido, é de se ressaltar o papel do Estado na perspectiva da miopia social, que vem a nos falar da percepção quanto à maximização dos interesses imediatos, em detrimento das gerações futuras – art. 225 da CF – não apenas na perspectiva dos direitos sociais, mas sim, no que diga da do desenvolvimento -

⁴⁷² “Este vocabulário novo deve ser definido em relação a conceitos antigos.” . In: BIGO, Pierre. *A Doutrina Social da Igreja*. Edições Loyola. São Paulo. 1969, p. 229

⁴⁷³ ainda que HAYEK (in FLEISCHACKER, Samuel, p. 181-183) pareça tratar justiça social como sinônima à justiça distributiva, preferimos guardar a alcunha social para as tratativas “contemporâneas” da expressão, tratando-a como termo contemporâneo e amigo mais do Estado Democrático de Direito do que aquelas outras experiências avoengas, doutras sociedades completamente diferentes da brasileira de hoje.

⁴⁷⁴ Para tomarmos ciência de uma perspectiva sociológica, recorremos a: ADORNO, Sérgio. *Exclusão socioeconômica e violência urbana*. Sociologias nº8. Porto Alegre, julho/dezembro de 2002. Com relação à sub/sobre-inclusão, temos por fonte a obra recorrentemente citada de Marcelo NEVES, p. 173, 175-176, 182 e 198.

⁴⁷⁵ A política de cotas e a discriminação

⁴⁷⁶ Pode ser classificada a constitucionalização simbólica em: 1-a constitucionalização simbólica destinada à corroboração de determinados valores sociais; 2-a Constituição como fórmula de compromisso dilatatório; 3-a constitucionalização-álibi, NEVES, Marcelo. “*Constitucionalização simbólica*”, ob.cit., p. 101-102.

VIEIRA⁴⁷⁷ - na ambiental; que afinal, nos nossos dias, coloca-se como princípio de reconsideração, e abertura, do conceito de exploração. Assim, a inteligência jurídico-social da justiça social se faz dentro da seara da normatividade constitucional.

No século XIX, o proposto Estado Liberal não considerava os conflitos sociais, sendo que, por exemplo, as relações de trabalho baseavam-se nos princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual; Como demonstram experiências históricas, tratar de forma igual os desiguais não conduz – ao menos não necessariamente - à equidade e à justiça social. A proposta do tipo/modelo do bem-estar social, responde ou procura responder às desigualdades, injustiças e necessidades. Quando a burguesia assumiu o poder político, se preocupou em limitar a participação do governo na vida social, ante a clara atenção ao pretérito/presente absolutismo, época em que o poder absoluto – tal o magistério de DALLARI⁴⁷⁸ - praticava violências, prisões arbitrárias, confisco patrimonial, desrespeito a ajustes e contratos, bem como criava obstáculos à liberdade de circulação de capitais e mercadorias.

No século XIX, o carácter excepcional dos direitos sociais como direitos a prestações não significou, para QUEIROZ⁴⁷⁹, que o poder político estivesse cego perante a “dimensão prestacional” da relação entre o Estado e o cidadão; deve ademais, o século XIX ser analisado como época do triunfo da ideologia liberal, não alheia às aspirações de cuidado e promoção de bem estar social, estas, basicamente, enquanto obrigações morais a cargo da sociedade.

De acordo com a definição de Cuauhtémoc BARRIGUETE⁴⁸⁰, consistem os direitos sociais em expectativas ou pretensões de recursos a bens dirigidos a satisfazer necessidades básicas das pessoas (trabalho, saúde, moradia, educação, “*ingreso*”,

⁴⁷⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Julgamento da ADPF 101

⁴⁷⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo: “*Opinião: Constituição para a Justiça Social*”. Revista Teoria e Debate. Fundação Perseu Abramo. 31/03/1989; Área: nº5 – jan/fev/mar de 1989.

⁴⁷⁹ Este raciocínio é de Cristina QUEIROZ, em: “*Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*”. Coimbra Editora. 2006. p. 8

⁴⁸⁰ BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel de Dienheim. “*Jornadas inaugurales del Congreso Internacional: Constitución y Desarrollo en Iberoamérica*”, realizado em 4 e 5 de dezembro de 2008, 1ª Mesa de trabalhos, 4 de dezembro das 9:30 Às 11:30 horas: “*Constitución y Desarrollo: Fundamentos Teóricos*”

acesso a serviços públicos, etc.) e cuja reivindicação deve interessar não só aos membros mais vulneráveis da sociedade, mas sim a todas as pessoas. Nesta linha, o constitucionalismo clássico - liberal, propondo limitar o absolutismo e dotar de segurança jurídica as relações capitalistas, garantindo certos deveres e garantias individuais (liberdade⁴⁸¹, igualdade, propriedade etc), produzindo graves desigualdades e conflitos sociais que culminaram que no século XIX, o valor constitucional dos direitos sociais – amiúde a tendência de criação em nível legal desses – foi por todo, ou nada, considerado como meras cláusulas políticas de compromisso que poucas vezes foram cumpridas.

As propostas de transformação desse modelo liberal para a via de conscientização e positivação social, com a multiplicação das lutas sociais dos trabalhadores e com as reformas implantadas, não significou em termos gerais uma mudança total, mas sim se trata de uma variante do capitalismo em que se institucionalizaram transferências parciais de direitos em favor das classes desprotegidas (BARRIGUETE⁴⁸²), não conseguindo entretanto reverter as desigualdades.

Dessa forma, como apresenta Patrus ANANIAS⁴⁸³, uma visão quanto ao papel do Estado⁴⁸⁴ neste início de milênio, o desafio seria reconstituir as relações do Estado para com a Sociedade com vista um paradigma que possa recuperar o Estado de Bem-Estar Social, sem denominados “*excessos de paternalismo*”, e mais, deve o cidadão se

⁴⁸¹ Para CANOTILHO, através da ótica da democracia econômica e social, tem-se que essa abrangeria as duas dimensões da tríade clássica: liberdade e igualdade. Ademais, não se pode interpretar o princípio da igualdade como um “princípio estático” indiferente à eliminação das desigualdades, e o princípio da democracia econômica como um “princípio dinâmico”, impositivo de uma igualdade material. Isto poderia implicar na relativização do princípio da igualdade, ou da democracia social. Aquele, interpretar-se-ia no sentido de igualdade formal perante a lei, esquecendo a dimensão da “dignidade social” (Canotilho cita o art. 13.º da Carta Portuguesa), este – democracia social -, constituir-se-ia num instrumento de diminuição de desigualdades fácticas. CANOTILHO, J.J. Gomes. “*Curso de direito constitucional*.”, p. 478-480

⁴⁸² BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel de Dienheim. “*Jornadas inaugurales del Congreso Internacional: Constitución y Desarrollo en Iberoamérica*”, realizado em 4 e 5 de dezembro de 2008, 1ª Mesa de trabalhos, 4 de dezembro das 9:30 Às 11:30 horas: “*Constitución y Desarrollo: Fundamentos Teóricos*”

⁴⁸³ ANANIAS, Patrus. Artigo – Estado e justiça social. 24/07/2006 – 12:52. fonte: www.fomezero.gov.br/noticias/artigo-estado-e-justica-social. Acessado em janeiro de 2009.

⁴⁸⁴ Para LOPO, “O Estado Social será, na versão democrática, o aperfeiçoamento do estado Liberal, seu prosseguimento natural.”. LOPO, Paulo.. “*O Constitucionalismo econômico*”. In: AGRA, Walber de Moura coordenador. “*Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*”. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182.

sentir parte do projeto nacional, lemos, projeto constitucional da Nação⁴⁸⁵. A questão é desenvolver de forma inclusiva e incluir para desenvolver(se nosso norte não é apenas econômico), é esta a orientação desde o preâmbulo, passando pelos artigos 1º e 3º da Constituição de 1988, bem como o 170º e o 193º, entre outros artigos, de maneira que o núcleo semântico do plexo normativo constitucional apresenta a justiça social, de um lado, orientadora da ordem econômica, e de outro, objetivo da ordem social.

Ciente da complexidade própria de tão largo tema, procurando ater ao que mais nos releva, o constitucionalismo que se vê nestes dias demonstra o momento judiciário-constitucional brasileiro. Como aponta Dalmo DALLARI⁴⁸⁶, em parte resistiu-se à modernização e democratização, conseguindo que a Constituição fosse elaborada pelo congresso Nacional e não por uma verdadeira Assembléia Nacional constituinte, eleita exclusivamente para “constituir”; ademais, anota a preocupação com o interesse público e a justiça social, por grupos sérios, bem como “resistência feroz e sem barreiras éticas”⁴⁸⁷ de setores conservadores da organização pública brasileira e do poder militar, que “*Por meio de pressão e corrupção, o poder econômico teve atuação ostensiva*”⁴⁸⁸, de qualquer forma, como demonstram as palavras seguintes de Dalmo DALLARI⁴⁸⁹: “*A par de capítulos e dispositivos que revelam a presença de constituintes atrasados e egoístas, ignorantes da história e insensíveis à justiça, foram incorporadas à Constituição*”⁴⁹⁰ *muitas normas que atualizam a organização social e política brasileira, além de outras que abrem caminho para o século XXI*”.

⁴⁸⁵ Aponta LOPO sobre “(...)o insano trabalho da Igreja Católica, que, através da mensagem dos seus eminentes pontífices, tem buscado encontrar um tertium Genus, termo conciliatório entre Capitalismo e Socialismo Revolucionário, capaz de estabelecer para a humanidade um regime híbrido que, que ao mesmo tempo em que garanta a liberdade política, promova a justiça social.” LOPO, Paulo. *O Constitucionalismo econômico*. In: AGRA, Walber de Moura coordenador. *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183

⁴⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo: “*Opinião: Constituição para a Justiça Social*”. Revista Teoria e Debate. Fundação Perseu Abramo. 31/03/1989; Área: nº5 – jan/fev/mar de 1989

⁴⁸⁷ *Id ibidem*

⁴⁸⁸ *Id ibidem*

⁴⁸⁹ *Id ibidem*

⁴⁹⁰ Mais recentemente, Dallari apresenta que modernamente, poder legítimo é o poder constitucional, e o papel da constituição é legitimar o poder. DALLARI, Dalmo de Abreu. Entrevista concedida no programa “Arena livre”, da TV Assembléia, da Assembléia legislativa de São Paulo, intitulado: “*Constituição Cidadã*”, exibido em 25.01.2009.

O quadro estabelecido em 1988 representa um abandono do século XVIII, uma ruptura com as concepções abstratas e formalistas do século XVIII, uma concepção constitucional que “*decorrente da comprovação de que simples ajustes parciais já não são suficientes para se ter uma organização estável da sociedade, livres de conflitos violentos, constantes e de ampla repercussão*”⁴⁹¹, notadamente quanto ao papel do Estado, nas palavras de Dalmo DALLARI⁴⁹² “*(...)clara atualização do papel atribuído ao Estado e à Constituição, iniciando-se um novo processo constitucional, comprometido com a prática dos direitos e a realização da justiça social. Se isso for bem compreendido, começa aqui um Brasil novo.*”.

Ainda nesta toada, sobre a nossa situação nesta primeira década de segundo milênio, servimo-nos das conclusivas palavras de SALLUM JUNIOR⁴⁹³:

“Nas últimas décadas do século XX, por maiores que tenham sido as mudanças ocorridas, o Brasil não escapou de sua condição periférica. A retomada do crescimento acelerado e a consolidação do Mercosul não serão suficientes para permitir que isso ocorra. Superar essa condição exige a inclusão social e econômica dos mais pobres, que ainda permanecem à margem das conquistas materiais da civilização moderna. Este é o desafio mais difícil e mais necessário para a sociedade brasileira superar neste século XXI.”

O liberalismo (QUEIROZ⁴⁹⁴) recusava o sancionamento jurídico de uma “obrigação positiva” de fraternidade ou solidariedade – no sentido da realização dos direitos fundamentais sociais como deveres público-estaduais. Para CANOTILHO⁴⁹⁵, o problema atual dos direitos sociais ou direitos a prestações em sentido restrito, está em

⁴⁹¹ *Id ibidem*

⁴⁹² *Id ibidem*

⁴⁹³ SALLUM JUNIOR, Brasília. Metamorfoses do Estado brasileiro no final do século XX. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 18, nº52. Junho de 2003., ob. cit., p. 50

⁴⁹⁴ QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra Editora. 2006. p.8

⁴⁹⁵ *Id ibidem*

“levarmos a sério” o reconhecimento constitucional de direitos como o direito ao trabalho, à saúde, à educação, à cultura, ao ambiente; ademais, os “*direitos econômicos, sociais e culturais, na sua qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerados como elementos constitucionais de uma comunidade jurídica*”⁴⁹⁶.

Em termos de princípios e normas, para DALLARI⁴⁹⁷, a Constituição teria feito o que tinha que ser feito, vindo por afirmar princípios, como a dignidade, a cidadania, ressaltando que o princípio, no moderno constitucionalismo, tem força de lei, orientando os três poderes, ela criou instrumentos que deveriam ser mais utilizados, aponta ainda DALLARI⁴⁹⁸, que o legislativo não se utiliza do potencial da Constituição, o que talvez a prática política explique, o que já leva-nos à seara da prática político-institucional, que foge a nosso interesse por ora, havendo de se falar, por ele, em limitações à atividade parlamentar.

A indesejável influência negativa, as bancadas imorais – do ponto de vista moral e constitucional – que apontou DALLARI⁴⁹⁹ no artigo que citamos, é lembrada quando, na entrevista concedida sobre a Constituição cidadã, neste 2009, aponta caso de trabalho escravo, e ligava à alcunha “bancada da escravidão”.

Além da resposta constituinte ao passado ditatorial, há de se atentar que com a Constituição de 88, cria-se novas possibilidades de utilização do poder judiciário como veículo de aproximação entre a igualdade jurídica - estabelecida na Constituição, e a igualdade social - que as normas constitucionais em parte favorecem em parte dificultam,

⁴⁹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Curso de Direito Constitucional*. P. 470: “O princípio da subsidiariedade, tradicionalmente erigido em princípio constitucional, significava que o Estado tinha uma função apenas acessória ou complementar na conformação da vida econômica e social. Era, como retro aludido, a idéia do capitalismo liberal. Porém, o Estado ao converter-se em Estado socialmente vinculado, colocou-se em “oposição à ideia de subsidiariedade”

⁴⁹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Entrevista concedida no programa “Arena livre”, da TV Assembléia, da Assembléia legislativa de São Paulo, intitulado: “*Constituição Cidadã*”, exibido em 25.01.2009

⁴⁹⁸ *Id ibidem*

⁴⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo: “*Opinião: Constituição para a Justiça Social*”. Revista Teoria e Debate. Fundação Perseu Abramo. 31/03/1989; Área: nº5 – jan/fev/mar de 1989

com a lembrança de DALLARI⁵⁰⁰, com James BALDWIN(notável escritor e militante negro norte-americano): “o sistema judiciário tem sido um meio legal de promover injustiças”⁵⁰¹.

No mais, como anota DALLARI⁵⁰² no mesmo artigo, e que corrobora com a presente ilustração da temática da justiça social, as principais inovações em termos de utilização das vias judiciais para assegurar o exercício dos direitos estão no artigo 5º da Constituição, como destaca, uma das mais importantes no que diga sobre a criação de instrumentos para a democratização da sociedade brasileira, seria a valorização das associações de modo em Geral. Tal colocação nos parece de relevância ímpar, seja a fim de constatar, ou demonstrar, a matiz inclusiva enquanto caminho à justiça social, como quando aponta Dallari no artigo citado que: “*a força do grupo compensa a fraqueza do indivíduo*”, sendo as associações meio pelo qual torna-se possível, e pode se valer o cidadão, a fim de que seja ouvida sua reivindicação, bem como possa ser cobrada a aplicação de normas legais que lhe atribui direitos e também poderão reagir contra eventuais ofensas.

Elo que relaciona juridicamente poder e liberdade, Estado e indivíduo - a lei - somente poderá se representar como elemento de conciliação, quando tender à realização da justiça – a qual ascende o direito.⁵⁰³ Com KELSEN, como apresenta GARCIA⁵⁰⁴, só um ordenamento jurídico que logre um compromisso entre interesses opostos, de maneira a reduzir ao mínimo os atritos, pode estar em uma situação que permita assegurar a paz social a seus súditos sobre uma base relativamente permanente; uma ordem que assegure a paz representa, desde todo ponto de vista, um valor social e, neste sentido, é justo.

⁵⁰⁰ *Id ibidem*

⁵⁰¹ *Id ibidem*

⁵⁰² *Id ibidem*

⁵⁰³ GARCIA, Maria. “*Desobediência Civil: direito fundamental*”. 2ª ed. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2004; é intenção nossa que esse parágrafo em muito se assemelhe ao original da Autora (constante da “parte” 2.1. Lei, expressão política do Direito. Lei e Justiça.) , p.73

⁵⁰⁴ *Id ibidem*, p. 74

Deveras subordinando o conceito de justiça à legalidade, KELSEN⁵⁰⁵ distingue “*la justicia por encima del derecho*”, como idéia distinta do direito e “*la justicia bajo el derecho, la justicia idêntica ao derecho*”, “*una directiva del derecho, del derecho positivo, dirigida a los individuos sujetos al derecho*”.

Com HOFFE⁵⁰⁶, mais além, fala-se em uma justiça pessoal – da práxis pessoal, considerações, decisões, princípios, posições e caráter de uma pessoa natural -, e em uma justiça institucional – com vistas às formas de relações, do matrimônio, da família, instituições econômicas e educacionais, ou entidades de direito e de estado. Em ambas, empregam-se os predicados “justo/injusto”, entendendo com isso HOFFE a perspectiva ética, na medida em que os homens podem atribuir-se seu reconhecimento reciprocamente. Assim, ainda no magistério de Maria GARCIA⁵⁰⁷, tem-se um “*redimensionamento do discurso da justiça*”, pela intermediação da ética do Direito e do Estado, “um olhar de caráter moral sobre as instituições sociais, e em particular sobre a instituição abarcadora, a ordem do direito e do Estado”.

Nas palavras de DROMI⁵⁰⁸ - que se alinham à perspectiva tridimensional dos direitos humanos⁵⁰⁹ - a democracia como forma civilizada de vida, aspira a realização plena do homem em liberdade, para isso exige uma “participação integral”, não apenas política, nem simplesmente político-eleitorista, mas também administrativa, econômica e social. O homem deve ser “participe” da gestão pública em seus distintos níveis institucionais.

Quanto à justiça política, na preciosa mesma esteira de GARCIA, seria a denominação de uma crítica ética da dominação – sendo a lei também, neste

⁵⁰⁵ *Id ibidem*

⁵⁰⁶ *Id ibidem*. Nota de rodapé nº5, p. 74 -75

⁵⁰⁷ *Id ibidem* p. 75

⁵⁰⁸ DROMI, José Roberto. La reforma constitucional. El constitucionalismo Del “por venir”. La reforma de la Constitucion. In: El Derecho publico de finales de siglo. Uma perspectiva iberoamericana. Editorial Civitas, S.A. p. 114

⁵⁰⁹ Com raiz no “Direito Humanista” tal a iluminada - e comprometida - proposta manifesta de Ricardo Hasson SAYEG. www.capitalismohumanista.org.br e SAYEG, Ricardo Hasson., “*O Capitalismo Humanista no Brasil*”, p. 21-22, e SAYEG, RICARDO Hasson. e MATSUSHITA, Thiago Lopes., “*O Direito Econômico brasileiro como Direito Humano tridimensional*”, p. 2412

processo, elemento mediador da dominação política – em que as relações do Direito e do Estado são redimensionadas pelo alcance e limites de sua legitimidade. Decisivo é, para HOFFE⁵¹⁰, um contexto sistemático formulado mediante uma hipótese tripartite: a) o Estado está obrigado à justiça; b) a justiça política forma a medida normativo-crítica do Direito; e c) o direito justo é a forma legítima da convivência humana.⁵¹¹

Neste quadro que se configura, necessárias algumas considerações com o intuito de correlacionar, de alguma forma, o ambiente social e constitucional que se nos apresenta “desde 88”, com o que trouxe de paradigmas teóricos da justiça social que, no fim, almejam a conciliação do coletivo e do individual, nas palavras de PROUDHON: “*ela é parte integrante de uma existência coletiva, o homem sente a sua dignidade ao mesmo tempo nele e em outrem, e traz também no seu coração o princípio de uma moralidade superior ao indivíduo*”⁵¹².

A justiça social seria baseada na liberdade (FARIAS⁵¹³), a sociedade seria vista como um meio necessário uma vez que a ação dos indivíduos seria contrabalançada pela ação dos grupos sociais. É no equilíbrio dialético entre o indivíduo e o grupo, e não na oposição entre eles (como pretendia KANT), que se encontraria a condição de exercício da liberdade e da justiça. Para Maurice HAURIOU⁵¹⁴, como não há duas justiças nem duas morais, uma da coletividade outra dos indivíduos, só há uma justiça e uma moral. Aqui, falamos em articulação entre direito e moral, não sendo esta estranha ao direito na medida em que a regra de direito é precisamente o reconhecimento pela massa das consciências individuais da necessidade do “consenso moral-social”, como no raciocínio de FARIAS⁵¹⁵, o aspecto fático do direito, ao lado do axiológico, o valor, torna-

⁵¹⁰ GARCIA, ob. cit., p. 75-77

⁵¹¹ GARCIA, ob. cit., p. 77: Cumprindo-nos conclusivamente de forma pincelar apresentar esta perspectiva, segue que: “somente se a justiça é compreendida como conceito jurídico e não, por exemplo, categoria moral pessoal, e somente se a justiça (política) depende por si da realização num Estado, podem ser preservadas as instituições contidas no positivismo do Direito e do Estado e, ao mesmo tempo, ser impedida a consequência única de entregar Direito e Estado ao arbítrio dos dominadores.”

⁵¹² FARIAS, José Fernando de Castro. “*A Origem do direito de solidariedade*”. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.59

⁵¹³ *Id ibidem*, p. 60

⁵¹⁴ *Id ibidem*, p. 60

⁵¹⁵ *Id ibidem*, p. 60-61

se um elemento constitutivo da realidade histórico social e, também, da experiência jurídica.

Dessa forma, como no discurso de FARIAS⁵¹⁶, “interdependência social” e “sentimento de justiça” caminham juntos, falando-se que a justiça não pode encontrar sua expressão plena, integral, numa igualdade comutativa, nem naquela distributiva, de forma isolada - diga-se, não complementar – mas “unicamente dentro de um equilíbrio movente entre esses dois princípios, que se interpenetram numa única e mesma realidade social”.

A justiça social, adequada, na linha conclusiva de FARIAS, é uma síntese da igualdade de proporção geométrica e de igualdade à base de proporção aritmética, sendo – ou devendo ser - ao mesmo tempo distributiva e comutativa. Nessa toada: o indivíduo deve ter na coletividade um lugar correspondente ao papel que ele preenche, aos serviços que ele presta – o que seria justiça distributiva; *“mas o sentimento de justiça remete também a um critério que, na troca dos valores e dos serviços, supostamente vistos como o laço social da divisão do trabalho por excelência, haveria, tanto quanto possível, igualdade entre os valores e os serviços trocados – justiça comutativa”*⁵¹⁷.

Nessa linha, o paradigma distributivo tem a tendência de definir a justiça social como distribuição moralmente apropriada de benefícios e encargos sociais entre todos os membros da sociedade – bens, rendas, recursos. Trata-se ademais de bens não materiais como direitos, oportunidades e respeito próprio; vê-se assim a justiça social e a redistribuição como co-extensivas⁵¹⁸.

⁵¹⁶ *Id ibidem.*

⁵¹⁷ *Id ibidem.*

⁵¹⁸ SANT'ANA, Sarah Mailleu. “Bolsa família e a tripla perspectiva sobre a justiça social como redistribuição”/Original da dissertação de Mestrado: “Le programme Bourse Famille au Brésil: Étude de cas pour une approche plus substantielle de la pauvreté”, www.unpd-povertycenter.org/publications/mds/26P.pdf. Instituição: Universidade Paris-Diderot.

Como constata YOUNG⁵¹⁹, há de se considerar dois problemas principais nestes dois aspectos: 1-ele ignora o contexto institucional que determina a distribuição material; 2-quando se estende o conceito de distribuição dos bens não materiais, estes se representam de maneira inadequada. Doutra forma: liberdade e direitos não podem ser compreendidos como bens a serem partilhados de modo mais ou menos igualitário. E mais: mesmo existindo uma classe dominante relativamente unificada, a possibilidade de distribuição é mínima por causa das estruturas de proteção desta classe.

Discorrendo sobre “Nação”, dentro do que nos interessa, bem como refletindo acerca desta no contexto do Estado social, Paulo BONAVIDES⁵²⁰ propõe que, entre os povos periféricos, ela representa a luta pelo Estado da cidadania livre, democrática e participativa, garantindo a paz, distribuindo justiça, conciliando classes, bem como protegendo categorias do corpo social.

Ademais, ainda no raciocínio de BONAVIDES ela – Nação – é a tópica nos tribunais solvendo com a hermenêutica da equidade, por via ponderativa, os casos em que o capital, seguindo a esteira da ambição, da cupidez e da injustiça, comprime e esmaga a causa do trabalho e destrói com a guerra criminosa a harmonia, a cooperação e a paz social dos povos. Mais ainda, disserta que, neste caminho, o conceito se vincula, pelos novos métodos e instrumentos interpretativos, com o princípio, a noção e a idéia de Estado Social.

BOLTANSKI e CHIAPELLO⁵²¹ trataram da questão da reestruturação e adaptação do capitalismo contemporâneo que transformou as antigas maneiras de resistência à exploração e, ausente uma noção clara de exploração e de uma mudança de esperança social, a rejeição à injustiça volta-se ao seu estímulo inicial, qual seja, a indignação diante do sofrimento. Nessa esteira, a exclusão se apresenta como um destino(contra o qual é preciso lutar); mesmo a idéia de exclusão ignora a exploração, que

⁵¹⁹ *Id ibidem*, bem como em SELL, K. D. M. , “*Annals of the labouring Poor*”, p. 111

⁵²⁰ BONAVIDES, Paulo. “*Reflexões sobre nação, Estado social e soberania*”. Estudos Avançados, vol. 22, nº62. São Paulo. Jan/Abril de 2008.

⁵²¹ BOLTANSKI, Luc e Eve, CHIAPELLO, “*Le nouvel esprit du capitalisme*”, Paris, Gallimard, 1999, p. 429

como apontam BOLTANSKI e CHIAPELLO, nem sempre se manifesta de forma visível. Assim que, no capitalismo contemporâneo, ela passa por “desvios que a dissimulam”⁵²², ela – exclusão - é juridicamente negada, já que os atores estão numa relação contratual, e é vivenciada numa situação circunstancial face a face, mas possuidora de um caráter sistêmico.

Voltando a YOUNG⁵²³, bem como ao “tipo” Estado de Bem-estar social, no que diz sobre os princípios deste Estado, vem a afirmar que: 1-a atividade econômica deve ser regulamentada socialmente e coletivamente para maximizar a prosperidade coletiva; 2-o princípio pelo qual os cidadãos tem direito de ter certas necessidades contempladas pela sociedade, na medida em que falham os mecanismos privados, caberia ao Estado restabelecer políticas que venham a assegurar estas necessidades; 3- o princípio de igualdade formal e procedimentos impessoais (contra arbitrariedades e coerções).

O paradigma distributivo tende a justificar e legitimar a ação do Estado de Bem-estar social como forma de assegurar os direitos fundamentais, pela regulação da economia para alcançar o “bem coletivo”. E note-se bem: as várias questões, *quaestios*, que ficam de escanteio, como organização social e do trabalho, não são criticadas; agindo assim de forma não politizada, o Estado de Bem-estar social concebe e trata os cidadãos como “clientes consumidores”, com mais ou menos direitos a depender de suas especificidades.⁵²⁴

De acordo com Nancy FRASER⁵²⁵, em perspectiva política sobre as injustiças econômicas, a injustiça sócio-econômica seria resultado da estrutura socioeconômica da sociedade e pode existir sob a forma de *exploração* – na acepção

⁵²² SANT’ANA, Sarah Maillou. “Bolsa família e a tripla perspectiva sobre a justiça social como redistribuição”/Original da dissertação de Mestrado: “Le programme Bourse Famille au Brésil: Étude de cas pour une approche plus substantielle de la pauvreté”, www.unpd-povertycenter.org/publications/mds/26P.pdf. Instituição: Universidade Paris-Diderot.

⁵²³ *Id ibidem*

⁵²⁴ *Id ibidem*

⁵²⁵ *Id ibidem* e, mais precisamente em: FRASER, Nancy. “*Qu’est-ce la justice sociale? Reconnaissance et Redistribution*”. Paris. La découverte

marxista: frutos do trabalho de um são apropriados por outro -; ou da *marginalização econômica* – situações de precarização, de alienação, de falta de emprego.

Ainda nesta linha, de forma pincelar, as soluções para a injustiça social que FRASER⁵²⁶ propõe implicam uma reorganização econômica. Com este fim, o Estado de bem-estar social enquanto “redistribuição corretiva”, ou soluções *corretivas* – historicamente ligadas ao Estado de bem-estar liberal – de acordo com Nancy FRASER⁵²⁷ – viriam a corrigir as conseqüências de uma distribuição única mantendo intacta a “coluna” da estrutura econômica, com resultante acréscimo de potencial do consumo, daqueles – nesta vista - pouco incluídos economicamente. Não querendo aprofundar nesta seara, conclusivamente, aponta-se – com base na obra citada - que políticas com alto teor corretivo serão menos eficazes em longo prazo do que seriam políticas redistributivas estruturais como a reforma agrária, bem como políticas públicas verdadeiramente inclusivas, à nossa vista, que trabalhem sobre as diferentes estratégias de posituação e também sobre o conceito de mínimo vital(NUNES JUNIOR⁵²⁸).

Nesse caminho, tal qual a análise de Modesto CARVALHOSA⁵²⁹: permanecem as conquistas advindas com o estado social, ou seja, o reconhecimento dos direitos subjetivos como garantia suprema dos interesses individuais e as regras de justiça comutativa – expressão necessária da ideologia individualista. Acrescentam-se, no entanto, à conformação do Estado, os princípios da justiça distributiva, representada pelas regras que facultam e determinam a integração do indivíduo no agregado social, em termos de solidariedade e de solidariedade e de direitos e obrigações comunitários. Doutro lado, inexistente no Estado Social a política de abstenção do Poder Público que caracterizava o Estado de Direito, por isso que a realização da justiça distributiva está condicionada a uma

⁵²⁶ Pelo raciocínio de FRASER, doutro lado, das soluções transformadoras, diz-se que viriam historicamente ligadas ao socialismo, remediando assim a distribuição e transformando a estrutura econômica, com a reorganização das relações de produção, da divisão social do trabalho e das condições de existência de cada um.

⁵²⁷ Ob. citada

⁵²⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Posituação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”. São Paulo. Verbatim, 2009

⁵²⁹ *apud*: LOPO, Paulo. *O Constitucionalismo econômico*. In: AGRA, Walber de Moura coordenador. *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009. vários autores. p.181

ação positiva e institucional do Estado, que se traduz pela inserção, no ordenamento, de uma direção política à ordem econômica.

Ademais, as prerrogativas e garantias individuais (prerrogativas fundamentais de igualdade e capacidade política dos indivíduos) continuam indispensáveis requisitos à justiça distributiva, não se concebendo um Estado Social que não as reconheça. Assim, o Estado, ainda que normativamente se proponha a realizar a justiça distributiva, funda-se essencialmente na idéia de sujeição do indivíduo, impedindo o desenvolvimento da personalidade humana. Não há que falar-se, portanto, em justiça distributiva, quando não se outorga ao *zoon politikon* o pleno evoluir-se de sua vocação, que além de ser gregária, distingue-se por ser política, podendo participar do governo da cidade. Na assertiva de Pontes de Miranda: “*O Estado melhor, no momento, do Mundo, com suas adaptações a cada povo, é o Estado: socialista, liberal e democrático.*”⁵³⁰.

Ainda no foco de LOPO⁵³¹, releva-se a abordagem de Agustín GORDILLO. Para ele, o traço diferencial entre o pensamento liberal clássico e o do Estado Social – chamado por ele Estado de Bem-estar – reside no fato de o primeiro apenas criar obstáculos ao Estado – preceitos negativos – enquanto que o outro imprime preceitos positivos, obrigações positivas.

5. Constitucionalismo do século XXI e Justiça social.

Para DROMI⁵³², historicamente, o constitucionalismo se manifesta em duas etapas, a saber: clássico ou liberal – segunda metade do século XVIII, e o constitucionalismo social – começo do XX; aquele apontava à consecução da liberdade, este à justiça social, sem que isso signifique renunciar à liberdade.

⁵³⁰ *Id ibidem*. p. 182

⁵³¹ *Id ibidem*

⁵³² DROMI, José Roberto. *La reforma constitucional. El constitucionalismo Del “por venir”. La reforma de la Constitución*. In: *El Derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*. Editorial Civitas, S.A. p. 108.

O paradigma constitucional social democrático (sem alusão à doutrina política da social democracia) - com a base democrática aliada à constitucionalidade/legalidade/juridicidade do social - de latifúndio improdutivo de boas intenções, dá lugar à potencial concretização do programa constitucional, aparecendo a justiça social como objetivo fundamental e como norma de “calibração social”, ditando – corrigindo - o curso da ordem econômica. Nesta esteira, apontam ARAÚJO e NUNES JÚNIOR⁵³³:

”(...)a constituição identificou como objetivos fundamentais da República, dentre outros, a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. Tais objetivos foram incorporados, ainda uma vez, pelas regras constitucionais da economia(arts. 170), que, por disposição textual, ficou jungida à valorização do trabalho e à realização da justiça social. Além disso, a educação e a saúde deixaram de ser tratadas como programas de caráter indicativo, para integrar o rol de Direitos Fundamentais do cidadão.”

Atualmente, com atenção ao estabelecimento da jurisdição constitucional – sem nos aprofundarmos nesta seara⁵³⁴ - , no que diga sobre o moderno constitucionalismo, que não se pode conceber um sistema constitucional que não dê lugar à justiça constitucional⁵³⁵, onde a Corte constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente destes e dos poderes públicos. Citando HAURIOU, FAVOREAU⁵³⁶ apresenta: *“Percebemos a necessidade de controlar os parlamentos porque a legislação, emudecida pelas paixões eleitorais, tornou-se uma perigosa ameaça*

⁵³³ ARAUJO, Luis Alberto David, e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “Curso de direito constitucional”. 12ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008; p. 99

⁵³⁴ TAVARES, André Ramos. “Teoria da Justiça constitucional”. Sao Paulo: Editora. Saraiva, 2005.

⁵³⁵ FAVOREAU, Louis. “As Cortes constitucionais”. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo. Landy Editora. 2004., introdução

⁵³⁶ FAVOREAU, ob cit, p. 25

para as liberdades.”. Ainda neste caminho, o juiz constitucional deve intervir para “garantir um controle efetivo do governo.”⁵³⁷.

Como nos recorda AYRES BRITTO⁵³⁸, o liberalismo triunfou sobre o absolutismo porque limitar o poder político era(e é) a própria condição de defesa da liberdade e da cidadania. Era preciso fazer avançar o movimento racional e consciencial do constitucionalismo, levando-o também a limitar o poder econômico, sem o que não há como se impedir – numa economia de mercado – os fenômenos correlatos da concentração de renda e da exclusão social. Doutra maneira, ainda com AYRES BRITTO: “(...) *sem a limitação do poder econômico ou a aplicação de medidas saneadoras do mercado, ferido de morte ficaria (como fica) o princípio da igualdade*”.

Há de se falar – ainda de acordo com as palavras do ilustre ministro - que a luta político-jurídica foi sem tréguas e o constitucionalismo social veio a significar: a- por um lado, preservação das conquistas liberais dos indivíduos e dos cidadãos contra o Estado; b- por outro, “desmanietação” desse mesmo Estado frente aos proprietários dos bens de produção, autóctones e alóctones, para que ele, mediante lei, assumisse postura intervencionista e dirigente em favor dos trabalhadores em particular e dos consumidores em geral. Ali, a inação do Estado como condição de império do valor da liberdade e da cidadania. Aqui, ação estatal para a realização do valor igualdade. Valores de cujo indissolúvel casamento nasce a fraternidade, esse terceiro motivo eleito da burguesia ascendente do final do século XVIII.

Depois da Segunda Grande Guerra, principalmente sob o influxo da Declaração dos Direitos do homem(1948), pensa AYRES BRITTO⁵³⁹ ser possível falar-se de Constituições de caráter holístico e função fraternal, porquanto vinculadoras de limites ao corpo social como um todo, já agora no campo do preconceito, do dano ao meio ambiente e à elitização do crescimento urbano, principalmente. Sem um mínimo de igualdade nas relações sociais de base (aquelas que definem o verdadeiro perfil da vida

⁵³⁷ FAVOREU, ob cit, p. 26

⁵³⁸ AYRES BRITTO, Carlos. “*Teoria da Constituição*”. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 81

⁵³⁹ *Id ibidem*, p. 82

coletiva), as liberdades fundamentais não passam de ordenamento gráfico na tessitura dos dispositivos constitucionais. Uma normação apenas retórica (“simbólica”, diria Marcelo NEVES).

Ainda na toada dos princípios da igualdade e da liberdade, suas relações dialéticas, a primazia é pela igualdade (cuja essência está numa aproximativa distribuição de patrimônio e de renda), pois é muito mais plausível – assegura AYRES BRITTO⁵⁴⁰ – um povo igual vir a desembocar numa sociedade igualitária de fato. E mais, o bolo da riqueza nacional tem uma lógica peculiar que o faz crescer, à medida que é mais compassiva ou solidariamente dividido; quanto maior o número de pessoas aproximadamente iguais, numa sociedade, maior a cota de liberdade concreta de cada uma.

Tal como apresenta Flavia PIOVESAN⁵⁴¹: “A idéia de não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.”

Cumpra ademais, com QUEIROZ⁵⁴², apontar que quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais – ou direitos fundamentais sociais –, na medida em que não se diferenciam os tipos de direitos fundamentais, implica em cair por terra a “tese da inexigibilidade intrínseca” dos direitos fundamentais sociais.

Os desafios da atualidade, ante as questões sociais de relevo no Brasil e no mundo, discutem-se a viabilização de políticas públicas sociais que empreendam a inclusão social e o papel estratégico do Estado como agente promotor do

⁵⁴⁰ *Id ibidem*, p. 82-83

⁵⁴¹ PIOVESAN, Flavia, “*Desenvolvimento histórico dos direitos humanos e a constituição brasileira de 1988.*” In: AGRA, Walber de Moura coordenador. *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009. vários autores. p. 25 e 26

⁵⁴² QUEIROZ, Cristina. “*Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.*”. Coimbra Editora. 2006. p. 7

desenvolvimento econômico e social⁵⁴³. Vê-se, no entanto, um desenvolvimento pleno⁵⁴⁴ - além da sinergia entre os direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais sociais, inter-relacionados na medida em que a tutela de uns leva necessariamente à tutela dos outros⁵⁴⁵ -, aquele que abarca dimensões como a social, cultural, educacional, político, com núcleo positivo – na nossa perspectiva - no preâmbulo, bem como no II do art. 3º, constituindo objetivo fundamental da República, além de construir uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, juntamente com a erradicação da pobreza e a promoção do bem de “todos”.

De acordo com SARLET⁵⁴⁶, quanto ao Texto de 88, a aderência a determinadas concepções de Justiça, especialmente no que diz com a noção de justiça social (que foi expressamente inserida como objetivo a ser alcançado no âmbito da ordem econômica da Constituição, artigo 170), e no que diga acerca da ordem de valores, que encontra expressão também e acima de tudo por meios dos direitos fundamentais. Ademais, nos importa que também os direitos sociais – sendo, ou não, tidos como fundamentais – abrangeriam tanto direitos prestacionais (positivos), como defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito.

6. Judicialização da política e politização do judiciário

A materialização da Justiça vê-se umbilicalmente ligada à relação entre política e a atuação do judiciário. O papel dos órgãos jurisdicionais no delineamento da norma constitucional, não mais se duvidando nestes tempos de século XXI, da

⁵⁴³ ANANIAS, Patrus. Artigo – Estado e justiça social. 24/07/2006 – 12:52. fonte: www.fomezero.gov.br/noticias/artigo-estado-e-justica-social. Acessado em janeiro de 2009.

⁵⁴⁴ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Tese de Doutorado em Direito, PUC-SP - Direito das Relações Econômicas Internacionais.: *"O Direito ao Desenvolvimento na doutrina humanista do Direito Econômico"*.

⁵⁴⁵ Este o entender de BOCKENFORDE, E.-W. citado por QUEIROZ, ob.citada, p. 10

⁵⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *"Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição federal de 1988."*. In: AGRA, Walber de Moura coordenador. *"Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal"*. São Paulo: Saraiva, 2009. vários autores. p.254-256

importância do Judiciário na preservação da harmonia do sistema⁵⁴⁷. Os sistemas jurídico e político – ainda que separados ontologicamente -, mantêm um intenso intercâmbio de forma a permitir que os tribunais(de acordo com as balizas estabelecidas pelo sistema político) profiram decisões que assumam uma feição politicamente inovadora, e, ademais, que as instituições representativas(nos limites do direito), criem um direito novo.⁵⁴⁸

Deve a democracia assumir uma perspectiva mais ampla que a simples “vontade da maioria”, estendendo-se à proteção da minoria, o que impede seja ela oprimida pela maioria, ou alijada do processo político.⁵⁴⁹

Nessa linha, a política passa a ser vista com as lentes do Direito, o que se denomina “judicialização da política”, não consistindo em mera intervenção na seara alheia – contaminação-, mas sim, uma paulatina absorção da política pelo direito. Fala-se assim(com GARCIA⁵⁵⁰) na alteração do palco das manifestações dos cidadãos enquanto identificada a ineficiência daqueles que detêm a sua representação política. Têm-se dessa forma a divisão das expectativas entre os distintos atores estatais, cada qual com sua importância na preservação do bem comum.

No Brasil, a constante postulação de direitos prestacionais, em ações individuais e coletivas, é um sinal do desencanto com as instituições políticas e da confiança depositada pela sociedade no judiciário. Nessas demandas, omissões são contestadas com base na discricionariedade político administrativa do Estado, na implementação dos direitos sociais, aqueles que tangenciam o alcunhado “mínimo existencial – como v.g. ocorrido quanto ao “direito a medicamentos”.⁵⁵¹

⁵⁴⁷ GARCIA, Emerson. “*Jurisdição constitucional e legitimidade democrática, tensão dialética no controle de constitucionalidade.*”. in: “*Leituras complementares de Direito Constitucional*”, coord de Marcelo Novelino Camargo., Salvador. Editora JusPodium. 2008., p.193

⁵⁴⁸ GARCIA, Emerson, citando CAMPILONGO, Celso F., em “*Jurisdição constitucional e legitimidade democrática...*”,ob cit, p. 191

⁵⁴⁹ *Id ibidem*, p. 191

⁵⁵⁰ *Id ibidem* p. 192

⁵⁵¹ *Id ibidem*, p. 192, nota de rodapé nº35

Já a alegada “politização da justiça”⁵⁵² importa: 1- na politização dos juízes(não a sua partidarização), não comprometendo sua imparcialidade, mas sim seu comprometimento com questões “políticas”, como o são a aplicação/efetivação dos direitos sociais; 2- a inexistência de univocidade na interpretação da disposição normativa torna inevitável que o juiz, apesar de desenvolver sua atividade no plano normativo-jurídico(“programa da norma”), encontre possibilidades de escolha diretamente proporcionais ao seu grau de politização; e 3-a politização não importa na simples assunção de tarefas estranhas à atividade “magistrada” – tarefas dos políticos -, mas sim, constitui-se como instrumento para a superação da ineficácia das estruturas políticas tradicionais.

7. Desigualdade e Estado de Direito

Como proposta já no início, mais nos ocupamos de um contexto político institucional em que se possa falar de Estado de Direito, num sentido bem próximo da existência de um mínimo de potencial estatutário jurídico-constitucional, enquanto catalisador dos valores “de Direito”, e contenção dos excessos e ambições daqueles próprios do Estado de Exceção.

De um lado a desigualdade constatável – por estatística, simples olhar às ruas, ou observância da realidade humano-social brasileira – do outro o aparato estatal; quando o instrumental de orientação social(o Estado), o direito norma e o direito instituição de poder conjugados, atua hodiernamente de forma extra-ordinária (e o paradigma deveria ser o da ordem constitucional), mais a constatação de uma “legitimação/anuência social-comunitária” (pela “opinião pública”) - em uma apatia tripla (Cidadão, sentido forte, em relação à atuação do Estado, Estado em relação ao mercado, e Estado com relação ao cidadão e à sociedade) – observamos uma sobreposição da exceção sobre o direito, que se lê também por concretização desconstitucionalizante⁵⁵³.

⁵⁵² *Id ibidem*, p. 194

⁵⁵³ Conforme já citado no início deste trabalho, e que nos interessar reiterar, com Marcelo NEVES(*Constitucionalização simbólica, ob. cit., p. 184*): “Quanto à constitucionalidade, as dificuldades não

Não é forçoso, nessa linha, concluir que se a atuação do Estado assim se nos parece, e é possível ser razoavelmente auferível tais elementos conclusivos, tal é a forma de legitimação da exceção, legitimada e ratificada primeiro pela prática político-institucional que se vê, depois pela falta de mecanismos de correção eficiente, na linha do que UNGER⁵⁵⁴ propõe – o que mais bem demonstra essa situação é a utilização das medidas provisórias pelo executivo-legislador, bem como o nosso legislador-investigador. Ou a ordem que se realmente deseja é a não-constitucional (exceção como avesso do direito e de seu valor maior), ou há problema esta na legitimação; explicamos-nos.

Com o ordenamento democrático mínimo de 88, tornou-se possível e factível a discussão acerca dos direitos sociais. O Estado que se apresentou trouxe à democracia um modelo de legitimação quase que monárquica, com vistas a aglutinar restritivamente a expectativa de preenchimento da cidadania, pela possibilidade de ver-se representado, e não ainda considerando-se – o que se lhe é posterior – democracia como uma experiência do século XXI; e.g., no caso brasileiro, a exceção anterior a 88 (ditadura militar), hoje rechaçada, dá lugar à ordenação “de Direito” como pressuposto básico, não mais um fim a atingir (lembramos que o controle de constitucionalidade foi balizado e pensado a fundo em momento de jurisdição constitucional).

Se a exceção é a ordem, quando deveria esta por correta ser constitucional, não mais estamos num Estado de Direito, muito menos num constitucional. E assim, mais uma vez, há de se ligar concretização com legitimação, legitimidade com constitucionalidade, não apenas de processos da seara da democracia participativa ou

se referem apenas à incompatibilidade de certos atos normativos dos órgãos superiores do Estado com dispositivos constitucionais, como, p.ex., no caso do uso abusivo das medidas provisórias pelo Chefe do Executivo; o problema não se restringe à “constitucionalidade do direito”, mas reside na “juridicidade da Constituição”, ou seja, na (escassa) normatividade jurídica do texto constitucional. A insuficiência de legalidade (auto-referência elementar) e constitucionalidade (reflexividade) é condicionada e condiciona, por fim, a reflexão jurídico-conceitual inadequada do sistema constitucional; diante da “realidade constitucional desjuridificante”, não é possível que se desenvolva uma dogmática jurídico-constitucional capaz de definir eficientemente as “condições do juridicamente possível” e, pois, de atuar satisfatoriamente como “controle de consistência” da prática decisória constitucional.” Id ibidem pp. 185-186: “O problema de “desjuridificação da realidade constitucional” implica, no caso brasileiro, a insegurança destrutiva com relação à prática de solução de conflitos e à orientação das expectativas normativas.”

⁵⁵⁴ UNGER, Mangabeira. Palestra proferida no “XI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional”.

representativa, mas sim preencher com constitucionalidade a legitimação da atuação do Estado em sua plenitude, como há de se destacar algumas pontuais considerações, quando oportuno. E aqui se nos coloca a fraqueza do direito dum lado e a força inspiradora e ordenadora do outro.

A desigualdade social de fato é notória, bem como se auffer sem maiores esforços intelectivos, como é amoral e anti-humanista a práxis estatal fática. Porém, a constituição é vista, amiúde reze-se o contrario, não como e enquanto cânone da práxis social, ela é alocada na categoria do ideal, valorativamente não-factível, do discurso simbólico. E assim, o Estado de Direito é ferido, num primeiro momento, e noutro impossibilitado de se valer do seu sistema imunológico, para que possa curar-se das chagas da exceção e da desigualdade.

Neste momento histórico que atravessa o Estado brasileiro no século XXI no que toca a materialização das “promessas sociais” – aglutinadas aqui as três gerações de direitos, redimensionando pela perspectiva humanista a igualdade -, pode-se falar numa disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário⁵⁵⁵.

No Brasil, várias decisões têm sido tomadas em torno da “suposta” colisão entre o mínimo existencial e a reserva do possível já que, apesar de social, não se rompeu com o modelo econômico cujo fundamento não é/era, por óbvio, o da inclusão social.⁵⁵⁶

Ainda na toada de BOLZAN DE MORAIS E SPÍNDOLA⁵⁵⁷, o Estado Democrático de Direito apresenta-se como uma nova fase histórica do Estado de Direito - como Estado Social de Direito. Vive-se sobre a dualidade “política de inclusão”

⁵⁵⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis ., e ESPÍNDOLA, Angela A. da S.. “*O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988*”. In: “AGRA, Walber de Moura coordenador. “*Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*”. São Paulo: Saraiva, 2009. vários autores. p.95

⁵⁵⁶ *Id ibidem*, p. 96

⁵⁵⁷ SAYEG, Ricardo Hasson., “*O Capitalismo Humanista no Brasil*”, p. 21-22, e SAYEG, RICARDO Hasson. e MATSUSHITA, Thiago Lopes., “*O Direito Econômico brasileiro como Direito Humano tridimensional*”, p. 2412

vs. “economia de exclusão(ou semi-inclusão). Portanto: “(...)no encontro entre política de inclusão e economia de exclusão permanece um espectro intransponível de aceitação de segregação – de inacessibilidade às promessas modernas. Esta é uma marca inafastável do modelo econômico capitalista, que contamina o arranjo político do Estado Social.”⁵⁵⁸, a nosso ver, o que se remedia apenas pela mudança ontológico-paradigmática proposta pelo capitalismo humanista, que em perspectiva econômico-constitucional(art. 170), representa uma aproximação à noção de democracia econômica.

⁵⁵⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis ., e ESPÍNDOLA, Angela A. da S.. “O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos....” ., p. 102

IV. DEMOCRACIA ECONÔMICA E SOCIAL, DESENVOLVIMENTO E INCLUSÃO SOCIAIS

1. Democracia Econômica e Social: princípio da igualdade enquanto igualdade de Estado de Direito e igualdade de democracia econômica e social.

Antes de falarmos sobre o desenvolvimento, cabem algumas considerações sobre democracia econômica e social, que corrobora com o quadro temático desenvolvimentista. Apresenta-nos CANOTILHO⁵⁵⁹ - e que se relacionará posteriormente com os olhares constitucionais(desenvolvimentista): social, econômico, do trabalho, e cultural -, que, quanto à idéia de democracia (no sentido da “socialidade”) ser ela histórica e politicamente não inteligível se não relacionada com a “Questão Social” do XIX, que em essência reconduzia a uma “questão do trabalho”. Nesta esteira, cumpre-nos transcrever um trecho:

*“O movimento constitucional liberal orientara a sua luta contra o absolutismo estadual, o arbítrio do poder, as sobrevivências feudais e o proteccionismo mercantilista. Lema fundamental: liberdade e propriedade. Contra a unidimensionalização individualista, egoísta e proprietária do liberalismo, contra a proletarização crescente das classes trabalhadoras, o movimento operário reclama justiça social e igualdade: segurança social, fim da “exploração do homem pelo homem”. Isto é hoje indiscutivelmente considerado como o primeiro e mais importante “background” histórico-social do moderno princípio da democracia econômica e social”*⁵⁶⁰

Como o magistério que vem de Coimbra, sobre o princípio da democracia econômica e social, seria uma autorização constitucional no sentido de orientar o legislador e outros que se encarreguem da concretização político-constitucional:“(…)a adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma “justiça constitucional” nas vestes de uma “justiça social”. O princípio da

⁵⁵⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. "Curso de Direito Constitucional.", p. 468

⁵⁶⁰ *Id ibidem.* p. 408. (referência os arts. 2.º e 9.7c da Constituição da República Portuguesa)

*democracia económica e social impõe tarefas ao Estado e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas económicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre os portugueses*⁵⁶¹.

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social⁵⁶². Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo (também, NUNES JUNIOR⁵⁶³).

Desta forma, e independentemente do problema “fático” da irreversibilidade das conquistas sociais, há de se falar – v.g. em perspectiva a ocorrência de “crises”, e de recessões econômicas, tal qual estamos a passar desde o fim de 2008 -, que o princípio em análise viria a justificar a sanção de inconstitucionalidade de normas que manifestamente aniquilem a justiça social, nas suas palavras⁵⁶⁴: *“(…)O reconhecimento desta protecção de “direitos prestacionais de propriedade”, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e expectativas subjectivamente alicerçadas. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada “justiça social”*

Em perspectiva o princípio da democracia econômica, social e cultural enquanto elemento de interpretação, há de falar-se com CANOTILHO⁵⁶⁵ sobre a “interpretação conforme a constituição”. Nesta toada, o princípio da democracia econômica e social seria um elemento essencial de interpretação na forma de interpretação conforme a constituição, dissertando ainda no sentido de que o legislador, a administração e os

⁵⁶¹ *Id ibidem* p. 468

⁵⁶² “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”, CANOTILHO, ob. cit., p. 468

⁵⁶³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *“A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”*. São Paulo. Verbatim, 2009

⁵⁶⁴ *Id ibidem*. Ob. Cit. P. 469 “a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural

⁵⁶⁵ CANOTILHO, ob. cit., p. 469-471

tribunais teriam, nesta vista, de considerar o princípio da democracia econômica e social como princípio interpretativo obrigatório na avaliação da conformidade constitucional dos atos do poder público. Outrossim, quando em tela o exercício de poder discricionário e de interpretação de conceitos indeterminados, o princípio da democracia econômica e social constituiria: “(...)uma medida vinculativa do exercício da discricionariedade e uma linha de direção obrigatória na concretização do conceito indeterminado. Neste sentido se fala da interpretação dentro do “espírito” do princípio da democracia econômica e social e da presunção do exercício do poder discricionário da administração à luz do princípio da socialidade.”⁵⁶⁶

A problemática da concretização, abarca a intelecção do princípio da democracia econômica e social no sentido de legitimação e justificação da intervenção econômica, que seja constitutiva e concretizadora do Estado nos domínios econômico, cultural e social - "realização e concretização de direitos sociais". O princípio da subsidiariedade, tradicionalmente erigido em princípio constitucional, significava que o Estado tinha uma função apenas acessória ou complementar na conformação da vida econômica e social. Era, como retro aludido, a idéia do capitalismo liberal.

O Estado, convertendo-se em Estado socialmente vinculado, coloca-se em “oposição à ideia de subsidiariedade”.⁵⁶⁷ O livre desenvolvimento cultural, social e econômico dos cidadãos é um processo público aberto às mediações de entidades públicas e privadas (instituições de solidariedade social, associações desportivas, cooperativas de habitação)⁵⁶⁸ - através das estratégias de positivação dos direitos sociais constantes na CF/88(NUNES JUNIOR⁵⁶⁹). O princípio da democracia econômica social e cultural é, porém, uma imposição constitucional conducente à adoção de medidas existenciais para os

⁵⁶⁶ CANOTILHO, “Curso de ...”, p. 470

⁵⁶⁷ CANOTILHO, ob. Cit., p. 479: “Isto não significa que tenha sido eliminado o princípio da auto-responsabilidade ou se negue a bondade de fórmulas dinâmicas da sociedade civil socialmente comprometidos: cada um tem, em princípio, capacidade para obter um grau de existência digno, para si e para a sua família (arquétipo do “Grande-Pai”)(grifos nossos)

⁵⁶⁸ *Id ibidem*; com a lembrança de que: “Não se exclui o princípio da subsidiariedade como princípio constitucional mas este não pode ser invocado para impor a excepcionalidade das intervenções públicas.”

⁵⁶⁹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”. São Paulo. Verbatim, 2009

indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos económicos, sociais e culturais.

De forma conclusiva, ao menos parcialmente, às considerações anteriormente desenvolvidas quanto à concretização do princípio da democracia económica e social, aponta CANOTILHO⁵⁷⁰ uma conexão bastante estreita, entre este, e o princípio da igualdade. A democracia económica e social abrange as duas dimensões da tríade clássica: liberdade e igualdade. Em face da Constituição, não se pode interpretar o princípio da igualdade como um “princípio estático” indiferente à eliminação das desigualdades, e o princípio da democracia económica como um “princípio dinâmico”, impositivo de uma igualdade material. Isto poderia significar, de novo, quer a relativização do princípio da igualdade, quer a relativização do princípio da democracia social. Aquele interpretar-se-ia no sentido de igualdade formal perante a lei, esquecendo a dimensão da “dignidade social” (Canotilho cita o art. 13.º da Carta Portuguesa); este constituiria tão-somente um instrumento de diminuição de desigualdades fácticas.

A igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia económica e social. Nesta perspectiva, o princípio da democracia económica e social não é um simples “instrumento”, não tem uma função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma “função conformadora”, tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade: garantia de igualdade de oportunidades e não apenas de uma certa “justiça de oportunidades”. Isto significa o dever de compensação positiva da “desigualdade de oportunidades”.

O princípio da igualdade e o princípio da democracia económica e social aglutinam-se, reciprocamente, numa “unidade” não redutível a momentos unidimensionais de “estática” ou “dinâmica” da igualdade. Em fórmula sintética, dir-se-ia

⁵⁷⁰ *Id ibidem.*

que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de Direito e um princípio de igualdade de democracia econômica e social.

2. O Desenvolvimento e o Direito ao Desenvolvimento: breves notas sobre o humanismo brasileiro

A preocupação com aspectos não econômicos do desenvolvimento, passa pela consideração de que as grandes questões sociais, e grandes respostas, vêm a ilustrar exemplificadamente a complexidade fática da realidade social brasileira. Esse movimento de realinhamento centrífugo ao núcleo dos direitos humanos, vê-se representado pelo Manifesto do “*Capitalismo Humanista*”,⁵⁷¹ que vê o Direito Econômico brasileiro como Direito Humano tridimensional.

Quando olhamos para a orientação normativo constitucional respeitosa à sua inerente força normativa, construtora da base unitária do texto objeto, bem como à máxima aplicação e concretização dos seus preceitos, ressoa a eficácia plena da Constituição. Quando quer que esta seja inteligida, no que toque o plexo semântico lingüístico⁵⁷² da justiça social, haver-se-á de considerar – o que é óbvio – o direito constitucional ao desenvolvimento (integral/pleno e geral⁵⁷³) – sentido lato e aberto -, bem como a materialização da expectativa constitucional quanto à maximização do processo de

⁵⁷¹ Esse movimento jurídico-cultural tem em Ricardo Hasson SAYEG, da PUC-SP, sua mente humanista matriz, a quem devemos pessoalmente a iluminação “salvadora” e a advertência no sentido de que seria mais fértil semear nosso raciocínio - justiça social (no “Estado brasileiro de 1988”) = inclusão + desenvolvimento plenos e integrais -, no ambiente discursivo “conglobante” dos direitos humanos. Nessa linha humanista - que a nosso ver constituir-se-ia talvez uma evolução teórica e meta-teórica ao constitucionalismo do século XXI - é que baseamos nossa “intuição” em recorrer às esferas auxiliares do desenvolvimento e da inclusão sociais, na busca da normatividade-jurídica da Justiça social. Fontes: Manifesto do “Capitalismo Humanista” www.capitalismohumanista.org.br/filosofia.html. Mais em: SAYEG, Ricardo Hasson, e MATSUSHITA, Thiago Lopes, “*O Direito Econômico Brasileiro como Direito Humano Tridimensional*”: www.capitalismohumanista.org.br/

⁵⁷² Sobre signo e símbolo: NEVES, Marcelo. “*Constitucionalização simbólica..*” Cap.1, p.5-21; e NEVES, Marcelo. “*Justicia y diferencia en una sociedad global compleja.*”. DOXA 24, 2001, p. 349 a 360

⁵⁷³ Integral enquanto abarcando os diversos campos (BOURDIEU) ou vetores do desenvolvimento: social como gênero, e cultural, político, educacional, jurídico etc. Quanto a “geral”, no sentido de São Thomas de AQUINO, a todos.

inclusão social(integral/pleno: direitos fundamentais sociais e geral: eficiência da atividade estatal).

Já quanto ao direito ao desenvolvimento, diz-se ser aquele que fala sobre a potencialidade das atividades dos indivíduos e do Estado, na busca de implementação de um modelo burocrático institucional, à luz da maximização do aproveitamento da atividade nacional. Não se trata de ver o desenvolvimento individual como meio, ou elemento a corroborara à somatória do bem comum, por assim dizer, mas sim de considerar pela dignidade da pessoa humana, o direito constitucional ao mínimo existencial, no sentido forte, lapidado. O cidadão brasileiro, considerando-se o plexo axiológico constitucional em sua plenitude, tem o direito a escolher se e como irá correr – tal como a Nação Brasileira – com fim a desenvolver-se como pessoa humana, num sentido carregado de consciência de sub-inclusão. O desenvolvimento pessoal/individual deixa de ser uma opção quando o Estado peca na garantia e provimento adequados/eficazes dos serviços públicos, e na temática afeita aos direitos sociais, mister lembrar que a Constituição de 88 se utilizou de diferentes formas de positivação destes direitos.

Nesta linha, para RITTICH⁵⁷⁴, a reforma do direito ao serviço da democracia deve encontrar os meios de proteger aos mais vulneráveis.

Assim, não na linha do direito ao desenvolvimento econômico apenas, mas sim de um desenvolvimento plural e inclusivo, resvalando-se ainda na luz mais forte de orientação da ordem social que é a justiça social, falamos que quanto maior a possibilidade de garantia de inclusão do cidadão nos processos das relações sociais como um todo, reflexamente se estará implementando instrumentos de sustentabilidade do desenvolvimento, refletindo em todo o sistema social.

O direito ao desenvolvimento econômico tem base em variáveis próprias da atividade econômica, ao menos imediatamente. O direito ao desenvolvimento

⁵⁷⁴ RITTICH, Kerry. “*Derecho y justicia social.*” Toronto., Canadá, in: www.unesco.org/courier/1999_11/sp/dossier/txt25.htm acessado em agosto e setembro de 2009

social diz acerca da potencialização/otimização do processo de implemento dos direitos sociais(sobre as estratégias de positivação propostas(NUNES JUNIOR⁵⁷⁵)); é paradigma de aferição objetiva de plenitude e integralidade dos valores respectivos aos direitos sociais.

Progressivamente, o internacional “entra”, passa a fazer parte do “nacional”, não mais relega a discussão ao campo das fontes do direito; *exempli gratia*, a tese da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos⁵⁷⁶. O processo de globalização, no lecionar ímpar da Flávia PIOVESAN⁵⁷⁷, “(...)estimula a abertura da Constituição à normação internacional – abertura que resulta na ampliação do “bloco de constitucionalidade”, que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. A partir a Constituição de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito Internacional e do interno(...).Testemunha-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito Internacional”.

Ainda nesta trilha, certo que a realidade pós-moderna⁵⁷⁸ elege e exerce de maneira global sua atuação, bem como se diz ser corolário lógico agora, o global, enquanto caracterizador e catalisador da atuação dos Estados; este, não mais explorador, conquistador ou catequizador cultural, econômico ou político, mas sim, como Pessoa, em sua plenitude mística de representação democrática, “Cooperantes” na ordem internacional dos Estados. Agora, o que nos importa são pontos de destaque que digam sobre denominados direitos de solidariedade e direitos fundamentais sociais⁵⁷⁹, já não mais em foco a aludida 1ª nem a 2ª geração de direitos. Isto porque estes são os direitos que dizem

⁵⁷⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”.São Paulo. Verbatim, 2009

⁵⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. “Direito Internacional dos Direitos Humanos e Igualdade Étnico-Racial”. In “Ordem Jurídica e igualdade étnico-racial”. Coord.Flávia Piovesan e Douglas Martins de Souza. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2008. p 24 e 25.

⁵⁷⁷ *Id ibidem* p. 25

⁵⁷⁸ Neste campo, utilizamo-nos e nos apoiamos em BITTAR, Eduardo C.B. *O Direito na pós-modernidade*. 1ªed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2005.

⁵⁷⁹ Por honestidade intelectual, anotamos que apenas nos servimos das “gerações” de direito, para ilustrar e apontar o objeto que analisamos, bem como nos utilizar da perspectiva histórico-temporal desta categorização; outrossim, estamos mais com Cançado Trindade(SAYEG), mais à restrição quanto à utilização destas “gerações”.

sobre a solidariedade, sobre abertura, sobre inclusão, etc., e é isso que se liga ao nosso objetivo.

Como constante no relacionamento entre Estados, ante a perspectiva das relações econômicas internacionais, neste limiar de início de milênio, vê-se um quadro ilustrado da seguinte forma. Com o desenvolvimento da técnica – sentido lato de maximização de alteração do meio ambiente(em mundo) pelo homem, inclusive o social –, amadurecimento da cultura ocidental na linha da homogeneidade cultural(resultado das campanhas imperialistas do norte), em meio à complexidade expoente da sociedade, bem como o aumento de credibilidade da Justiça Constitucional(a Fé na constituição), constata-se quase que uma constante nos traços de organização estatal dos estados; deveras algumas particulares, estas similitudes nos conduzem, na seara das relações econômicas internacionais, à temática do desenvolvimento e da cooperação. Resta claro o ambiente temático, com base do que se lê na Declaração sobre o direito ao Desenvolvimento⁵⁸⁰.

No caminho presente, o âmbito de atuação humana internacional, ampliado em potencial a toda à extensão do planeta azul, e daqueles que o habitam, trouxe aos Estados do fim do XX, mais os das três últimas décadas, juntamente com os valores sociais – agora que já se é “livre” e “igual”, ou assim se pressupõe – a consciência *de per se* da comunidade não mais só nacional ou internacional, mas nacional e internacionalmente inservível. Assim, ressalte-se que, a diferenciação qualitativa – antes discriminatória em discurso e de fato, e.g., ainda quando da Liga das Nações - dá lugar à igualdade estatal presumida; a desconfiança, da lugar à esperança. Lembremos que se agitou com energia a

⁵⁸⁰ *Artigo 8º* §1. Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento, e devem assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais.

§2. Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

Artigo 9º

§1. Todos os aspectos dos direito ao desenvolvimento estabelecidos na presente Declaração são indivisíveis e interdependentes, e cada um deles deve ser considerado no contexto do todo.

Artigo 10º: “Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e o fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional.”

bandeira da união da Europa, como a “quase” união daqui do Sul. Ademais, esta realocação epistêmica, coloca em primazia valores antes relegados à boa intenção dos textos constitucionais próprios dos Estados Constitucionais. O que se vê, pelos olhos de HABËRLE⁵⁸¹, é : “o Estado constitucional *cooperativo* se coloca no lugar do Estado constitucional *nacional*”.

Nesta trilha, nos apresenta e nos faz pensar o “jurista da abertura”, num novo fenômeno político-jurídico, não mais num Estado fechado, como o outrora constitucional nacional, mas sim num Estado “aberto”, pós-nacional: o Estado constitucional cooperativo. A isso nos ateremos a demonstrar a relação proposta entre Estado, Direito Internacional e Relações Econômicas Internacionais, ainda que de forma pincelar.

Dentro do campo epistemológico que se nos apresenta HABËRLE na esteira cooperativa Estatal, vê-se: o Estado constitucional cooperativo não trabalha mais sobre o dogma da soberania nacional absoluta. Ademais⁵⁸², à luz da própria Constituição, desloca-se a interpretação do texto constitucional, não mais sendo considerado um texto isolado e total, mas sim aberto, cooperante e integrado, em uma teia de textos constitucionais.

Ainda neste caminho, note-se⁵⁸³ a proposta de releitura dos elementos clássicos da obra de G. JELLINEK, a nós de interesse ímpar. Aponta HABËRLE que se deve ter um quarto elemento do Estado, a Cultura, bem como a relativização de soberania, povo e território, nos limites do que se figura e tal qual apresenta circunstâncias desafiadoras e estimulantes à reconfiguração do paradigma clássico, como a “sedimentação” da União Européia, o “Protocolo-Schengen” e o fim do controle de pessoas nas fronteiras, bem como a implementação de uma Jurisdição Constitucional Européia.

⁵⁸¹ HABËRLE, Peter. "*Estado constitucional cooperativo*". Rio de Janeiro. Renovar, 2007.

⁵⁸² Aqui, nos valem das palavras do intróito de referida obra, este, escrito pelo Prof. Marcos Augusto Maliska; o raciocínio deste parágrafo é dele, por nós utilizado.

⁵⁸³ Constante de: HABËRLE, Peter, obra citada, no prefácio à edição brasileira.

Ora, deixa de sê-lo somente uma “instituição” organizada politicamente, social e juridicamente, que ocupa certo território, com uma lei máxima - a Constituição escrita, e vivida pelo povo e pelo governo, com soberania reconhecida interna e externamente. Mais que isso, tudo isso de acordo com a realidade social –interna e internacional – de acordo com o plexo global jurídico-institucional, compreendido na teia que se nos referimos, de textos constitucionais em cambio, em comunicação, como também não mais avesso ou preconceituoso acerca dos direitos fundamentais/naturais. O Estado agora, espera-se isso dele, deve abarcar o antes atacado pluralismo, não só em seu texto base, mas sim de forma a empreender “os” fins do Estado Democrático de Direito “aberto”; e assim o sendo, o será solidário, fraterno, cooperativo no sentido comunitário da palavra.

Assim, em que pese o desenvolvimento⁵⁸⁴ dos Estados, fecha-se um “ciclo”: do interno ao internacional, e deste ao interno, desde a Constituição, nos artigos 1º e 3º, passando-se aos textos internacionais, os mais diversos, emanados de diversas instâncias (v.g. ONU, OEA, OMC, etc.) e retornando aos direitos internos seja pela largueza dos termos – a que alude, por exemplo, a temática dos direitos humanos – seja pela ora anotada “abertura” do Estado, agora, que também deve o ser cooperante, não apenas solidário em intenções, mas responsável.

Na sociedade internacional em cooperação, o Estado coopera; e mais se liga a “*thopos*” outros, que se nos interessam, como o desenvolvimento, a justiça social e os direitos humanos, em tela referido “ciclo”(do interno ao internacional, e deste ao interno, enquanto internacionalmente considerado)⁵⁸⁵:

⁵⁸⁴ Segundo constou da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos(Quênia, 1981); posteriormente, na Declaração de 1986(Resolução 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas) e na Declaração e Programa de Ação de Viena das Nações Unidas de 1993(Declaração de Viena). Sobre Direito do e ao Desenvolvimento: RISTER, Carla A.. “*Direito ao Desenvolvimento. antecedentes, significados e conseqüências*” e, em humanista tese de doutoramento, veja-se SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. “*O Direito ao Desenvolvimento na doutrina humanista do Direito Econômico*”. Tese de Doutorado. PUC-SP. Estamos convencidos de que, para o futuro, é essencial dedicar uma particular atenção ao direito ao desenvolvimento; que os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade, e que a satisfação direitos econômicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos civis e políticos. Assim, desenvolvimento ou é pleno, ou não há(ao menos resta mui comprometido)

⁵⁸⁵ Doutra forma: em análise teleológica, seja a temática do “desenvolvimento”, da “justiça social” ou dos “direitos humanos” , quando consideradas no plano interno/estatal, o devem ser enquanto inseridos num

“(...)o momento participativo da e na cooperação possui um lado processual jurídico-formal: o *Procedere*(disposição para uma ação comum, para ajustes, acordos e até para tratados e Instituições sólidas), e também um lado (jurídico-)material: objetivos solidários realistas(...)como “paz no mundo”, “justiça social”, desenvolvimento de outros países, direitos humanos”⁵⁸⁶.

Portanto, o Estado que nos ocupamos, passados três quartos da década deste novo milênio, dentro do panorama até aqui aludido, vê-se internamente – mas por reflexo também da cooperação, da abertura, que propiciou a popularização e semente dos direitos humanos - frente a dois problemas centrais, quais sejam: a corrupção do Estado e a sub-inclusão social. Aqui, liga-se à singular e complexa teoria da constitucionalização simbólica, do Marcelo NEVES⁵⁸⁷, de acordo com o nosso humilde e aparente entendimento, mais especificamente nesta dupla implicação – corrupção / exclusão/não-inclusão - do que, no nosso entendimento, postula ele tratar-se do resultado de um processo de concretização desconstitucionalizante que se instalou no Brasil. O que nos interessa de perto, aqui é a questão da sub-cidadania e sobre-cidadania, com vistas jus-internacionalísticas; ou seja, arriscamos lançar para posterior reflexão que tal qual no plano interno, fala-se em sub/sobre cidadania em nível internacional; e.g. o tratamento dado a brasileiros em aeroportos na “Europa”, ou a empresas dos “subdesenvolvidos” no comércio internacional.

Diz-se, ainda, sobre direito internacional cooperativo e cooperação enquanto abertura para fora: “*O Estado constitucional cooperativo é a resposta interna do*

contexto mediato que extrapola seu território, isso porque o Direito enquanto “texto”/lei internacional, transposto, lido, à vista normativa(concretização/texto interpretado), vive cooperativamente (internacional), sendo inata a internacionalidade a qualquer Estado. Não é o direito formal onipotente, carece da materialidade própria da realidade social e histórica; a abertura corrobora com isso.

⁵⁸⁶ HABÈRLE, obra citada, p.8 a 12.

⁵⁸⁷ Para mais, ver: NEVES, Marcelo Pinto. '*Constitucionalização simbólica*'. Aqui nos apoiamos no proferido no programa “Aula Magna” da TV Justiça. Infelizmente não iremos nos aprofundar nesse assunto, ainda que seja, a nosso ver, o mais genial da atual teoria filosófico-jurídica mundial, o fazemos em nossa dissertação de mestrado em Direito.

Estado Constitucional ocidental livre e democrático à mudança no direito Internacional e o seu desafio que levou a formas de cooperação(...). E mais conclusivamente:

“(...)consistiria uma mudança constitucional “de fora”, se essa idéia não fosse duvidosa em razão do seu esquema interno/externo. Estados Constitucionais e Direitos Internacional ou relações internacionais influenciam-se hoje, também, mutuamente, em suas mudanças- a doutrina dos “dois mundos” ou dos dois reinos” torna-se questionável - ambos são sujeito e objeto dessa mudança.(...) Abertura para fora se chama cooperação.”⁵⁸⁸

Por todo o dito, o paradigma contemporâneo que se configurou nestes tempos, coloca ao Estado, bem como aos legitimados no processo de vida estatal-constitucional, em situação de total desconfiança quanto à possibilidade de fazer o que se propôs. No Brasil e no mundo subdesenvolvido⁵⁸⁹, o calote constitucional é um temor mais do que constatável nos mais diversos micro ambientes sociais, bem como passível de auferir-se em campo macro(regional, internacional); ademais, o processo de “desconstitucionalização” social empreendido pelos que exercem e respondem pela orientação da máquina estatal, açambarcou - e o faz a passos largos - a legitimação do ciclo de corrupção que se alastra por todo o sistema social – aqui também, “como um vírus”, desde os micro ambientes sócias – como também reflete no processo de exclusão social, reforçando as circunstâncias/qualidades de sub-inclusão, e restringindo/cerceando aquelas que doutra forma empreendem a inclusão social.

Cumprirá o papel de formador social, não mero reformador formal em prol da perpetuação do poder podre no poder, o Estado que observar o plexo que teleologicamente emana da Constituição Federal desde os artigos 1º e 3º, perpassando pelo 170 e o 193, e que sob a égide do desenvolvimento da ordem internacional de estados, atinge status de desafio global, na medida em que não se pode assegurar plenamente justiça social ou o desenvolvimento nacional – que são objetivos nacionais fundamentais e

⁵⁸⁸ Obra citada, p. 10.

⁵⁸⁹ Data vênica, não achamos condizente se falar em países em desenvolvimento, se o que se vê é sub inclusão, sub cidadania, sub desenvolvimento etc. O prefixo “sub” bem releva a situação de déficit.

estruturante da ordem social e econômica constitucionais – sem que externamente não haja interesse e orientação em sentido alternativo aos anteriores – não humanistas, onde a justiça e a sua faceta social são de natureza utópica, ilusória, meramente simbólica, não sendo nesta linha passível de aferir-se a constitucionalidade ou constitucionalização do plexo enunciativo-axiológico que emana desse micro-ambiente normativo constitucional, comprometendo-se assim a tipicidade/juridicidade da justiça social, que vem a refletir em vários micro-ambientes em essa juridicidade se faça constitucionalmente razoável. O sentido forte de desenvolvimento, que pressupõe em sua faceta humanista, não só capitalista e atroz, passa pelo sentido afirmativo e forte da inclusão, e preenche o requisito objetivo da ordenação das ordens econômica e social, a justiça social.

Os planos nacionais e o internacional (o palco das nações) em qualquer perspectiva da justiça social, pressupondo-se um mínimo de relevância do termo, trazem à nossa perspectiva do Direito, um quadro amplamente negativo no que diga sobre a experimentação fático-social do normativo/constitucional-social. A discussão ecoa aí as considerações político-jurídicas, no sentido da necessidade de alternativas ao modelo brasileiro, que se nos interessa.

À frente adentraremos mais nesta questão, adiantamos, outrossim, que o desenvolvimento é topos discursivo constitucional parelho ao da inclusão, ao da justiça social, alicerçado não apenas no humanismo, mas também no se lê e se relaciona com o constante de geniais teorias e perspectivas científicas de hoje – aqui nos referimos a Marcelo NEVES -: constitucionalismo e a perspectiva basilar do aspecto simbólico-jurídico.

Afinal, enquanto o texto constitucional não passar de um latifúndio improdutivo de boas ideias, enquanto diretrizes – como a justiça social, o bem estar, ou até mesmo a eficiência – servirem apenas como signos representativos do processo de concretização desconstitucionalizante e do reformismo vulgar que representa as emendas constitucionais, as súmulas vinculantes (a forma “banal” com que se utilizam delas), as m.p.’s, como ainda a enxundiosa legislação que de forma daninha se prolifera, ter-se-á tão

somente o que se viu e se vê, uma vergonhosa caricatura constitucional. E da caricatura quem deve rir, somos nós. Ou não.

Na perspectiva do desenvolvimento social nacionalmente considerado, diz-se que “(...)os direitos humanos econômicos são um feixe de direitos da pessoa humana, dirigindo-se à harmonização dos conflitos oriundos da economia de mercado.”⁵⁹⁰. Assim, os direitos econômicos devem ser compreendidos como direitos humanos, uma vez que têm como objeto a tutela do ser humano em face dos abusos, omissões, exclusões e opressões, de forma que: “visam assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade econômica para todos quanto ao acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, de alimentação, de habitação, emprego e distribuição de renda”⁵⁹¹.

De acordo com a teoria do capitalismo humanista retro aludida, defende-se por parte do Estado a intervenção não apenas à manutenção do sistema capitalista, mas “principalmente para observar e sustentar os princípios constitucionais, visando acima de tudo, a dignidade da pessoa humana. O ser humano como centro do ordenamento jurídico-econômico, devendo este ordenamento buscar promover o pleno emprego e a justiça social, consoante o artigo 170 da nossa Constituição Federal de 1988.” Considerando-se o ambiente normativo da justiça social, tal proposta é fértil à reverberação sistemática, à ontologia dos direitos sociais, da esfera constitucional econômica, àqueloutra social - o arts. 170 e 193.

3. Bourdieu e o direito: um marco teórico à análise sociológico-jurídica da Justiça Social

Pierre Félix BOURDIEU nasceu em Denguin, em 1 de agosto de 1930, falecendo em Paris, em 23 de janeiro de 2002. Exerceu a docência na “*École de Sociologie du Collège de France*”. Abordou em suas obras e ensaios, temas como educação, cultura, literatura, arte, e política.

⁵⁹⁰ SAYEG, Ricardo Hasson. “*Capitalismo Humanista*” : www.capitalismohumanista.org.br/filosofia.html, acessado em setembro de 2009

⁵⁹¹ *Id ibidem*

Há de se falar sobre sua discussão sociológica estar focada na tarefa de desvendar os mecanismos da reprodução social que legitimam as diversas formas de dominação. Para isso, BOURDIEU desenvolve conceitos específicos, retirando os fatores econômicos do epicentro das análises da sociedade, a partir de um conceito concebido por ele como “violência simbólica”. Sobre este, Bourdieu admoesta sobre a não arbitrariedade da produção simbólica na sociedade, advertindo para o papel legitimador das forças dominantes, que se expressariam - por meio dela - seus interesses e padrões de viver, padronizando a forma de vida, controlando o viver social.⁵⁹²

A obra de Pierre BOURDIEU está calcada no método que ele próprio chamou de “construtivismo estruturalista”:

*Por estruturalismo ou estruturalista, eu quero dizer que existem, no próprio mundo social [...], estruturas objetivas independentes da consciência e da vontade dos agentes, que são capazes de orientar ou de limitar suas práticas ou suas representações. Por construtivismo, quero dizer que há uma gênese social dos esquemas de percepção, de pensamento e de ação constitutivos do que chamo de habitus, por um lado, e, por outro, das estruturas sociais e, em particular do que chamo de campo.*⁵⁹³

Como elementos epistêmico-teóricos, na visão do construtivismo estruturalista, a teoria bourdiana vale-se de um trinômio conceitual: capital, campo e habitus, que formam o seu referencial de análise da realidade social.

Acerca da noção de capital, há de relevar-se a herança da teoria marxista, embasada na determinância das estruturas econômicas como forma de estabelecer a conduta individual. BOURDIEU, emprestando a idéia de MARX de capital - como

⁵⁹² MADEIRA, Lúcia Mori. “O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhman.”. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, junho 2007, p. 19 a 21

⁵⁹³ BOURDIEU, apud CORCUFF, Philippe. “As novas sociologias: construções da realidade social”. Bauru: Edusc, 2001, p. 48. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, 2007

relação social que dá poder aos possuidores frente aos despossuídos -, estende a noção a outras formas de riqueza, criando três outros tipos de capitais: **cultural**, **social** e **simbólico**. Já o capital econômico continua sendo utilizado em suas intelecções, porém, sem a mesma preponderância dada pela teoria marxista.

O capital **cultural** designa uma relação privilegiada com a cultura erudita e a cultura escolar; o capital **social**, uma rede de relações sociais que acaba estabelecendo relações de pertencimento; já o capital **simbólico** seria formado pelo conjunto de signos e símbolos que permitem ao agente se situar no espaço social.

Esta última forma de capital – o simbólico - permite aos dominantes imporem seus interesses ou padrões culturais aos dominados, de forma a legitimá-los através das diferentes estruturas/vias próprias; aqui, faz-se um liame teórico com o conceito de violência simbólica: capacidade de imposição consentida de um arbitrário cultural aos dominados.

Mais diretamente relacionado ao nosso objetivo de discussão – o direito -, sobre o conceito de **campo**⁵⁹⁴ diz-se ser a forma de compreensão das estruturas sociais que formam a sociedade. Nessa linha, uma sociedade diferenciada consiste em um conjunto de espaços de jogos relativamente autônomos que não podem ser remetidos a uma lógica social única.

Dessa maneira, o campo seria um espaço de conflitos e de concorrência no qual há a luta pelo monopólio do capital pertinente ao campo.

Por fim, o último conceito da tríade bourdiana chama-se **habitus**, sobre o qual se estabelece enquanto uma matriz geradora, com historicidade, que influencia

⁵⁹⁴ “*um sistema estruturado de forças objetivas, uma configuração relacional capaz de impor sua lógica a todos os agentes que nela penetram. Nenhuma ação pode ser diretamente relacionada à posição social dos atores, pois esta é sempre retraduzida em função das regras específicas do campo no interior do qual foi construída. Como um prisma, todo campo refrata as forças externas, em função de sua estrutura interna.*”
In: MADEIRA, Lígia Mori. Ob. cit. P. 22-23

de forma operacional a racionalidade prática, inerente a um sistema histórico de relações sociais. É uma espécie de criador inventivo, contudo sempre limitado pelas estruturas objetivas da sociedade.⁵⁹⁵

Nessa esteira, a posição e a evolução do indivíduo no espaço social relacionam-se ao total de capital que ele detém - bem como à repartição desse capital em econômico, social e cultural. Em paralelo à nossa visão inclusiva, não nos parece forçado ligar à noção de inclusão social – esta sim tida enquanto gênero das diversas espécies inclusivas com parâmetro os direitos fundamentais sociais (como econômica, cultural, educacional etc).⁵⁹⁶

Ainda sobre o conceito estrutural do campo, para BOURDIEU este teria propriedades universais, isto é, presentes em todos os campos, bem como características próprias, específicas a cada campo. As propriedades de um campo, além do *habitus* específico, são a estrutura, a *doxa* (a opinião consensual), bem como as leis que o regem, e que regulam a luta pela dominação do referido campo. Aos interesses postos em jogo BOURDIEU denomina "capital" — no sentido dos bens econômicos, mas também do conjunto de bens culturais, sociais, simbólicos etc. Como nos confrontos político ou econômico, os agentes necessitam de um montante de capital para ingressarem no campo e, inconscientemente, fazem uso de estratégias que lhes permitem conservar ou conquistar posições, em uma luta que é tanto explícita, material e política, como travada no plano simbólico e que coloca em jogo os interesses de conservação (a reprodução) contra os interesses de subversão da ordem dominante no campo.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ "Um sistema de esquemas de percepção, de apreciação e de ação. Um conjunto de conhecimentos práticos adquiridos ao longo do tempo que nos permite perceber, agir e evoluir com naturalidade num universo social dado." In: MADEIRA, Lígia Mori. "O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhman." Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, junho 2007, 22-24

⁵⁹⁶ *Id ibidem*

⁵⁹⁷ MADEIRA, Lígia Mori. "O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhman." Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, junho 2007, p. 24-27

3.1. O direito como campo jurídico

BOURDIEU incluiu a análise sobre o direito dentro de sua teoria dos campos e capitais, bem como se utiliza da teoria do *habitus* para explicar a ocupação dos cargos jurídicos, as características e aspirações dos operadores do direito.⁵⁹⁸

Especificamente sobre esta seara discursiva, em “*Para uma sociologia do campo jurídico*”⁵⁹⁹ aborda BOURDIEU os diversos campos constituidores da sociedade: o **político**, o **econômico**, o **artístico**, e o **escolar**. Notadamente, entretanto, mister ser relevado que a preocupação com o direito na obra de Pierre BOURDIEU tem uma posição marginal, ou mesmo tributária, já que poucas são as referências específicas que o faz a esse campo.

Nessa toada, o exame feito se dá internamente, preocupando-se com a conexão entre a organização das profissões jurídicas e a estrutura da racionalidade formal do campo que, segundo ele, explicaria a constatável resistência às mudanças dos parâmetros e paradigmas jurídicos, por vezes observável no seio da comunidade jurídica.

BOURDIEU deixa claro que sua investigação não pretende frisar as insuficiências do campo jurídico num sentido externo, não abrangendo a função social do direito como instrumento de análise, nesse sentido, sua visão será uma visão interna, a partir das pressões de mudança e das insuficiências internas do campo jurídico.⁶⁰⁰

Dessa maneira, a questão é alocada na criação e acumulação de capital jurídico, e no campo jurídico há de falar-se sobre “agentes em luta”, constituindo um “espaço de jogo”, com o estabelecimento de competidores da *doxa* e da heterodoxia (divisão esta que remete à luta entre sábios e profanos) entre aqueles que detêm conhecimento jurídico e capacidade postulatória e dos que não detêm, mas necessitam de tal saber. A luta também se dá entre as várias concepções de interpretação do direito, por

⁵⁹⁸ *Id ibidem*

⁵⁹⁹ In: MADEIRA, ob. cit.

⁶⁰⁰ *Id ibidem*

exemplo, entre *práxis* e teoria, entre direito público e privado. A luta no direito - por assim dizer - é figurada entre juízes, advogados, promotores de justiça e os chamados doutrinadores.

Na nossa perspectiva de trabalho, a Justiça Social, abrimos um pequeno parênteses para singelas colocações. Primeiro, há de se falar - na esteira dos parágrafos retro - sobre a luta sobre a questão distributiva, cujo papel central de atuação é constitucionalmente outorgado ao “campo jurídico”, sendo deveras relevante anotar que tida a Justiça Social fora de destaque, seja por desconhecimento real do termo, seja por interesses diversos na manutenção do *status quo*, pode haver a implicação negativa ou comprometimento da efetivação e exigibilidade social dos Direitos Sociais⁶⁰¹.

Ainda nessa linha crítica, há de falar-se com BOURDIEU sobre o direito, que o interesse do campo jurídico não estaria na eficiência jurídica ou na justiça social, mas sim na crença no formalismo do direito⁶⁰². A “*illusio*”, ilusão do campo jurídico vem juntamente com o reconhecimento tácito dos valores que se encontram em disputa no jogo e o domínio de suas regras pelos detentores do poder, de forma a se prostrar como obstáculo à justiça social.⁶⁰³

Ademais, sobre o conceito de *habitus* dizemos estar diretamente envolvido com o de campo jurídico, pois os operadores do direito tendem a reproduzi-lo em suas ações, pensamentos, percepções. Como os operadores jurídicos vêm de classe dominante, tenderiam a reproduzir sua visão de mundo em suas ações jurídicas, seja em

⁶⁰¹ Na via “positiva”, de concretização dos direitos fundamentais sociais, temos por base a obra: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “*A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*”. São Paulo. Verbatim, 2009

⁶⁰² Conforme trecho seguinte, que preferimos manter no original em língua espanhola, para não alterar o sentido semântico do texto: “*Al interior del propio campo jurídico existe una división del trabajo que se determina mediante la rivalidad estructuralmente reglada entre los agentes y las instituciones comprometidos en ese campo, fuera de toda concertación consciente, que constituye paradójicamente la verdadera base de un sistema de normas y de practicas que parecen fundadas a priori en la equidad de sus principios, la coherencia de sus formulaciones y el rigor de su aplicación y que, al aparecer así como participante a la vez de la lógica positiva de la ciencia y de la lógica normativa de la moral*”. In: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunter. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Ed. Uniandes, 2000, p. 162.

⁶⁰³ MADEIRA, Lígia Mori. “*O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhman*”. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, junho 2007, p. 26-30

sentenças, em recursos, em petições etc, mantendo a estrutura fundante do poder, condicionada então pela à legitimação “jurídica”, esta, própria dos advogados, promotores, juízes, quiçá, forçosamente, de associações e dos partidos políticos.

Nesta trilha, o formalismo jurídico seria a base pela qual os agentes e as instituições jurídicas construiriam o monopólio do uso do direito, e assim, de aplicação do mesmo, sendo acertada a afirmação de que a legitimação das decisões dar-se-ia na crença(estruturalmente suposta) em sua neutralidade, universalidade e justiça. Assim, todo o formalismo jurídico implica na acumulação de capital simbólico jurídico, elemento conformador e imprescindível para a manutenção do poder pela *doxa* – opinião comum - dentro do campo jurídico.⁶⁰⁴

A codificação do direito serviria como mecanismo de estabilidade do sistema, e como forma de evitar situações potencialmente perigosas para o campo jurídico, permitindo a estabilidade no interior do campo e sua apresentação como autônomo e necessário à sociedade. Ademais, segundo BOURDIEU⁶⁰⁵, as regras que aparecem como neutras, necessárias à administração da justiça contribuem para que o campo permaneça estável quanto às distribuições de poder em seu interior.

Dessa forma, fala-se que a divisão de trabalho mediante uma espécie de rivalidade entre os agentes e as instituições estatais figurantes no campo – ministério público, advocacia, magistratura, defensorias etc -, constituiria a real base de um sistema que, *a priori*, parece fundado – quase que “camuflado” - numa equidade de princípios, na lógica positiva da ciência e na lógica normativa da moral. Nesse campo, diz-se acerca de agentes em luta por/para dizer o direito⁶⁰⁶:

⁶⁰⁴ “Na realidade, o conteúdo prático da lei que se revela na sentença é a culminação da uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais; por isso, são desigualmente capazes de pôr em uso os recursos jurídicos disponíveis mediante a exploração de regras possíveis e igualmente desiguais, ao invés de utilizar esses recursos de forma eficaz, é dizer, como armas simbólicas, para fazer triunfar sua causa.” Tradução livre nossa de trecho contido em: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunter. “*La fuerza del derecho*”. Bogotá: Ed. Uniandes, 2000, p. 161-163

⁶⁰⁵ MADEIRA, Lígia Mori. “*O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhman*.”. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, junho 2007, p. 26-30

⁶⁰⁶ *Id ibidem*

*“É este antagonismo em que se encontra também nas origens de uma luta simbólica permanente na qual se enfrentam definições diferentes do trabalho jurídico como interpretações autorizadas dos textos canônicos. As diferentes categorias de intérpretes autorizados tendem sempre a se distribuir em dois ólos extremos. De um lado, a interpretação que visa a elaboração puramente teórica da doutrina, monopólio dos professores que têm a seu cargo o ensino, sob uma forma normalizada e formalizada, das regras em vigor. Por outro, a interpretação que visa a valorização prática dos casos particulares, privilégio dos juízes que levam a cabo os atos de jurisprudência e que podem assim, ao menos em alguns casos, contribuir também à construção jurídica.”*⁶⁰⁷

Há de se falar na existência de uma interpenetração entre os diversos campos, de forma que o campo jurídico estaria “contaminado” por conteúdos políticos, éticos, mas que, apesar disso, apareceria - para o senso comum-, como uma forma neutra e universalizante, resultante da própria construção da racionalidade. Segundo essa mesma idéia, haveria uma correspondência de poder no interior do campo jurídico e entre a posição dos agentes e das instituições no espaço social, resultando assim numa univocidade, por assim dizer, da origem do poder, inter-manifestada “intra-campos”.

Portanto, nota-se uma relação entre o campo jurídico com os demais campos, havendo proximidade de interesses e afinidades dos “habitus”, podendo ser aludida a similitude acerca das formações familiares e escolares, que favoreceria a semelhança das visões de mundo, refletindo o comprometimento do campo jurídico com os valores e interesses dos dominantes.

Ainda nessa toada, o “sistema de decisão judicial” repeliria as posições extremas que não se encontram na finalidade da manutenção do *status quo*, que,

⁶⁰⁷ Tradução livre nossa de trecho constante de: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunter. “*La fuerza del derecho*”. Bogotá: Ed. Uniandes, 2000, p. 180

na visão bourdiana, buscaria o direito legalista liberal. Nessa ótica crítica, BOURDIEU afirma que as categorias de pensamento dos juristas seriam os instrumentos perfeitos para manter a distribuição de poder do campo e, mais, dele para com a própria sociedade.

*"O direito consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão de Estado, garantida pelo Estado."*⁶⁰⁸

Assim, seria o direito, para BOURDIEU⁶⁰⁹, uma forma de violência simbólica, campo onde práticas de violência e dominação podem ser legitimadas, enquanto convenientes e necessárias à ideologia dominante.

Acerca do capital jurídico, ter-se-ia uma mescla de capital econômico e social, que pode tomar a forma de capital simbólico em algumas ocasiões. Nesse sentido, a utilização do formalismo e da codificação serviriam para defender a utilização de um método próprio – postuladamente neutro-, capaz de dar uma solução justa ao caso concreto, utilizando-se de princípios universais e universalizáveis, idôneos.⁶¹⁰

Ao que nos serve de base teórica às considerações posteriores, notadamente acerca da inclusão social, note-se que a proposta de BOURDIEU pode servir – ao menos não o é de todo estranha – à análise da inclusão social, de forma que, arriscamos, ter-se-á a Justiça Social, ou doutra maneira, observar-se-á o objetivo distributivista quando incluído o cidadão, p.ex. no campo educacional - ante um paradigma de mínimo vital constitucional -, e proporcionando “(...)o dever de respeito à incolumidade física, psíquica e social (entendida aqui como a liberdade para se autodeterminar e para, junto com os demais, participar da autodeterminação da comunidade na qual integra).”⁶¹¹, bem como respeitando “(...)a exigência de prestações do Estado que afiancem os pressupostos

⁶⁰⁸ Tradução livre nossa de trecho constante de: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunter. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Ed. Uniandes, 2000, p. 197.

⁶⁰⁹ MADEIRA, Lígia Mori. “O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhman.”. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, junho 2007, p. 31-33

⁶¹⁰ *Id ibidem*

⁶¹¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”. São Paulo. Verbatim, 2009, p.219

*materiais mínimos para a preservação da vida e a inclusão na sociedade(...)*⁶¹², corroborando assim à finalística constitucional de positivação dos direitos sociais, alicerçada na exigibilidade judicial dos Direitos Sociais.

4. Inclusão social: da integração à inclusão constitucional

Vemos em FOUCAULT⁶¹³ o tratamento dos processos de inclusão e exclusão a partir das medidas tomadas no medievo, em vista a situação dos leprosos e “pestilentos, estes incluídos, aqueles excluídos”. Com este modelo, FOUCAULT analisa as operações do poder que vão desde uma prática de rejeição, à exclusão e ao exílio.

Nesta linha, em vista o controle dos indivíduos, estes modelos servem a fim de representar e analisar (LUNARDI⁶¹⁴) os processos de inclusão e exclusão a que se submetem os indivíduos portadores de necessidades especiais na comunidade, e que se nos importa, seja por se tratar de um direito social, seja por corroborar com a análise de BOURDIEU sobre a importância da educação a refletir no habitus social – num sentido geral, seja para agregar ao raciocínio de NEVES sobre este enfoque da inclusão.

Na definição de SASSAKI⁶¹⁵ a inclusão social conceitua-se como o “(...) processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão social constitui, então, um processo bilateral no qual as pessoas, ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos.”

⁶¹² *Id ibidem*

⁶¹³ Constante de: LUNARDI, Márcia Lise. “Inclusão/exclusão: mecanismos para gerenciar a anormalidade surda”. In.: “Temas em educação especial: deficiências sensoriais e deficiência mental.” Org. ALMEIDA, MENDES e HAYASHI. – Araraquara, SP. Ed. Junqueira&Marin; Brasília, DF: CAPES – PROESP, 2008, p. 36 a 43

⁶¹⁴ *Id ibidem*, p. 37

⁶¹⁵ SASSAKI, Romeu. Palestra proferida no “I Encontro para a Inclusão de Sorocaba”, realizado em novembro de 2009

A ilustrar nossa perspectiva, agora, procuraremos tratar da inclusão de pessoas portadoras de necessidades especiais, pressupondo se tratar disso, de alguma forma, da normatividade da justiça social, entendendo que tal norte axiológico da Ordem Social, ao postular pelo bem-estar⁶¹⁶ e Justiça sociais, alude também mais especificadamente, àqueles que além do direito constitucional à educação que se lhes é garantido, necessitam – e a necessidade a nosso ver aqui bem elucida nosso ponto de vista – para que se incluam educacionalmente, profissionalmente e socialmente, de uma atenção e prestação estatais. Nessa toada que recorremos à consideração segundo a qual se deve pensar a inclusão e a exclusão, hoje, numa problemática em que todos podem ao mesmo tempo ser incluídos em alguma situação e excluídos em outra. Assim, o que se vê é o enquadramento de uns e doutros nos “jogos de poder”(PINTO⁶¹⁷).

Nesta trilha, dentro do ambiente discursivo da inclusão, pode-se dizer que quanto mais “discursivamente” se define os excluídos, maior a possibilidade de incluí-los(LUNARDI⁶¹⁸). Tal postula no âmbito dos portadores de necessidades especiais; na nossa vista, temos que quanto mais se conhece a necessidade, maior a chance de se incluir efetivamente cada um de acordo com a sua necessidade, corroborando com a concretização da justiça social, no sentido não de repartição de riquezas, mas sim de distribuições de prestações estatais(mas não somente pelo Estado) que obedeçam à égide normativa da justiça social, num ambiente discursivo que relaciona a justiça com a necessidade, e aproveita a auferição de exclusão e o discurso respectivo das “exclusões”.

Dessa forma, num primeiro momento as práticas inclusivas constituem uma “operação de ordenamento”(VEIGA-NETO⁶¹⁹), no micro-ambiente dos portadores de necessidades especiais, no campo educacional, tem-se em mente a “convivência positiva” entre os indivíduos não carentes de necessidades especiais. Este mesmo movimento de aproximação, pode servir – a nosso ver – para a perspectiva da

⁶¹⁶ RISTER, Carla A..”*Direito ao Desenvolvimento...*”, ob. cit., p 80

⁶¹⁷ PINTO, C.R.J. *Foucault e as constituições brasileiras: quando a lepra e a peste encontram os nossos excluídos. Educação e Realidade.*, Porto Alegre, v.24, n.2, jul/dez 1999, p.33 a 55.

⁶¹⁸ Ob. Cit. p.37

⁶¹⁹ in QUEIROZ, obra citada

normatividade da justiça social já que, dentro da Ordem Social e dentre seus direitos(QUEIROZ⁶²⁰) há de se falar além da normatividade, de sua judiciabilidade; assim, da judiciabilidade do direito do portador de necessidades especiais. Esta judiciabilidade resta reflexamente comprometida na medida em que prepondere a perspectiva político-ideológica sobre a normativo-jurídica constitucionais, podendo isso se falar – neste momento no ambiente discursivo da inclusão educacional - seja com olhos à inclusão do “normal” seja do “anormal”, certo que se compromete assim a possibilidade de judicialização destes direitos, impossibilitando a resposta jurídica adequada à situação fática “de exclusão”.

Para QUEIROZ⁶²¹, sobre o que postula como “*controle imperfeito da constitucionalidade*” dos direitos fundamentais perspectiva os direitos fundamentais sociais enquanto “questão de justiça”, em matéria de interpretação e aplicação desses direitos assim entendidos, pode argumentar-se que a indeterminação, ou “complexa polivalência semântica”, das prestações jurídico-constitucionais garantidas no caso dos direitos fundamentais sociais – e a prestação a que o Estado se encontra obrigado constitui núcleo indisponível do direito -, a relativa resistência dos tribunais e do poder judicial em resolver questões na aparência da competência dos órgãos politicamente conformadores, a ausência de mecanismos jurisdicionais adequados à emergência de “novos” direitos de natureza coletiva, a que poderíamos acrescentar a falta de uma prática institucional e cultural de interpretação e conseqüente justiciabilidade e garantia efetiva deste tipo específico de direitos, estão na origem de um controle “imperfeito” da sua constitucionalidade.⁶²²

⁶²⁰ “(...) a ordenação de uma tutela “estrita” e “rigorosa” dos direitos fundamentais estende-se não apenas ao direito subjectivo “qua tale”, mas ainda ao “círculo de situações juridicamente protegidas”. Traduz não apenas uma forte limitação da liberdade política do legislador como ostenta ainda uma outra dimensão: a de que os direitos fundamentais se concebem hoje muito mais como uma “questão de justiça” do que como uma “questão política”. QUEIROZ, Cristina. “*Direitos fundamentais sociais...*”. p. 202

⁶²¹ *Id ibidem*

⁶²² NEVES, ob. Cit., p. 184: “Quanto à constitucionalidade, as dificuldades não se referem apenas à incompatibilidade de certos atos normativos dos órgãos superiores do Estado com dispositivos constitucionais, como, p.ex., no caso do uso abusivo das medidas provisórias pelo Chefe do Executivo; o problema não se restringe à “constitucionalidade do direito”, mas reside na “juridicidade da Constituição”, ou seja, na (escassa) normatividade jurídica do texto constitucional. A insuficiência de legalidade(auto-referência elementar) e constitucionalidade (reflexividade) é condicionada e condiciona, por fim, a reflexão jurídico-conceitualmente inadequada do sistema constitucional; diante da “realidade constitucional desjuridificante”, não é possível que se desenvolva uma dogmática jurídico-constitucional capaz de definir eficientemente as “condições do juridicamente possível” e , pois, de atuar satisfatoriamente como “controle de consistência” da

Tal qual o raciocínio de NEVES⁶²³, o problema da “desjuridificação da realidade constitucional” implica, no caso brasileiro, a insegurança destrutiva com relação à prática de solução de conflitos e à orientação das expectativas normativas. Ademais, fala-se que a falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica.

A isso, liga-se que em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi – nas palavras de NEVES⁶²⁴ - : *“(...)transfere-se a “culpa” para a sociedade “desorganizada” e “atrasada”, descarregando-se” de “responsabilidade” o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto.”*. Como no magistério dele, ainda, fala-se na confusão entre a categoria dogmática das normas programáticas, realizáveis dentro do respectivo contexto jurídico-social, com o conceito de constitucionalização simbólica, que é indissociável da insuficiente concretização normativa do texto constitucional.

Nesse caminho, segue-se que as propostas permanentes e repetidas de reformas constitucionais abrangentes desempenham antes uma função simbólica (NEVES⁶²⁵), sendo que a responsabilidade pelos graves problemas sociais e políticos é, então, atribuída à Constituição, como se eles pudessem ser solucionados mediante respectivas emendas ou revisões constitucionais. Ademais, há de falar-se ainda que se desconhece que as leis constitucionais não vem a resolver de imediato os problemas sociais, bem como se oculta o fato de que o que se coloca como relevante na agenda política e jurídica de discussões hodiernas, se associam à deficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional, que ocorre mais pela falta de condições sociais para realização do constitucional.

prática decisória constitucional. P. 185-186: “O problema de “desjuridificação da realidade constitucional” implica, no caso brasileiro, a insegurança destrutiva com relação à prática de solução de conflitos e à orientação das expectativas normativas.

⁶²³ Ob.cit., p. 185

⁶²⁴ Ob.cit.p.186

⁶²⁵ Ob.cit. p.187

A concepção corrente de Estado de bem-estar diz respeito à sua função compensatória, distributiva, para acentuar que um mínimo de realidade dos direitos fundamentais clássicos(liberal-democráticos) depende da institucionalização dos “direitos fundamentais sociais”(NEVES⁶²⁶).

Tendo em vista nossa perspectiva da normatividade-jurídica da justiça social, pela conceituação de LUHMANN⁶²⁷, o Estado do bem-estar social vê-se interpretado com base no princípio sociológico da inclusão. Esse conceito refere-se à inserção de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade. Há de se falar, assim, em acesso e em dependência da conduta individual a tais prestações. Como cita NEVES: “À medida que a inclusão é realizada, desaparecem os grupos que não participam da vida social, ou participam apenas marginalmente”.

Na configuração nossa perspectiva da inclusão social, pode-se ligar à teoria de BOURDIEU, as palavras de LUHMAN E SCHORR, citadas por NEVES⁶²⁸, a quem a inclusão se referiria apenas aos aspectos tidos como complementares:

“Nem todos podem tornar-se médico, mas qualquer um, paciente; nem todos podem tornar-se professor, mas qualquer um, aluno”(…) “(...)o princípio da inclusão não nega que “como sempre, as camadas superiores sejam distinguidas pela maior participação em praticamente todos os domínios funcionais”.

Nessa mesma trilha(LUHMANN⁶²⁹), designa-se a exclusão como a manutenção persistente da marginalidade, o que significa que amplos setores da população dependem das prestações dos diversos sistemas funcionais, mas não tem acesso a elas(sub-integração). Noutro lado, a sobre-integração seria a independência com respeito às regras,

⁶²⁶ NEVES, Marcelo. “A Constitucionalização simbólica”, p.76

⁶²⁷ *Id ibidem*

⁶²⁸ LUHMANN citado por NEVES, ob.cit., p. 76 notas 88 e 89

⁶²⁹ *Id ibidem*

combinada com o acesso às prestações de cada um dos subsistemas da sociedade. Como entende NEVES⁶³⁰, sub-integração e sobre-integração implicam a insuficiente inclusão, seja por falta de acesso(integração positiva pra ele) ou de dependência(negativa) relativamente aos sistemas funcionais, constituindo posições hierárquicas faticamente condicionadas, o fato de ser integrado nos sistemas funcionais “por baixo” e “por cima”.

Portanto, tem-se que o Estado de bem-estar como “inclusão política realizada e, porque Estado de direito – como inclusão jurídica realizada, observa-se que os “direitos fundamentais sociais” por ele instituídos constitucionalmente são imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais que se referem à liberdade civil e à participação política⁶³¹. Isso porque a inclusão de toda a população nos diversos sistemas sociais e a diferenciação funcional da sociedade pressupõe-se reciprocamente, já que a exclusão de amplos grupos sociais e a auto-referência operacional dos sistemas funcionais são incompatíveis.

Nessa toada, mais do que uma normatividade jurídica integralista(a nós quantitativa), a proposta inclusivista(quantitativa “mais” qualitativa) coaduna o aspecto da concretização constitucionalizante com a Justiça Social, utilizando-a como catalisador de transformação social (pela sua judicialização/ou melhor, com a correspondente judicialização dos direitos econômicos e sociais).

Dessa maneira, o direito só poderá exercer de forma satisfatória sua função de “congruente generalização de expectativas normativas de comportamento enquanto forem institucionalizados constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais(Estado de bem-estar) e os concernentes à liberdade civil e à participação política”⁶³².

⁶³⁰ Ob. cit. P. 77, nota 91

⁶³¹ NEVES, Marcelo. “A Constitucionalização simbólica”, p. 77

⁶³² *Id ibidem*, p. 78

4.1. A inclusão e a educação: justiça social, habitus e o campo educacional

No Brasil, à partir da década de 1970 entrou em cena uma “Escola”(CORTELLA⁶³³) de um período apelidado de “pessimismo ingênuo”, consistindo-lha num instrumento de dominação das elites, reprodutora da desigualdade social, com um caráter dominador. Nela o educador é um agente da ideologia, um funcionário das elites. Nessa concepção a “Escola” não possui o educador autonomia, sendo manejada livremente pela classe dominante da sociedade e, a ele (“o educador” – veículo de injustiça social) ficaria a missão de adequar as pessoas ao modelo institucionalmente colocado.

Já nos anos 80, com o “otimismo crítico”, foi gestada uma concepção tendente ao resgate a positividade das anteriores, superando o pessimismo da anterior(1970) - que desvalorizava a “Escola” como ferramenta para a conquista da justiça social -, bem como utilizando o potencial da “Escola” como instrumento de mudanças, tendo o educador um papel político-pedagógico, não consistindo em atividade neutra nem circunscrita, mergulhados numa dupla faceta – da autonomia relativa: inserção da Escola no interior da Sociedade, como uma via de mão dupla -, consistindo sua atuação em prática tendente à construção de “espaços efetivos de inovação”⁶³⁴.

As críticas que se apontam à teoria de Pierre BOURDIEU⁶³⁵, diz respeito ao grau limitado de independência ou autonomia conferido por ele aos estabelecimentos de ensino e ao sistema escolar em relação às estruturas de dominação social(NOGUEIRA⁶³⁶). Em seus trabalhos produzidos até 1970, a escola aparece como uma instituição totalmente subordinada aos interesses de reprodução e legitimação das classes dominantes. Os conteúdos transmitidos, formas de avaliação, tudo seria organizado em benefício da perpetuação da classe dominante. Há quem afirme (SNYDERS) que BOURDIEU reduzem indevidamente a cultura dominante, e indiretamente, a cultura

⁶³³ *Id ibidem*. p. 134-135

⁶³⁴ *Id ibidem*, p. 136-137

⁶³⁵ NOGUEIRA, Maria Alice., MARTINS NOGUEIRA, Cláudio M., *Bourdieu & a Educação*. 3ª ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2009, constantes no cap. IV: “A escola e o processo de reprodução das desigualdades sociais”.

⁶³⁶ NOGUEIRA, Maria Alice., MARTINS NOGUEIRA, Cláudio M.. “*Bourdieu & a Educação*”. 3ªed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 95

escolar à sua função de “barreira social”, de elemento de distinção em relação ao que é popular e vulgar.⁶³⁷

Nessa linha, a legitimidade atribuída pelo conjunto da sociedade e pela escola à cultura dominante, se justificaria, exclusivamente, pelo papel social que ela cumpriria de demarcação social da fronteira entre dominantes e dominados. Aponta NOGUEIRA⁶³⁸, com PEERENOUD, que o modo como cada estabelecimento de ensino se estrutura e a forma como cada professor atua em sala de aula, podem reforçar ou amenizar o processo de reprodução de desigualdades. Dessa maneira, as instituições de ensino e seus profissionais, mais que identificar as desigualdades dos alunos acerca da sua origem social, interfeririam de múltiplas maneiras no processo de reprodução escolar dessas desigualdades. Mais à frente – sobre o “efeito escola” e o “efeito professor” – disserta: “As escolas e os profissionais de ensino podem fazer a diferença”.

Para BOURDIEU⁶³⁹ – nos seus primeiros trabalhos -, para a que fosse possível à escola exercer ativamente seu papel para a reversão do processo de reprodução das desigualdades sociais, seria necessária uma profunda transformação dos procedimentos didáticos e métodos de avaliação. Sugerir-se-ia a possibilidade de se adotar uma “pedagogia racional”, que em vez de supor como dados os pré-requisitos necessários à decodificação da comunicação pedagógica (capital cultural e linguístico, se esforçaria para que se lhes transmitissem, metodicamente, a quem não os recebeu da família. Os professores – à partir dos conhecimentos e habilidades possuídos pelos alunos – fazê-los - iam progredir por meio do uso sistemático de métodos e técnicas de ensino.

Prevalece, porém, na obra de BOURDIEU⁶⁴⁰ a percepção de que o processo de reprodução das estruturas sociais por meio da escola, dificilmente poderia ser evitado, o que se harmoniza com uma de suas teses principais, segundo à qual as diferenças culturais e escolares entre as classes são relativas e , portanto, dificilmente podem ser

⁶³⁷ *Id ibidem*, p. 96

⁶³⁸ *Id ibidem*, p. 97-98

⁶³⁹ *Id ibidem*

⁶⁴⁰ *Id ibidem* p. 99

transpostas. A ampliação do acesso e mesmo das oportunidades de sucesso das classes médias e populares na escola, tenderia a ser acompanhada por modificações quantitativas e qualitativas na escolarização das elites, de sorte que as diferenças entre as classes tenderiam a se manter – processo de translação global das distâncias: à medida que o acesso a determinada instituição, nível, ou ramo do sistema de ensino se democratiza, seus certificados se desvalorizam(inflação de títulos).

Prevalece na teoria de BOURDIEU (NOGUEIRA⁶⁴¹), o argumento de que o sistema escolar reproduz e legitima – predominantemente – os privilégios sociais e, formalmente, ofereceria a todos a oportunidade de acesso ao conhecimento e à obtenção de certificados socialmente úteis. Outrossim, na realidade, os benefícios que os grupos estariam em condições de conquistar – no sistema escolar – seriam proporcionais aos recursos que eles já possuísem, em função de sua posição social(notadamente, capital cultural). Por isso, restariam comprometidas e limitadas as possibilidades de reversão das desigualdades sociais por meio da escola.

Há de se notar, todavia, que a sociologia de Pierre BOURDIEU⁶⁴² fornece bases para o rompimento – no campo educacional – com a ideologia do “dom” e com a noção moralmente carregada de mérito pessoal, não se podendo analisar as desigualdades – escolares aqui – simplesmente, como fruto das diferenças naturais entre indivíduos.

Ante a afirmação acerca da limitação da teoria de BOURDIEU⁶⁴³ - quadro macro-sociológico de análise das relações entre o sistema de ensino e a estrutura social -, que se revelaria sempre que se buscasse a compreensão de situações particulares(micro-sociológicas: famílias, indivíduos, escolas e professores específicos), acreditamos ser possível talvez se harmonizar as perspectivas subjetivas e objetivas, através do conceito de *habitus*. Isso porque, considerando-se por classes populares aquelas caracterizadas pelo pequeno volume de patrimônio(capitais), há de considerar-se –

⁶⁴¹ *Id ibidem*

⁶⁴² *Id ibidem*, p. 101

⁶⁴³ *Id ibidem*

observando-se à égide da justiça social – antes a satisfação das necessidades básicas(orientadas pela razoabilidade), depois a questão do capital agregado aos certificados.

Reside assim, à nossa leitura, necessária uma singela e fulcral percepção/diferenciação sobre integração e inclusão, já que mais do que simples integração – colocarem-se todos num mesmo espaço -, mister seja feita a inclusão dos marginalizados. E tal faz-se com a transformação(SASSAKI⁶⁴⁴) da consciência micro e macro sociais, um “*habitus social inclusivo*”. Assim, poder-se-ia proporcionar um ambiente discursivo inclusivo de transformação social – considerando-se a dualidade subjetivo-objetiva - em cada campo do “gênero” campo social(cultural, educacional, econômico, político etc.).

Nessa toada, considerando-se os marginalizados – enquanto não possuidores de grande patrimônio/capitais -, não pode se retirar a importância do capital que pode ser transmitido pela “Escola” – campo educacional -, bem como quanto à constituição subjetiva de *habitus social*, de maneira a que com o educar se possibilite a inclusão, não apenas setorial, com fim à obtenção de certificados, diplomas, como também à persecução da cidadania(direito a ter direitos e a possibilidade real/efetiva de os exercê-los, p.ex. implemento de condições ao aproveitamento de oportunidades de trabalho, ou de relacionamento social, por possuir o “excluído” um patrimônio educacional que satisfaça às condições estabelecidas pela elite como necessárias a que venha a ocupar um cargo “valorizado”.

Os critérios de acesso aos micro-campos sociais, bem como as situações de sobre/sub-integração(NEVES⁶⁴⁵), são condicionadas e correspondem ao patrimônio social do indivíduo – cidadão. E o *habitus* tanto dos micro-ambientes sociais, como o “*habitus social*” – num sentido próximo do consciente coletivo junguiano, obedecem à essa situação analogamente relacional. Quanto à latente possibilidade de mobilidade/acesso social, há de considerar-se não apenas o ter, mas também o ser

⁶⁴⁴ SASSAKI, Romeu Kazumi. “*Inclusão, construindo uma sociedade para todos*”. Rio de Janeiro: WVA, 1997, e “*Pessoas com deficiência e os desafios da inclusão*”, in Revista Nacional de reabilitação, 30/09/2004

⁶⁴⁵ NEVES, Marcelo. “*Constitucionalização simbólica...*”, ob. cit., , p. 82, 184 e 198

socialmente considerado. Assim, a escola e os educadores fazem a diferença. Antes de se ter – para que te considerem elite – necessário que se pareça, fale, se comporte e se deseje como se um da elite o fosse, para que então tenha a possibilidade de acesso aos níveis de estratos sociais elitizados, e para que te tratem como tal, como cidadão, da elite.

Nessa perspectiva não se pode esquecer do papel fundamental do judiciário na concretização do direito fundamental que é a educação, diante do fracasso na realização de políticas públicas que permitam a efetiva participação dos cidadão e a inclusão social(OLIVEIRA⁶⁴⁶), afinal, é parte garantida pela noção de mínimo vital(NUNES JUNIOR⁶⁴⁷), sendo certo não poder se falar em dignidade da pessoa humana(ligada à solidariedade intrinsecamente afeita a ela).

O Estado Social de Direito, além de não ter permitido essa participação do povo – democracia em sentido forte -, não conseguiu realizar a justiça social, já que não garantiu aos hiposuficientes(os “que carecem de auto-suficiência”, “que não podem se apoderar das próprias vidas”, “os que mais necessitam”) melhores condições de vida, “(...)visando ensejar a necessária igualdade material que, por sua vez, é apta a garantir uma adequada justiça social.”⁶⁴⁸ - igualdade e liberdade reais. Esse é o desafio.

Seguidamente, tal qual o magistério de NUNES JUNIOR⁶⁴⁹, a noção de dignidade deve ter como parâmetro não só o indivíduo enquanto tal, mas também enquanto parte da sociedade que se integra; no mais, a dignidade teria um valor intrínseco, associado à noção de preservação da vida e, neste passo, da integridade física e psíquica, e um valor extrínseco, relacionado à inclusão do indivíduo na sociedade.

⁶⁴⁶ OLIVEIRA, Flávio Luís de., “O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais.” In: Revista do Instituto dos advogados de São Paulo - nova série, ano 9, nº18, julho-dezembro, 2006, p.98

⁶⁴⁷ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”.São Paulo. Verbatim, 2009, p. 70 e ss

⁶⁴⁸ *Id ibidem*, p. 105

⁶⁴⁹ (...)só é possível falar em vida digna a partir de aspectos ingênitos, como a preservação da incolumidade física e psíquica do indivíduo, bem como a partir da noção de que o indivíduo deve estar integrado à sociedade da qual participa.*Id ibidem*, p. 33

No que diz respeito à nossa Constituição em vigor, acerca destes direitos, ela se baseia em uma concepção substantiva de isonomia, tendo o constituinte partido da premissa de que o Estado está legitimado para agir no plano social para promover a igualdade de fato entre as pessoas.⁶⁵⁰ Ademais, a igualdade, no ordenamento constitucional brasileiro, não se resume à proibição de exclusão. Igualdade é também obrigação de inclusão.⁶⁵¹

Ademais, o fracasso na realização de políticas públicas que viabilizem a efetiva participação e inclusão social, essenciais à dignidade humana, materializa total desrespeito aos direitos sociais, de sorte que cabe ao Poder Judiciário assumir o papel que lhe compete na estrutura estatal, tornando os juízes co-responsáveis pelas políticas dos outros Poderes estatais, tendo que orientar sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que conduz à ruptura do modelo jurídico subjacente ao positivismo jurídico.⁶⁵²

Nessa esteira, a Constituição, de um lado, inscreve fins que enxerga mais distantes, e de outro, delimita a existência de direitos cujo reconhecimento, exigência e aplicabilidade, não possam ser postergados, sob pena de violação do princípio da dignidade humana e da própria razão de ser da vida em sociedade. Quanto a estes fins - princípios que devam presidir a conduta estatal na busca do bem-estar social, estarão empalmados por normas programáticas, predispostas a direcionar a realização de políticas públicas e a atividade legiferante. Entretanto, com relação a algumas situações - que implicam aspectos como a preservação da vida e a integração mínima ao convívio social(para nós, inclusão), não há como pensar-se em realização protraída, à mercê da vontade política dos governantes do momento ou de opções orçamentárias.⁶⁵³

Com relação ao mínimo vital, tem-se o dever do Estado - caudatariamente ao princípio da dignidade humana - de garantir a todos um *standard* social

⁶⁵⁰ LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes. "*Princípio Constitucional da Igualdade*". Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 59-76

⁶⁵¹ SARMENTO, Daniel. "*Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial*", ob.cit., p. 88

⁶⁵² *Id ibidem*

⁶⁵³ *Id ibidem*, 79

mínimo incondicional. A teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas à preservação da vida e para a integração (para nós inclusão) na sociedade, como uma questão prejudicial às políticas públicas, consistindo em uma espécie de comando implícito, que determina que outras ações só sejam realizadas quando satisfeitas as necessidades básicas de todas as pessoas - integradas estas no elemento subjetivo de um determinado Estado.⁶⁵⁴

Salutar a lembrança das palavras de SALLUM JUNIOR⁶⁵⁵, segundo as quais:

“Nas últimas décadas do século XX, por maiores que tenham sido as mudanças ocorridas, o Brasil não escapou de sua condição periférica. A retomada do crescimento acelerado e a consolidação do Mercosul não serão suficientes para permitir que isso ocorra. Superar essa condição exige a inclusão social e econômica dos mais pobres, que ainda permanecem à margem das conquistas materiais da civilização moderna. Este é o desafio mais difícil e mais necessário para a sociedade brasileira superar neste século XXI.”

Finalmente, esclarecedor o magistério de BOLZAN DE MORAIS E SPÍNDOLA⁶⁵⁶, afirmando acerca da dualidade “política de inclusão” vs. “economia de exclusão(ou semi-inclusão).

Para eles, temos que: *“(..)no encontro entre política de inclusão e economia de exclusão permanece um espectro intransponível de aceitação de segregação – de inacessibilidade às promessas modernas. Esta é uma marca inafastável do modelo*

⁶⁵⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais”. São Paulo. Verbatim, 2009, p. 70

⁶⁵⁵ Brasília, SALLUM JUNIOR. “Metamorfoses do Estado brasileiro no final do século XX”. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 18, nº52. Junho de 2003., ob. cit., p. 50

⁶⁵⁶ SAYEG, Ricardo Hasson., “O Capitalismo Humanista no Brasil”, p. 21-22, e SAYEG, RICARDO Hasson. e MATSUSHITA, Thiago Lopes., “O Direito Econômico brasileiro como Direito Humano tridimensional”, p. 2412

econômico capitalista, que contamina o arranjo político do Estado Social.”⁶⁵⁷, a nosso ver, o que se remedia apenas pela mudança ontológico-paradigmática proposta pelo capitalismo humanista, pela consciência das diferentes estratégias de positivação dos direitos sociais, bem como o inafastável propósito de garantia do mínimo vital(NUNES JUNIOR⁶⁵⁸).

⁶⁵⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis ., e ESPÍNDOLA, Angela A. da S.. “*O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos...*”., p. 102

⁶⁵⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “*A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*”.São Paulo. Verbatim, 2009

CONCLUSÃO

A noção de Justiça Social, presente nos arts. 170 e 193 da Constituição Federal de 1988, remete-nos à teleologia epistêmico-histórica, qual apresenta duas formas distintas de concepção da mesma, uma num sentido pré-moderno, e outra no sentido moderno.

Na concepção moderna de Justiça Social, vê-se cada indivíduo como merecedor de respeito, a eles devidos certos direitos e proteções com vistas à busca do bem comum. É correlata à idéia moderna, que alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, sendo parte dos direitos e proteções que todos merecem. Junta-se a isso, que esse merecimento é crível e se justifica racionalmente, enquanto competência própria do Estado, e não somente de indivíduos ou organizações privadas, à garantia de que tal distribuição se realize.

Chegou-se a esta noção, após uma evolução acerca do elemento distributivista, perpassando-se pela mudança acerca da questão da pobreza, da igualdade entre os seres humanos e do papel do Estado em responder às aflições adstritas à necessidade, corroborada pela alteração da questão da liberdade, como demonstra o paradigma de liberdade perante o Estado, e a - posterior -, afeita à igualdade real, que liga a liberdade à plenitude da dignidade da pessoa humana e à sociabilidade cidadã.

Ante a noção moderna de Justiça Social, a busca de um paradigma distributivista relaciona teorias (como os bens primários de RAWLS, ou desenvolvimento como liberdade de SEN) que propõem uma leitura, cada qual a seu modo, sobre a questão da distribuição, implicando em considerações teóricas que se coadunam com fim de procurar respostas a um problema central, qual seja, o papel do Estado "pós-Liberal"/"Social", no tratamento, primeiramente da pobreza, e depois - já no ambiente do século XX - da desigualdade econômica e social.

Em esteira positivo-constitucional, a tratativa da temática da Justiça Social adquire salutar relevo no contexto do Estado de 1988, quando as bases à liberdade real - alicerçada no princípio democrático - colocam em "xeque" a "questão social brasileira do século XX": a pobreza e a desigualdade social. Nesta linha, responde a teoria jurídico-constitucional com esclarecimento e coragem, não se prostando passivamente ante aos apelos sociais, que clama por instrumentalidade ao programa do Texto e, no tocante aos ideais da Justiça Social, tem-se por mister a concretização constitucionalizante dos direitos fundamentais, através das estratégias de positivação destes direitos - em uníssono; o que se tem através da judicialidade dos direitos sociais, mesmo daqueles de menor densidade normativa, mas de importância ímpar no seu contexto assecuratório das necessidades mínimas do cidadão.

Dessa forma, vemos que a voz que ecoa da Constituição de 1988, não só reza pela liberdade e igualdade reais(fáticas), como também admoesta o Estado brasileiro - através de suas instituições burocrático-estatais - a posicionar-se ativamente para solucionar os problemas sociais mais vitais. E a isso responde a doutrina, cirurgicamente, com a tese das estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos Direitos Sociais, até mesmo - ou melhor, precisamente - no que fale sobre os direitos sociais de menor densidade normativa, como, *exempli gratia*, a moradia e a alimentação, passíveis/possíveis, assim, de serem acionados judicialmente, com base na sua respectiva normatividade, e com amparo na justiciabilidade(afinal, tratar-se ia de verdadeira qualidade normativa decorrente do princípio da Justiça Social)

Em destaque assim, um redimensionamento jurídico-ontológico da dignidade da pessoa humana e da própria Justiça Social, correspondendo à concepção moderna desta, que acena à garantia de um *standard* mínimo material a corroborar à intelecção do desenvolvimento enquanto liberdade, condições essas sem as quais não há como se falar - ao menos no Brasil pós-88 - em respeito ao programa social, tendo-se por paradigma a Constituição Federal de 1988 que, reitera-se, se orienta pelo princípio da Justiça Social tão de perto quanto preza pela dignidade material da pessoa humana; seja em esteira programática, seja através de normas atributivas de direitos subjetivos.

Nessa toada, consiste a justeza/justicialidade social, nestes nossos dias, e no nosso ordenamento jurídico, o reconhecimento e (real)oferecimento de garantias mínimas de dignidade e civilidade humanas, através de uma atuação da estrutura burocrático-estatal "socialmente contaminada", consciente da história, das conquistas avoengas, e da oportunidade constitucional presente, à qual os direitos fundamentais sociais se colocam como balize e norte das ordens econômica e social, tal como dispõe a Constituição.

Portanto, a consciência e univocidade na consecução das estratégias de positivação dos direitos fundamentais sociais, bem como a garantia do mínimo vital, consiste em condição *sine qua non* se se deseja transpor as barreiras, primeiro do Estado de Exceção que impera no Brasil de nossos dias, para sim, e só depois de assegurada a dignidade da pessoa humana, remediando o império da exclusão, alinhar-se a atuação do Estado de Direito (real), aos ideais desenvolvimentistas próprios à contemporânea noção de desenvolvimento social.

BIBLIOGRAFIA

ABEL, Ivan José. *“Justiça Social e Dignidade Humana. Uma reflexão sobre o poder judiciário”*. Bauru, SP. EDUSC, 2005.

ANANIAS, Patrus. Artigo: *“Estado e justiça social.”*, 24/07/2006. fonte: www.fomezero.gov.br/noticias/artigo-estado-e-justica-social. Acessado em janeiro de 2009.

ARAÚJO, Luis Alberto David, e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *“Curso de direito constitucional”*. 12ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ADORNO, Sérgio. *“Exclusão socioeconômica e violência urbana”*. Sociologias nº8. Porto Alegre, julho/dezembro de 2002.

AGRA, Walber de Moura coordenador. *“Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal”*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AYRES BRITTO, Carlos. *“Teoria da Constituição”*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. *“Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito”*. Acessado em dezembro de 2008 e janeiro do 2009: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm

BONAVIDES, Paulo. *“Reflexões sobre nação, Estado social e soberania”*. Estudos Avançados, vol. 22, nº62. São Paulo. Jan/Abril de 2008

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunter. *“La fuerza del derecho”*. Bogotá: Ed. Uniandes, 2000.

BIGO, Pierre. *“A Doutrina Social da Igreja”*. Edições Loyola. São Paulo. 1969.

BITTAR, Eduardo C.B. *“O Direito na pós-modernidade”*. 1ªed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2005.

CASTILHO, Ricardo dos Santos. *“Visão Aristotélico-tomista da Justiça Social e da Justiça distributiva: parâmetros deontológicos e de concretização dos direitos sociais”*. Tese de Doutorado em Direito, PUC-SP, 2008.

CAVA, B. e MENDES, F.A. . *“A vida dos direitos – Violência e Modernidade em Foucault e Agamben.”* Rio de Janeiro: NPL/AGON Grupo de Estudos, 2008, vol. 2. Revista Filosofia Política de Direito AGON

COMANDUCCI, Paolo *“Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”*, , p. 76. In: *“Colección Estructuras y procesos. Serie Derecho”*. Editorial Trotta, Madrid. Segunda Edición, 2005.

CORTELLA, Mario Sergio. “*A escola e o conhecimento: fundamentos epistemológicos e políticos*”. 9ªed.. São Paulo. Cortez. Instituto Paulo Freire, 2005

DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo: “*Opinião: Constituição para a Justiça Social*”. Revista Teoria e Debate. Fundação Perseu Abramo. 31/03/1989; Área: nº5 – jan/fev/mar de 1989.

DEL VECCHIO, Giorgio. “*Lições de Filosofia do Direito*”. Armênio Amado, Editor. Coimbra. 1951. 2ªed., revista e prefaciada por Prof. Cabral de Moncada, e Tradução de Dr. Antônio José Brandão.

DE VITA, Álvaro. “*Justiça distributiva: A Crítica de Sen a Rawls*”. Dados, vol. 42, nº3, Rio de Janeiro, 1999.

_____ - “*Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva*”, Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 14, nº39, fevereiro de 1999.

DROMI, José Roberto. “*La reforma constitucional. El constitucionalismo Del “por venir”. La reforma de la Constitución*”. In: “*El Derecho publico de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*”. Editorial Civitas, S.A.

FARIAS, José Fernando de Castro. “*A Origem do direito de solidariedade*”. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FAVOREAU, Louis. “*As Cortes constitucionais*”. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo. Landy Editora. 2004

FERRAJOLI, Luigi “*Pasado y futuro del Estado de derecho*”, In: “*Colección Estructuras y procesos. Serie Derecho*”. Editorial Trotta, Madrid. Segunda Edición, 2005

FLEISCHACKER, Samuel. “*Uma breve história da justiça distributiva*”, trad. Álvaro de Vitta. São Paulo, Martins Fontes, 2006

GARCIA, Maria. “*Desobediência Civil: direito fundamental*”. 2ª ed. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2004;

HABËRLE, Peter. “*Estado constitucional cooperativo*”. Rio de Janeiro. Renovar, 2007.

LOPO, Paulo. “*O Constitucionalismo econômico*”. In: AGRA, Walber de Moura coordenador. *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUNARDI, Márcia Lise. “*Inclusão/exclusão: mecanismos para gerenciar a anormalidade surda*”. In.: “*Temas em educação especial: deficiências sensoriais e deficiência mental.*” Org. ALMEIDA, MENDES e HAYASHI. – Araraquara, SP. Ed. Junqueira&Marin; Brasília, DF: CAPES – PROESP, 2008.

MACEDO, Ubiratan Borges de. “*Liberalismo e justiça social*”. São Paulo. IBRASA, 1995.

MAFFETONE, Sebastiano e VECA, Salvatore.. “*A Idéia de justiça em Platão a Rawls*”, tradução de Karina Jannini, revisão da tradução de Denise Agostinetti; São Paulo, Martins Fontes, 2005.

MADEIRA, Lígia Mori. “*O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhman*.”. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, junho 2007.

NOGUEIRA, Maria Alice. MARTINS NOGUEIRA, Cláudio M.. “*Bourdieu e a Educação*”. 3ªed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

NEVES, Marcelo. “*A Constitucionalização simbólica*”. SF Martins Fontes, 2007.

NEDEL, José. “*Ética, direito e justiça*”. 2ªed. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2000.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. “*A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*”. São Paulo. Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Flávio Luís de., “*O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais*”. In: *Revista do Instituto dos advogados de São Paulo - nova série*, ano 9, nº18, julho-dezembro, 2006

ORRICO, Helio Ferreira. “*A inclusão social da pessoa portadora de deficiência: discurso e práxis institucional*.”. In.: “*Temas em educação especial: múltiplos olhares*.” Org. ALMEIDA, MENDES e HAYASHI. – Araraquara, SP. Ed. Junqueira&Marin; Brasília, DF: CAPES – PROESP, 2008.

PINTO, C.R.J. “*Foucault e as constituições brasileiras: quando a lepra e a peste encontram os nossos excluídos. Educação e Realidade*”, Porto Alegre, v.24, n.2, jul/dez 1999.

PIOVESAN, Flavia, “*Desenvolvimento histórico dos direitos humanos e a constituição brasileira de 1988*.” In: AGRA, Walber de Moura coordenador. “*Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*.” São Paulo: Saraiva, 2009. vários autores.

QUEIROZ, Cristina. “*Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*”. Coimbra Editora. 2006.

RISTER, Carla A.. “*Direito ao Desenvolvimento. antecedentes, significados e conseqüências*” Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, 2003, e RENOVAR, 2007.

SALLUM JUNIOR, Brasílio.. “*Metamorfoses do Estado brasileiro no final do século XX*”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 18, nº52. Junho de 2003.

SANT´ANA, Sarah Mailleu.. “*Bolsa família e a tripla perspectiva sobre a justiça social como redistribuição*”. Instituição: Universidade Paris-Diderot. <http://www.undp-povertycentre.org/mds.do>

SARLET, Ingo Wolfgang.. “*Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição federal de 1988.*”. In: AGRA, Walber de Moura. Coordenador. “*Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*”. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ - “*Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*”. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: Ano 1, vol 1. Abril de 2001.

_____ - “*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*”, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998.

SASSAKI, Romeu Kazumi.. “*Inclusão, construindo uma sociedade para todos*”. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

_____ ”*Pessoas com deficiência e os desafios da inclusão*”, in Revista Nacional de Reabilitação, 30/09/2004.

SEN, Amartya.. “*Desenvolvimento como liberdade*”. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____ - “*Desigualdade Reexaminada*” trad. e apresentação de Ricardo Donielli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001

SILVA, José Afonso da.. “*Curso de direito constitucional positivo*”. 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Tese de Doutorado em Direito, PUC-SP - Direito das Relações Econômicas Internacionais: “*O Direito ao Desenvolvimento na doutrina humanista do Direito Econômico*”.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. “*A evolução do Estado*”. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 9, nº17, janeiro-junho, 2006.

TAVARES, André Ramos. “*Teoria da Justiça constitucional*”. Sao Paulo: Editora. Saraiva, 2005.

_____ “*A Constituição aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional*”. In: AGRA, Walber de Moura coordenador. “*Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*”. São Paulo: Saraiva, 2009.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. “*Pierre Bourdieu: a teoria na prática*”. Rev. Adm. Pública vol.40 no.1 Rio de Janeiro Jan./Feb. 2006.

VECA, Salvatore e MAFFETONE, Sebastiano. “*A Idéia de justiça em Platão a Rawls*”. tradução de Karina Jannini, revisão da tradução de Denise Agostinetti; São Paulo, Martins Fontes, 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)