

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

DIOGO OLIVEIRA MUNIZ CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Zélia Luiza Pierdoná

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

Diogo Oliveira Muniz Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-855-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O artigo DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E OS RESPECTIVOS CUSTOS de Zélia Luiza Pierdoná e Verbena Duarte Brito de Carvalho tem por objetivo demonstrar que todo direito fundamental tem um custo público e que a exacerbada constitucionalização de direitos, muitas vezes feita de forma retórica, sem os deveres fundamentais correlatos, especialmente sem a previsão de seus respectivos custos, leva à realização deficiente dos direitos ou sua não realização.

O artigo O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: O DEVER DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, de Diogo Oliveira Muniz Caldas e Camila Rabelo de Matos Silva Arruda, traz a discussão sobre o direito à saúde como um desmembramento do direito à vida e as dificuldades encontradas pelo Estado para o cumprimento efetivo do Direito a vida, bem como o fornecimento de medicamentos para o cumprimento do mínimo existencial.

O artigo O IMPACTO DA TERCEIRIZAÇÃO DOS DOCENTES NO ENSINO SUPERIOR SOB O ASPECTO DA QUALIDADE DO TRABALHO PEDAGÓGICO de Franceli Bianquin Grigoletto Papalia, busca investigar o impacto da terceirização da docência no ensino superior frente à qualidade do trabalho pedagógico a ser desenvolvido por estes profissionais. A temática da pesquisa é referente aos reflexos que poderão ocorrer no trabalho pedagógico de professores de ensino superior através da terceirização do setor.

O artigo POLÍTICA NACIONAL DE DEFESA E ESTRATÉGIA NACIONAL DE DEFESA: MARCOS REGULATÓRIOS INDUTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SEGURANÇA DA AMAZÔNIA de Randal Magnani e Warley Freitas De Lima, tem por finalidade demonstrar a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas para a segurança da Amazônia, partindo da análise da Política Nacional de Defesa e Estratégia Nacional de Defesa, documentos de referência para o assunto.

O artigo 13 ANOS DA LEI MARIA DA PENHA: INTER-RELAÇÕES ESSENCIAIS ENTRE DIREITO A UMA VIDA SEM VIOLÊNCIA E A ASSISTÊNCIA SOCIAL de Camila Belinaso de Oliveira e Tiago Bruno Bruch tem como objetivo central a assistência social como essencial ao enfrentamento da violência contra a mulher. Analisa os dados oficiais relacionados à violência doméstica do Brasil e a Lei Maria da Penha (Lei 11.340

/2006), com ênfase as medidas protetivas e os serviços disponíveis na rede socioassistencial para o atendimento das mulheres vítimas.

O artigo **CONVERSANDO COM HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: DA REGULAÇÃO À EMANCIPAÇÃO** de Juliana Lazzaretti Segat e Valmôr Scott Junior objetiva analisar aspectos regulatórios e emancipatórios dos grupos reflexivos de gênero para autores de violência doméstica.

O artigo **POLÍTICAS PÚBLICAS, INTERSECCIONALIDADE E DIREITO À SAÚDE REPRODUTIVA DA MULHER: O CASO ALYNE DA SILVA PIMENTEL TEIXEIRA VERSUS BRASIL** de Urá Lobato Martins tem como objeto de estudo o caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira versus Brasil, submetido ao Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW). Analisa as recomendações do CEDAW; as políticas públicas em prol do direito à saúde reprodutiva da mulher; a relação entre a vulnerabilidade decorrente do gênero, da raça e da classe social, segundo a perspectiva interseccional.

O artigo **PERSPECTIVAS DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À SAÚDE: CAMINHOS POSSÍVEIS** de Charlise Paula Colet Gimenez e Lígia Daiane Fink dos Santos tem como objetivo apresentar a Teoria da Legislação de Manuel Atienza como mecanismo de solução de conflitos sociais ao romper com o caráter simbólico da Lei na perspectiva do direito à saúde e da problemática da judicialização da saúde no Brasil.

O artigo **PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO DA AGENDA 2030 NO BRASIL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS** de Tarsila Rorato Crusius e Mártin Perius Haeberlin busca compreender como a implementação da Agenda2030 no Brasil poderá contribuir para a concretização dos direitos humanos, concluindo ser necessária a incorporação de seus objetivos e metas nas estratégias e nos instrumentos de planejamento e orçamento da União e dos entes subnacionais.

O artigo **OBJEÇÕES À JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À MORADIA** de Marcelo Nunes Apolinário e Vanessa Aguiar Figueiredo tem como pressuposto analisar algumas das objeções à justiciabilidade do direito social à moradia, principalmente no que concerne a exigibilidade judicial.

O artigo **FORNECIMENTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO PARA DOENÇAS RARAS E ULTRARRARAS** de

Carlos Eduardo Malinowski e Thaís Dalla Corte trata das atuais diretivas do STF relacionadas à provisão pelo SUS de medicações não registradas para doenças raras e ultrarraras. Para tanto, aborda o direito à saúde, sua relativização e judicialização; elenca as normas empregadas pela ANVISA para o provimento de medicamentos; e apresenta as decisões do STF sobre o tema.

O artigo O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS DOENÇAS RARAS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DESTAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Victor Luna Vidal tem como escopo analisar a sindicabilidade judicial do direito à saúde no tocante aos pedidos de custeio pelo Estado de tratamentos para doenças raras. Adota-se como arcabouço teórico o Pós-Positivismo Jurídico, especialmente representado pelas contribuições de Dworkin (2002) e Alexy (2011).

O artigo DEVERES FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE DE PAGAR TRIBUTOS E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS de Elcias Oliveira da Silva e Jan Carlos Cerqueira Bezerra busca analisar deveres fundamentais de pagar tributos e seus reflexos sociais a partir de sua conformação na Constituição Federal e ordenamento jurídico pátrio.

O artigo O PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA: UM MODELO DE FINANCIAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CALCADO NA GESTÃO DEMOCRÁTICA DE RECURSOS PÚBLICOS À NÍVEL LOCAL de Yasmin Sant'Ana Ferreira Alves de Castro analisa o esvaziamento da capacidade de investimento do estado, diante do comprometimento expressivo das despesas com educação para honrar a folha de pagamento de profissionais da pasta, demonstrando que apesar do elevado percentual de investimento em educação no País, a adoção de medidas vinculantes de receitas demonstra-se insuficiente para ver satisfeitas as demandas sociais locais imediatas.

O artigo DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: AGENDA 2030 E A EFETIVAÇÃO DO OBJETIVO FUNDAMENTAL DE ERRADICAÇÃO DA POBREZA NO BRASIL de Eva Cecília Trindade Siqueira e Carlos Augusto Alcântara Machado analisa as diretrizes utilizadas pelas Nações Unidas para erradicar a pobreza, objetivo fundamental previsto na Constituição Federal de 1988. Verifica as políticas públicas implementadas durante a consecução da Agenda do Milênio da Organização das Nações Unidas até 2015, os avanços decorrentes da iniciativa no contexto brasileiro, e os principais desafios a serem superados na Agenda 2030.

O artigo O PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ENVOLVENDO OS CONFLITOS INFRACIONAIS NO ESTADO DO PARÁ de Ruth Crestanello e Jolbe Andres pires mendes busca compreender de que forma a aplicação da justiça restaurativa enquanto solução alternativa, vem se configurando numa nova diretriz básica de aprimoramento de gestão criminal e na realização de um direito fundamental social por meio de políticas públicas de pacificação social e segurança pública.

O artigo O USO DE NUDGES EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DA SAÚDE de Juliana Diógenes Pinheiro e Andre Studart Leitao analisa em que medida os nudges e a arquitetura da escolha, delineados pela economia comportamental, podem ser utilizados pelo Estado por meio de políticas públicas, com o escopo de orientar as pessoas a tomarem decisões melhores no campo da saúde.

O artigo JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE DAS AQUISIÇÕES EMERGENCIAIS REALIZADOS PELO MUNICÍPIO DE BELÉM PARA CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS de Mayara Bonna Cunha e Silva e Luma Cavaleiro de Macedo Scaff realiza pesquisa quantitativa no Mural de Licitações no ano de 2018 para verificar: os processos existentes e as despesas decorrentes.

O artigo FEDERALISMO E JUDICIALIZAÇÃO: O CASO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL de Marcio Aleandro Correia Teixeira e Larissa Diana Barros Soares trata sobre Federalismo, Direito à Saúde e Judicialização de Políticas Públicas. O trabalho consiste no entendimento do Sistema Único de Saúde, instituído pela Constituição de 1988, e funciona baseado em normas constitucionais, infraconstitucionais e infralegais. O fenômeno da judicialização, permite questionamentos acerca da intervenção do Judiciário na efetivação do direito à saúde.

O artigo A TRAJETÓRIA DAS POLÍTICAS DE ENSINO PROFISSIONAL NO BRASIL ENTRE A PRIMEIRA REPÚBLICA (REPÚBLICA VELHA) E A LDB 1996 de Paulo Roberto De Souza Junior faz uma reflexão inicial da trajetória das políticas públicas que embasaram a história da Educação Profissional até a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB de 1996. Analisa alguns aspectos anteriores as LDBs, bem como as forças políticas e as contradições sobre a educação profissional no Brasil.

O artigo A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: A EFETIVIDADE ILUSÓRIA DO DIREITO À SAÚDE de Norma Sueli Alves dos Santos Vidal tem por objetivo trazer reflexões sobre a interferência da judicialização das políticas

públicas de saúde com o enfrentamento da seguinte problemática: A judicialização é um instrumento eficaz para efetivação do direito à saúde?

O artigo DIREITO AO TRÂNSITO SEGURO E AS AÇÕES MUNDIAIS PARA O APRIMORAMENTO DA SEGURANÇA NO TRÂNSITO José Antonio Da Silva e Valter Foletto Santin trata da questão do direito ao trânsito seguro no Brasil, com milhares de mortos e de sequelados em acidente de trânsito, anualmente. A ONU aprovou um conjunto de ações para a redução do número de mortes no trânsito até 2020, estabelecendo o trânsito seguro como direito fundamental, com adesão do Brasil.

O artigo JUSTIÇA RESTAURATIVA NO MARANHÃO: UM CAMINHO PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI de Edith Maria Barbosa Ramos e Tereza Cristina Soares da Fonseca Carvalho busca discutir a Justiça Restaurativa no campo dos direitos fundamentais dos adolescentes em conflito com a lei. Estuda a perspectiva restaurativa presente no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Apresenta a experiência da Justiça Penal de Adolescentes em São Luís/MA.

O artigo CONCEPÇÃO TEÓRICA, MARCOS LEGAIS, MEDIDAS ADMINISTRATIVAS E DESENHO INSTITUCIONAL DOS MUNICÍPIOS PARA INGRESSO NO SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA (SUSP) de Laecio Noronha Xavier analisa a unificação política da Segurança Pública e da Defesa Social que adveio com a criação do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), conforme previsto nas leis nº 13.675/2018 e nº 13.756/2018, mantendo conexão com as leis no 11.530/2007 e nº 11.707/2008 que instituíram o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI).

O artigo LIMITAÇÕES PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O AUMENTO DA POBREZA NO BRASIL de Daisy Rafaela da Silva e José Marcos Miné Vanzella tem por objeto a análise da situação da prestação dos Direitos sociais no contexto da crise brasileira ante a escassez de recursos público e o agravamento da crise econômica e social.

O artigo A JUDICIALIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA AO PACIENTE DIABÉTICO NO ESTADO DO PARÁ: 10 ANOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0006454-87.2008.4.01.3900 de Andreza Casanova Vongrapp Santos analisa os efeitos da judicialização da assistência farmacêutica ao portador de Diabetes Mellitus no Estado do

Pará tendo como referência a Ação Civil Pública nº 0006454-87.2008.4.01.3900 e verifica como as políticas públicas destinadas aos diabéticos evoluíram no período de 2008, quando a ação foi interposta, até a presente data.

O artigo POLÍTICA NACIONAL PARA PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ANÁLISE DO PLANO NACIONAL (DECRETO Nº. 7.053/2009) E DA (IN) VISIBILIDADE DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA de Tatiane Campelo Da Silva Palhares analisa a condição de pessoas em situação de rua e os direitos fundamentais sob a ótica do direito constitucional. O trabalho objetiva refletir sobre a condição de pessoas em situação de rua a partir do mínimo existencial para o alcance dos direitos fundamentais.

Desejamos que as pesquisas aqui apresentadas contribuam para a reflexão sobre as políticas públicas de efetivação dos Direitos Sociais no nosso país.

Tenham uma boa leitura.

Diogo Oliveira Muniz Caldas - UVA / UNICARIOCA

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - FMU / FADI

Zélia Luiza Pierdoná – UPM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E OS RESPECTIVOS CUSTOS

FUNDAMENTAL RIGHTS, THEIR CONSTITUTIONALIZATION AND THEIR COSTS

Zélia Luiza Pierdoná ¹
Verbena Duarte Brito de Carvalho ²

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que todo direito fundamental tem um custo público e que a exacerbada constitucionalização de direitos, muitas vezes feita de forma retórica, sem os deveres fundamentais correlatos, especialmente sem a previsão de seus respectivos custos, leva à realização deficiente dos direitos ou sua não realização. Será demonstrado, ainda, que ao mesmo tempo em que o Estado se transforma, de liberal para social, deve prever recursos públicos para a concretização dos direitos constitucionalizados. Para atingir os referidos objetivos será analisada a doutrina nacional e estrangeira, bem como a respectiva jurisprudência, utilizando-se o método sistemático.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Constitucionalização de direitos, Deveres fundamentais, Custos dos direitos

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to demonstrate that every fundamental right has a public cost and that the exacerbated constitutionalization of rights, often rhetorically, without the related fundamental duties, especially without predicting their respective costs, leads to the poor realization of the rights. rights or their non-realization. It will also be shown that, at the same time as the state changes from liberal to social, it must provide public resources for the realization of constitutionalized rights. To achieve these objectives will be analyzed the national and foreign doctrine, as well as the respective jurisprudence, using the systematic method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Rights' constitutionalisation, Fundamental duties, Rights' cost

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie

Introdução

Partindo do fato de que os direitos fundamentais têm sua origem nos direitos humanos, e que as conquistas surgiram primeiramente no âmbito do direito internacional, inclusive no tocante à proteção desses direitos, o Estado passou a ser o destinatário da normatividade, tanto em relação aos direitos humanos, no plano internacional, quanto em relação aos direitos fundamentais, na ordem interna.

O foco de proteção passou a ser o homem desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. A partir daí, o cidadão vem conquistando, ao lado das transformações do Estado, direitos inerentes a sua condição humana.

Os direitos fundamentais são aqueles que integram o ordenamento jurídico de cada Estado. Fazem parte, juntamente com outros grupos de direitos, do conceito de cidadania, que é histórico e, como tal, sofre modificações no tempo e no espaço. Ou seja, em cada época e local a cidadania é diferenciada e é possível constatar a sua evolução pela ampliação, inclusive no bojo das Constituições de cada país, dos direitos que lhe são inerentes.

A doutrina define a cidadania como um feixe de direitos civis, políticos e sociais, que, em sua plenitude, concederia ao cidadão a titularidade de tais direitos. Ao analisar sua evolução no tempo e no espaço, verifica-se sua umbilical ligação com a forma de Estado vigente, anotando-se aqui, em especial, o caráter intervencionista dessa ligação no que diz respeito às políticas públicas e respectivo custeio e suas consequências.

Direitos apenas existem quando efetivamente concretizáveis e passíveis de proteção, o que significa dizer que todo direito tem um custo. Isso se aplica também aos direitos individuais fundamentais negativos, que objetivam a abstenção do Estado e de terceiros de violá-los e que aparentemente não têm custos visíveis. Via de regra, os custos são assumidos pelos particulares e pelo Estado, este último sempre presente, em maior ou menor escala, quando se trata de direitos fundamentais. Essas opções se apresentaram como viáveis em diferentes épocas, como resultado do tipo de Estado instalado em cada país, bem como do tratamento jurídico dado aos direitos incorporados no respectivo ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo em que o Estado se transforma, de liberal para social, agiganta-se, assumindo a sua necessária face fiscal.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por escopo demonstrar que todo direito fundamental tem um custo público, e que a exacerbada constitucionalização de direitos,

muitas vezes feita de forma retórica, sem que se cuide de deveres fundamentais correlatos, leva necessariamente à ampliação do Estado fiscal ou a não realização de direitos, por absoluta falta de capacidade para tal, ou ainda, sua realização deficiente.

Para atingir os referidos objetivos será analisada a doutrina nacional e a estrangeira, bem como a jurisprudência sobre a matéria e as alterações constitucionais, utilizando-se o método sistemático.

1. Cidadania, direitos humanos e direitos fundamentais

Atualmente, a cidadania traduz a condição de cada indivíduo de ser detentor de direitos civis, políticos e sociais, via de regra estabelecidos nas Constituições de cada país, e nesta hipótese são denominados direitos fundamentais. Confundem-se com os direitos humanos, com a diferença de estes últimos serem protegidos pelo direito internacional.

Os direitos civis são os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei e outros, que se desdobram em múltiplas facetas, tendo como principal garantia, a existência de uma justiça independente e acessível a todos.

Os direitos políticos referem-se ao conjunto de direitos do indivíduo de participar no processo decisório da sociedade a qual pertence, tendo como expressão maior o direito de votar e de ser votado, bem como os demais direitos que lhes são correlatos, e têm como pedra angular o parlamento livre e representativo.

Os direitos sociais, por sua vez, garantem a participação e fruição da riqueza coletiva, por todos os indivíduos e objetivam a concretização dos direitos civis, tendo como pedra de toque a justiça social. São também considerados direitos fundamentais em diversos países, inclusive no Brasil, já que se encontram elencados no art. 6º da Constituição, topograficamente dentro do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Referindo-se as três dimensões de cidadania mencionadas, José Murilo de Carvalho assim assevera:

O autor que desenvolveu a distinção entre as várias dimensões da cidadania, T.A. Marshall, sugeriu também que ela, a cidadania, se desenvolveu na Inglaterra com muita lentidão. Primeiro vieram os direitos civis, no século XVIII. Depois, no século XIX, surgiram os direitos políticos. Finalmente, os direitos sociais foram conquistados no século XX. Segundo ele, não se trata de sequência apenas cronológica: ela é também lógica. Foi com base no exercício dos direitos civis, nas liberdades civis, que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país (CARVALHO, 2007, p. 10-11).

Da transcrição acima, verifica-se que essas conquistas caminharam passo a passo ao lado do Estado, sofrendo modificações concomitantes. Ou seja, na medida em que a sociedade se modificava, os direitos se ampliavam e o Estado tinha que acompanhar essa evolução. Por isso, se reconhece a cidadania como instrumento de modelagem do Estado. Trata-se de uma via de mão dupla, já que o Estado também modela os direitos de cidadania, na medida em que é o responsável pelas políticas públicas que os concretizam.

Essa relação umbilical entre Estado e cidadania se faz sentir sobremaneira quando se analisa a evolução da cidadania no Brasil. Carvalho (2007) assevera que no Brasil os Direitos Políticos saíram na frente, em 1822, com a independência do Brasil e com a peculiaridade – diferentemente do que ocorreu na Inglaterra, onde os albores da cidadania foram decorrência de luta popular – de ter sido negociada com a coroa portuguesa e inglesa. Assim, o direito ao voto foi outorgado aos brasileiros na Constituição de 1824, e não conquistado por eles. A ordem foi invertida também em relação aos direitos sociais, não só do ponto de vista cronológico, mas também no que diz respeito à origem. Novamente, o papel do povo é relegado a segundo plano, e apesar de insipientes ensaios, coube a um Estado totalitário, o Estado Novo, o avanço dos direitos sociais.

Ao se analisar essa umbilical ligação entre Estado e os direitos fundamentais, não se pode olvidar a mudança de foco que ocorreu desde o iluminismo em relação aos direitos humanos, pois, do ponto de vista histórico, os direitos fundamentais são os direitos humanos, já consagrados internacionalmente, recepcionados pelos Estados, nas respectivas Constituições.

O conteúdo dos direitos fundamentais é idêntico ao dos direitos humanos. Estes, vale lembrar, foram consolidados em um único documento em 1948, na Assembleia Geral da ONU, que aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O referido documento, em seus trinta artigos, prescreve regras de direitos, voltadas para as garantias individuais e para os direitos sociais.

Assim, tendo em vista que os direitos de cidadania, mais especificamente os direitos fundamentais, têm a sua origem no direito internacional, no qual o Estado não é beneficiário, mas destinatário de tais direitos, cabe a ele o dever de concretizá-los quando transformados em direitos fundamentais, recepcionados pelo Estado e constitucionalizados.

Para concretizá-los, o Estado deve dispor de recursos públicos, haja vista que todo o direito fundamental tem um custo público, ou seja, um custo orçamentário. A origem dos

recursos, para fazer face a tais custos, vai depender do tipo de Estado onde são implementados.

Mencionou-se acima que os direitos fundamentais fazem parte do feixe de direitos de cidadania. A origem, no entanto, calca-se na concepção histórica do que foi considerado internacionalmente como direitos humanos, os quais são inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição, e incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre outros.

Esses direitos nasceram no âmbito do direito internacional e, em 1945, eram considerados utópicos, especialmente considerando que o modelo de normatividade entre Estados que vigorava à época era o Westphaliano, centrado no Estado como sujeito. Os princípios de direito internacional foram flexibilizados, em especial o da soberania, justamente para acolher os direitos humanos. O indivíduo passa a ser o foco central, e a concretização se daria na medida em que cada Estado que aderisse a tratados sobre direitos humanos deveria cuidar de incorporá-los, pela via da Constituição, nos respectivos ordenamentos.

Novos direitos foram incorporados ao catálogo dos direitos humanos. De fato, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 elevaram os direitos sociais ao nível de direitos humanos. Muitas nações incorporaram a referida evolução.

No Brasil não foi diferente. Com efeito, em que pese constarem em capítulo distinto em relação aos direitos individuais e coletivos, encontram-se no mesmo Título II na Constituição de 1988. De forma que os direitos sociais no Brasil também ganharam a categoria de direito fundamental, inaugurando o Estado Social.

Nesse sentido sustenta SARLET (2018, p.67):

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sedo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático.

Assim, o dado novo a caracterizar o Estado social, no qual passam a ter expressão os direitos dos grupos sociais e os direitos econômicos, é a existência de um modo de agir dos

governos, ordenado sob a forma de políticas públicas, um conceito mais amplo que o de serviço público, que abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados, o que, por certo, implica custos não previstos concomitantemente à criação de novos direitos.

A lista de direitos fundamentais se amplia a cada momento. Exemplo é a recente aprovação, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, de Proposta de Emenda Constitucional - PEC 17/2019, que inclui a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, na lista de direitos e garantias fundamentais do cidadão. A proteção, de uma maneira geral, já existia, e com a citada PEC pretende-se alçá-la à proteção constitucional, conformando o legislador ordinário, o Poder Executivo e o Judiciário a princípios constitucionais mais abrangentes, sempre atentos à dignidade da pessoa humana.

Todavia, não se pretende apenas constitucionalizá-la, mas também colocá-la sob o manto dos direitos fundamentais, o que por certo se refletirá na escolha do destinatário da norma. Os custos que advirão da concretização desse direito – que antes se resumia ao direito de quem se sentisse lesado pela violação de recorrer ao Judiciário e pleitear uma indenização em face do violador – doravante, em se aprovando a emenda em tramitação, sob a ótica do direito fundamental e cujo destinatário é o Estado, provavelmente não resumirão aos de acesso ao Judiciário.

Outro exemplo extremo pode aqui ser citado: a Proposta de Emenda à Constituição, PEC 19/2010, inspirada na criação, em 1972, do índice FIB – Felicidade Interna Bruta, no pequeno país do Himalaia, o Butão. A PEC pretende modificar o art. 6º da Constituição, incluindo a busca da felicidade, conceito subjetivo e individual, como componente dos direitos sociais, no bojo dos direitos fundamentais. Em tese, se aprovada, seria possível pleitos e exigência de políticas públicas para concretização desse direito, já que a busca da felicidade ganharia status de direito fundamental, como um dos componentes dos direitos sociais. Já se mencionou, e aqui se repete, a quem se dirige a normatividade constitucional: ao Estado.

2. Constitucionalização dos direitos

A compreensão do fenômeno da constitucionalização do direito passa pela necessidade de se compreender o período histórico no qual se insere, a saber, o da superação do legalismo estrito, ou melhor dizendo, do positivismo, com a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, cujos atos facínoras foram praticados sempre em nome da lei. O mundo então, a partir de 1945, começou a introduzir no debate o conceito de justiça, que

melhor se realizaria no âmbito dos princípios constitucionais. Foram necessários mais de 40 anos para o fenômeno chegar ao Brasil, pela Constituição de 1988, também chamada de Constituição cidadã.

A constitucionalização dos direitos, todavia, não é panaceia para todos os influxos sofridos na cidadania, pela não realização dos direitos fundamentais. Até porque elevar quaisquer direitos, de forma retórica, ao patamar de direitos fundamentais tem um custo público que deve ser levado em conta.

No referido custo deve ser destacado a necessidade de atuação de todos os poderes, como alerta Barroso:

a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas anteriormente referidas. Relativamente **ao Legislativo**, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) **impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais**. No tocante à **Administração Pública**, além de **igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda** (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, **para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais** (BARROSO, 2012, p. 32) – os grifos não constam do original.

Fica claro que o fenômeno da constitucionalização generalizada dos direitos, em que pese o legislador pretender outorgar maior proteção normativa aos citados direitos, não é solução para os problemas relacionados à respectiva concretização, restando tão somente como direitos retóricos. O problema é ampliado quando os direitos não apenas são constitucionalizados, mas o são como direitos fundamentais, cabendo ao Estado, como destinatário, promover políticas públicas para sua efetivação, o que por certo tem um custo público também.

Apenas a título de exemplo, vale transcrever as alterações promovidas ao longo do tempo no art. 6º da Constituição, cuja redação atual assim estabelece: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

DISPOSITIVO TEXTO ANTERIOR

ALTERAÇÃO

EMC- 026 DE 14/02/2000	São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.	São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia , o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
EMC- 064 DE 04/02/2010	São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.	São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação , o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
EMC- 090 DE 15/09/2015	São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.	São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte , o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

FIGURA 1- ALTERAÇÕES NO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Veja-se a repercussão, na jurisprudência, da emenda EC 26/2000. Para Lopes (2014), que analisou diversos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o

comportamento da jurisprudência sobre o direito à moradia, se fundamentava na noção de direito individual de propriedade imobiliária, essencialmente econômico. Assim, tanto a propriedade quanto a posse eram interpretadas de acordo com as normas de direito civil, concluindo a autora que a “revolução copernicana” do direito constitucional, em razão da emenda, ainda não havia ocorrido na interpretação do direito à moradia:

(...), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos conflitos sociais do direito à moradia com os direitos mais tradicionais de propriedade e de meio ambiente, bem como com a legislação urbanística, tem se mostrado cauteloso, sendo certo que a maioria das decisões se fundamentam na noção de direito individual de propriedade imobiliária ainda como se fosse um direito absoluto, essencialmente econômico. Poucos acórdãos entendem a propriedade e a moradia como parte de um sistema de direito urbanístico e tendem a interpretá-lo de acordo com as normas de direito civil, ou seja, como a propriedade e a posse de natureza civilista. (...) No eixo de colisão moradia versus propriedade, a moradia prevaleceu tão somente no instituto tradicionalíssimo da usucapião. Houve um número muito pequeno de reconhecimento de outros instrumentos mais contemporâneos elencados no Estatuto da Cidade para garantir a prevalência do direito à moradia sobre o direito de propriedade. Tal fato denota o reconhecimento da propriedade por parte do Tribunal de forma tradicional, como direito absoluto de cunho individualista. (...) O tribunal paulista tende a interpretar o direito ainda levando em consideração as normas de cunho individual, notadamente a legislação civil e quando o direito é coletivo, a norma base utilizada é a de direito administrativo, ou seja, a aplicação da norma pelo Estado sob a forma de comando e controle (LOPES, 2014, p.146-147).

No entanto, passados alguns anos desde que a emenda foi incorporada à Constituição, o quadro jurisprudencial certamente já não é o mesmo, tendo, inclusive, surgido novas questões decorrentes de políticas públicas implementadas por vários municípios, para concretizar o direito fundamental à moradia, como por exemplo, o aluguel social, concedido judicialmente não apenas diante de calamidade pública, como outrora. Tudo a indicar a participação cada vez maior do Estado na vida do cidadão, sem que se tenha cogitado dos respectivos deveres e custos.

Sobre o assunto, cita-se recente jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no agravo de instrumento AI 00418198220188190000, publicado em 30/01/2019:

EMENTA

O direito à moradia é direito fundamental previsto no art. 6 da Constituição Federal e trata de um bem inerente à dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, as pretensões relativas à condenação dos entes públicos ao pagamento de “aluguel social” possuem inegável caráter de assistência social, conforme à norma do art. 203, Inciso I, da Constituição Federal. O mínimo existencial das famílias atingidas pelas chuvas na comunidade onde a autora residia, sendo uma forma de garantia do direito social de moradia da autora e sua família. Por fim, sendo o direito à moradia um direito social e, portanto, direito fundamental do indivíduo a ele não se pode opor os limites da “reserva do possível” ou a violação ao princípio da separação dos poderes como forma de impedir a efetivação de uma garantia constitucional. Recurso desprovido.

Na concepção de que os direitos fundamentais restringir-se-iam a direitos negativos, e portanto, à abstenção do Estado, não teriam, aparentemente, custos, como assevera Nabais (2002), mas que estes, em realidade, existem. Até porque resta ultrapassada a tradicional dicotomia entre direitos negativos, também denominados de direitos à liberdade, e direitos positivos, ou direito a prestações, de custos visíveis, uma vez que a ampliada realidade dos direitos fundamentais exige cada vez mais a participação do Estado.

Surge então a realidade dicotômica: ao mesmo tempo em que se o quer limitado – até porque, já mostrou a história, o Estado que atua demasiadamente tende ao autoritarismo ou ao totalitarismo – exige-se cada vez mais a atuação do Estado, pela outorga da posição de destinatário das normas de direitos fundamentais, como decorrência do exacerbado manejo da constitucionalização dos direitos.

3. Políticas públicas e o custo dos direitos

A principal característica do Estado Social é a necessidade de os respectivos governos agirem ordenadamente, sob a forma de políticas públicas, conceito mais amplo e abrangente do que o de serviço público. O fundamento imediato é a própria função de governar, e o fundamento mediato, o que justifica mesmo o seu aparecimento, é a existência dos direitos sociais, que fazem parte do rol de direitos fundamentais do homem. Sua concretização é garantida por meio de prestações positivas, na grande parte¹, do Estado, pois este é geralmente o destinatário das normas que cuidam dos direitos fundamentais, dentre os quais, os sociais.

Assim, os direitos sociais, alçados ao patamar de direitos fundamentais de segunda geração, somente são realizáveis se for determinado ao Estado, por intermédio de seus órgãos públicos, um certo número de obrigações, ou para a implementação dos direitos sociais, por meio de políticas públicas, ou para sua fiscalização, quando a sua implementação é de responsabilidade dos particulares.

De se salientar que nem todas as políticas públicas são voltadas à concreção dos direitos fundamentais. Algumas se inserem como políticas setoriais e têm como fundamento o próprio conceito de desenvolvimento. Mas o que há de comum entre todas é o processo político de escolha de prioridade para o governo.

¹ Há direitos sociais que são concretizados pelos particulares. Portanto, nem sempre a implementação de direitos sociais é de responsabilidade do Poder Público, embora nessas hipóteses, o Estado tem o dever de fiscalizar e controlar, o que também exige recursos para a sua efetivação.

Sobre políticas públicas, Bucci esclarece que,

a formulação da política consistiria, portanto, num procedimento, e poder-se-ia conceituar, genericamente, os programas de ação do governo como atos complexos. (...). Esse fenômeno de procedimentalização, no qual sobressai o poder de iniciativa do governo – e que diz respeito aos meios, ao pessoal, às informações, aos métodos e ao processo de formação e implementação das políticas – é o ângulo sob o qual se justifica e se faz necessário o estudo das políticas públicas dentro do direito administrativo (BUCCI, 1997, p. 96).

Não se precisa reafirmar, por evidente, a dimensão econômica decorrente da implementação de políticas públicas. A começar pelos atos dirigidos à obtenção de dados sobre a realidade a transformar, debates públicos, planejamentos, capacitação técnica e vinculação profissional dos servidores públicos que atuarão para concretização dos direitos fundamentais, licitações, contratações, fiscalização etc. Ou seja, são vários os atos necessários à afirmação de uma política pública voltada à concreção de direitos fundamentais, o que por certo tem um elevado custo público. Aqui entra a necessidade de recursos públicos, obtidos, principalmente, por meio do Estado Fiscal. E será mais fiscal na medida em que se tenha mais direitos para concretizar.

Ao Estado fiscal precedeu o Estado patrimonial, que teve como suporte financeiro as receitas oriundas do próprio patrimônio ou de atividades exercidas em monopólio, como historicamente ocorreu nos Estados absolutistas e ainda ocorre nos Estados totalitários. Com o esgotamento dos referidos modelos, surge o Estado liberal.

De fato, o Estado liberal nasce ainda no século XVII, para romper com o absolutismo. No século XVIII, embalados pelos ideais da Revolução Francesa, e desconfiados do poder absolutista de extrema interferência na vida privada de cada indivíduo, muitos países, sob influência do iluminismo, adotaram o liberalismo, que se limitava basicamente ao exercício do poder de polícia, principalmente, para garantir a liberdade individual. Os demais direitos, em especial os hoje considerados sociais, não eram assumidos pelo Estado, mas sim pela benemerência privada. A face econômica e financeira do Estado liberal é o Estado fiscal.

O Estado fiscal assentava-se na ideia de que o Estado, mesmo mínimo, precisaria de recursos para o funcionamento da máquina administrativa, buscados na tributação. Esse minimalismo do Estado liberal, de tributação limitada, sucumbiu com a I Guerra Mundial, já que se fez imprescindível maior volume de recursos para fazer face aos gastos com a defesa e a segurança da população, além de necessidades básicas no tocante à saúde e seguro social.

O Estado liberal cede lugar ao Estado Social, pretendendo não apenas garantir as liberdades individuais, mas intervir para que a população tivesse acesso a direitos sociais, em igualdade de oportunidades. Seu braço econômico-financeiro é o Estado fiscal social, tendo como instrumento a tributação mais ampla e a intervenção no domínio econômico, impregnando a atividade de finalidade social, para equilibrar as desigualdades.

Historicamente, a transformação do Estado liberal em Estado social nasceu de 3 episódios distintos, mas cujos resultados se complementaram: a Revolução Mexicana, de 1910, a Revolução Russa, em 1917, e a reconstrução da Alemanha após a Primeira Guerra, a partir de 1919. No rastro desses eventos históricos, surgiram documentos que formaram a base dos direitos sociais e o respectivo Estado social que lhes deu suporte: a Constituição Mexicana, de 1917, a Constituição de Weimar, de 1919, ícone da social-democracia, e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia, em 1918.

Em que pese a forte raiz socialista, o Estado social não se contrapõe ao Estado liberal e nem o substitui. Tanto é assim que se articulou com o neoliberalismo, pela prática de medidas protecionistas para garantir o desenvolvimento dos direitos sociais.

Os referidos direitos, para se concretizarem, exigem como contrapartida a previsão e efetivação de deveres. Todavia, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, estes não formam categoria autônoma, sendo considerados tão somente como o lado passivo dos direitos fundamentais. A falta de autonomia não deixa de ser vista como forma de reação aos regimes totalitários ou autoritários que antecederam à Declaração. O mundo conheceu o domínio dos deveres sem direitos e, rejeitando-o, queria agora apenas os direitos sem deveres, ou com estes em patamar mínimo, sem autonomia.

Foi o que aconteceu na Itália e na Alemanha nos anos quarenta, e depois na França, Grécia, Portugal, Espanha. Nos anos oitenta, no Brasil e, posteriormente, nos países egressos do regime comunista, lembra Nabais (2002).

No caso do Brasil, é visível a referida situação. A começar pela denominação na Constituição de 1988: Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – sem fazer qualquer menção aos Deveres Fundamentais. E a explicitação do capítulo I do mencionado Título – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos – em nada ajuda nesse panorama.

O elenco, com algumas exceções, é quase todo de direitos. E mesmo quando prescreve algum dever, este nunca é um dever autônomo, mas sim apenas o lado negativo de

um direito fundamental consagrado. Por exemplo, o art. 5º, LVI da Constituição Federal, preceitua que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Ou seja, é apenas um dos lados reversos do direito à justiça, garantido no mesmo artigo, no inciso XXXV.

Não se nega aqui a existência de diversos deveres fundamentais, considerando que estão espalhados por toda a Constituição: o pagamento de tributos, a participação política, a preservação do meio ambiente, entre outros. Todavia, diferentemente do que ocorre com os direitos fundamentais, muitos dos deveres correlatos aos direitos fundamentais formam apenas uma carta de intenções e o legislador ordinário deve atuar nesse espaço. Tais características foram observadas por Nabais (2002), que conclui que os deveres reconhecidos pelo legislador ordinário não podem ser considerados como fundamentais, mas sim legais, já que não foram constitucionalizados.

A Itália tentou amenizar a referida discrepância de tratamento jurídico entre direitos e deveres fundamentais, expressando no art. 2º da sua Constituição, uma cláusula geral de deveres fundamentais:

A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social (2018 p.6).

Já a Constituição brasileira traz cláusula geral reversa em relação a deveres, contida no art. 5º, II (qual seja, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) como proteção do cidadão, e não traz nenhuma cláusula geral de deveres.

De fato, inexistente no Brasil, e em vários países, como aponta Nabais (2002), um regime jurídico próprio de deveres fundamentais, e ainda que se considere sua relativa dependência em relação aos direitos fundamentais, cabendo a aplicação dos mesmos princípios, não há a possibilidade de aplicabilidade direta dos deveres fundamentais, como ocorre com os direitos fundamentais e suas garantias, que estão constitucionalizados.

Daí resulta que muitos dos direitos fundamentais, para se concretizarem, prescindem de correlato dever fundamental exigido especificamente do beneficiário do direito ou do grupo social no qual está inserido. Sua concretização exige providências do Estado, que geram custos nem sempre visíveis, e que são, via de regra, públicos.

Nesse sentido, HOLMES e SUNSTEIN (2012, p. 33) sustentam que os direitos custam dinheiro. Para os referidos autores é impossível protegê-los ou exigí-los sem fundos e apoio públicos.

Assim, a efetivação dos direitos fundamentais representa custos, sendo que os direitos sociais são especialmente onerosos e, em razão disso, sua proteção varia conforme as possibilidades econômicas, financeiras e culturais de cada Estado (BOTELHO, 2015, p. 121), haja vista a escassez de recursos.

Para HOLMES e SUNSTEIN, levar a sério os direitos equivale a levar a sério a escassez de recursos (2012, p. 117). Portanto, tratar de direitos fundamentais, sem levar em conta a necessidade de recursos públicos para garantir sua efetividade, é não levar a sério os referidos direitos fundamentais. Nesse contexto, no estado social democrático de direito os recursos públicos provém do dever dos membros da sociedade, consistente, em especial, no pagamento de tributos.

Assim, ao mesmo tempo em que os direitos são alçados a fundamentais, deveriam vir acompanhados de deveres correlatos, em especial com os respectivos custos orçamentários, necessários para concretizá-los. Essa correlação não deve ser observada apenas pelos Poderes legislativo e Executivo, mas também pelo Poder Judiciário, já que, mesmo quando reconhecidos judicialmente, dependem de recursos públicos para serem implementados.

Conclusões

Os direitos fundamentais devem constar na Constituição de cada Estado, cabendo a este, como destinatário da norma constitucional, quando se cuida de direitos fundamentais, assegurá-los para todos.

Todavia, nem todos os direitos que se encontram elencados como fundamentais na Constituição brasileira gozam da garantia de concretude, uma vez que o Estado não tem capacidade para suportá-los. Ou seja, constam no rol de direitos fundamentais como simples declaração de intenções, o que não se coaduna com a própria natureza desses direitos.

Daí o questionamento sobre a efetividade da constitucionalização de direitos no rol dos fundamentais, quando não se cogita, concomitantemente, e antes de lançá-los como tais, de criar os deveres fundamentais correlatos, bem como de estipular os custos orçamentários necessários para concretizá-los.

O questionamento se dirige não somente aos Poderes Legislativo e Executivo, mas também ao Judiciário, que, a despeito de constatar a omissão e frente a esta, muitas vezes resolve assegurar, por decisão judicial, direitos que constam apenas retoricamente no rol de fundamentais, sem atentar para os necessários custos orçamentários para concretizá-los, e colocando em cheque um dos princípios mais caro da cidadania, o princípio da igualdade.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. - Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p 31-63. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf. Acesso em 31 ago. 2019.

BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição – PEC 19/2010. Ementa: Altera o artigo 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. Disponível em: www25.senado.leg.br. Acesso em 31 ago. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição – PEC 17/2019. Ementa: Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: www25.senado.leg.br. Acesso em 31 ago. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 34, n 33, jan/mar 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198>. Acesso em 31 ago. 2019.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass. El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos, Tradução de Stella Mastrangelo. 1ª ed. 1º reimp, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

ITÁLIA. Constituição da República Italiana. Edizione in lingua portoghese. Senato della Republica, 2018 p. 6. Disponível em: www.senato.it/pubblicazioni. Acesso em 31 ago. 2019.

LOPES, Roberta de Castilho Andrade. A construção do direito à moradia no Brasil: da formação da norma à judicialização no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Ciências. São Paulo 2014. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16137/tde-08072014-095442/publico/TESE_ROBERTA_CASTILHO_REVISADA.pdf. Acesso em 27 ago. 2019.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Revista Direito Mackenzie, São Paulo, 2002, ano 3, n 2, p. 9-30. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/7246/4913>. Acesso em 31 ago. 2019.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de instrumento AI 00418198220188190000, Agravante: Município de Sumidouro, Agravada: Claudia Maria da Cruz, Relator: Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, Rio de Janeiro, Disponível em Relator: Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, Disponível em: https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692180197/agravo-de-instrumento-ai-418198220188190000/inteiro-teor-692180207?ref=topic_feedin, Acesso em 31 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.