

Introdução

Partindo-se 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 devem ser reconhecidos para todos os indivíduos e 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 ligação com a forma de Estado vigente, anotando-se aqui, em especial, o caráter intervencionista dessa ligação no que diz respeito a políticas públicas, respectivo custeio e suas consequências.

Como aduzido por Holmes e Susteim (2012) 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. Regra geral, os custos são bancados 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 e autônomos, 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. Considerações gerais sobre a cidadania

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. 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. Confundem-se com os direitos humanos, com a diferença de estes últimos serem protegidos pelo direito internacional.

Os direitos políticos referem-se ao conjunto de direitos do indivíduo de participar no processo decisório da sociedade e têm como expressão maior o direito de votar e de ser votado, e todos os demais direitos que lhes são correlatos. Os referidos direitos 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 como 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)

Do acima exposto é possível concluir 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. Na verdade, 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.

De fato, essa relação entre Estado e cidadania se faz sentir sobremaneira quando se analisa a evolução da cidadania no Brasil. Carvalho (2007) lembra que no Brasil os Direitos Políticos saíram na frente, em 1822, com a independência do Brasil e com a peculiaridade – diferentemente de 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 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 por cada Estado, nas respectivas Constituições.

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

Assim, tendo em vista que os direitos de cidadania, mais especificamente os direitos fundamentais, tem 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.

2. Direitos humanos e direitos fundamentais

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, uma vez que 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 totalmente centrado no Estado como sujeito de direitos. Os princípios de direito internacional foram flexibilizados, em especial o da soberania, justamente para acolher os direitos humanos. O indivíduo passou 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 tal 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 Federal de 1988. De forma que os direitos sociais no Brasil também ganharam a categoria de direito fundamental, inaugurando o Estado Social.

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, a PEC 17/2019, que inclui a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, na lista de direitos e garantias fundamentais do cidadão. Ora, a proteção, de uma maneira geral, já existia, e nada mais natural que pretender 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 dirigiria a normatividade constitucional: ao Estado.

3. 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 para os mesmos, 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 artigo 6º da Constituição, o qual, atualmente, preceitua que “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 EMC 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. Ou seja, 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:

Contudo, 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.

Muitos doutrinadores, entre eles Canotilho (1998), apontam que os direitos fundamentais são direitos negativos, e restringir-se-iam ao direito à abstenção do Estado. Aparentemente, lembra Nabais (2002), tais direitos não teriam custos, 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 da ampliada realidade dos direitos fundamentais exige-se cada vez mais a participação do Estado.

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

4. Políticas públicas e deveres fundamentais

A principal característica do Estado Social é a necessidade de os respectivos governos agirem de forma ordenada, sob a forma de políticas públicas, conceito mais amplo e abrangente do que o do 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 ocorre por meio de prestações positivas, na grande parte¹, do Estado, pois este é geralmente o destinatário das normas que cuidam dos direitos fundamentais.

Ou seja, os direitos sociais, alçados ao patamar de direitos fundamentais de segunda geração, somente são realizados se for imposto de forma direta, ao Estado, por intermédio de seus órgãos públicos, um certo número de obrigações positivas.

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

¹ Há direitos sociais que são concretizados pelos particulares. Portanto, nem sempre a implementação de direitos sociais são realizados pelos Poderes públicos.

próprio conceito de desenvolvimento. Mas o que há de comum entre todas é o processo político de escolha de prioridade para o governo.

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 do encadeamento de atos administrativos complexos. 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 da presença de um Estado Fiscal. E será mais fiscal na medida em que se tenha mais direitos para concretizar.

5. O Estado fiscal

O Estado patrimonial, que precedeu o Estado fiscal, 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 precedeu o Estado . Com o esgotamento de tal modelo, surge o Estado liberal.

De fato, o Estado liberal nasce ainda no século XVII, para romper com o absolutismo. No século XVIII, ainda 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 em sua forma mínima, 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. Mas 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, impregnado pela doutrina socialista. 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, segundo Martinez (2004).

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 tal situação. A começar pela denominação na Constituição Federal 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, trata apenas 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 impostos, 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 tal discrepância de tratamento jurídico entre direitos e deveres fundamentais, expressando no art. 2º da sua Carta Constitucional, 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 aos 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 aqui 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. Em outras palavras, os custos são metamorfoseados em serviços e políticas públicas, e são custeados pelos tributos, configurando um tipo de Estado: o Estado fiscal.

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 e os custos orçamentários necessários para concretizá-los.

O questionamento se dirige não só ao Poder Legislativo, mas também ao Poder Judiciário, que, a despeito de constatar a omissão e frente a esta, muitas vezes resolve assegurar, por decisão judicial, em ação individual, na maior parte das vezes, 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* Direito administrativo e seus novos paradigmas, Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63.

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. Acessado em 02/06/2019.

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. Acessado em 02/06/2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo, *In* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 34, n 133, jan/mar 1997.

CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 1998.

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

COZER, Raquel. Sorria, você está no Butão. Revista Super Interessante. Editora Abril. 2006. Publicado em 31/05/2006. Disponível em <https://super.abril.com.br/cultura/sorria-voce-esta-no-butao/>. Acessado em 02/06/2019.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Os custos dos direitos, parte I. Embargos Culturais. Conjur 07/04/2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-07/embargos-culturais-holmes-sunstein-demonstram-custo-financeiro-direitos>. Acessado em 02/06/2019.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass. El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos, 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. Acessado em 02/06/2019.

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. Acessado em 02/06/2019.

MARTINEZ, Vinício. Estado de Direito Social. In: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 384, 26 jul. 2004. Disponível em : <https://jus.com.br/artigos/5494> . Acesso em 20 maio 2019.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos, São Paulo, 2002. Editora Mackenzie. Revista Direito Mackenzie, Ano 3, número 2, pp. 9-30.