

**IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI QUITO - EQUADOR**

**NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO I**

LITON LANES PILAU SOBRINHO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os 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 - IMED – 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 (UFSC – 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)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

N935

Novo Constitucionalismo Latino-Americano I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UASB

Coordenadores: Liton Lanes Pilau Sobrinho; Alejandro Marcelo Medici; Sérgio Henriques Zandona Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-677-2

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

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT 1) denominado “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO I” do IX Encontro Internacional do CONPEDI Quito/Equador promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), e apoio do Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) e da Pontificia Universidade Católica del Ecuador (Puc-Ecuador). O evento teve enfoque na temática “Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito”, e realizado entre os dias 17 e 19 de outubro de 2018 na Faculdade de Direito (Edifício Antonio José de Sucre), no Campus da Universidad Andina, na Calle Toledo n 22-80 (Plaza Brasilia) – Cidade de Quito/Equador.

Trata-se de publicação que reúne artigos de questões diversas, atinentes às temáticas envolvidas no novo constitucionalismo latino-americano, observado o movimento atual, em especial, ao completar dez anos da promulgação da Constituição de Montecristi (Constituição Equatoriana de 2008) e de nove anos da Constituição da Bolívia. Os textos são apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação, em especial do Brasil e do Equador, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes: a relação entre direitos e organização do poder; as principais contribuições e limites do novo constitucionalismo; a avaliação das inovações constitucionais aliados a ideia de novos direitos e novas perspectivas jurídicas.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao processo de internacionalização do direito via direitos humanos: um olhar sobre as perspectivas regionais e mundiais; a dignidade humana e garantia do “mínimo existencial”: eixos fundamentais do estado democrático de direito no constitucionalismo social; as perspectivas decoloniais do novo constitucionalismo latino-americano. No GT abordado ainda, em exame comparativo de sistemas, os elementos do novo constitucionalismo latino-americano na Constituição Equatoriana de Montecristi (2008); la reparación integral en la constitución del Ecuador un concepto en constante evolución; o descompasso brasileiro no neoconstitucionalismo latino-americano; o inaudível lamento dos povos amazônicos - o índio visto como ser “a-histórico”

e a exploração mineral em terras indígenas brasileiras e equatorianas; e o processo de constitucionalização da paz na Colômbia: diálogo com o tratado de paz. Finalmente, temáticas específicas, tendo como foco a coparentalidade como novo modelo de entidade familiar; e-mails para a posteridade: direito à herança versus direito à privacidade; e a operacionalização constitucional democrática da lei federal brasileira nº 13.019/2014: anotações técnicas e processuais para implementação de novos direitos.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade dos direitos humanos nas várias constituições latino-americanas. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema constitucional regional e mundial.

É imprescindível dizer que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito no Brasil, no Equador e, em especial, na América Latina, demonstrando notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea.

A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre a originalidade e vigência das constituições inovadoras da América Latina, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o direito e os desafios na temática para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito sobre problemas sociojurídicos como o extrativismo, o papel do estado, o modelo econômico, as subjetividades, as formas de propriedade e a plurinacionalidade nos marcos das teorias do direito, do estado e da democracia; visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos democráticos e de direitos humanos e fundamentais, insculpidos no novo constitucionalismo latino americano.

Quito/Equador, outubro de 2018.

Professor Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Universidade Vale do Itajaí / Universidade de Passo Fundo

liton@upf.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC / Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

**DIGNIDADE HUMANA E GARANTIA DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”:
EIXOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO
CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**

**HUMAN DIGNITY AND GUARANTEE OF THE "MINIMUM EXISTENTIAL":
FUNDAMENTAL AXES OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW IN SOCIAL
CONSTITUTIONALISM**

Rodrigo Garcia Schwarz ¹
Larissa Thielle Arcaro ²

Resumo

O presente artigo tem por escopo colaborar para a percepção de que o fundamento da autoridade normativa dos direitos humanos positivados pelas constituições contemporâneas, e, assim, também dos direitos fundamentais nelas proclamados, confunde-se com o próprio valor supremo da dignidade humana. O problema de pesquisa é demonstrar que, na atualidade, são exatamente os direitos humanos – o efetivo respeito aos direitos humanos – os principais referentes utilizados para a avaliação da legitimidade de um ordenamento político-jurídico. O procedimento investigativo é descritivo-explicativo do tipo documental-bibliográfico.

Palavras-chave: Constituição, Dignidade humana, Estado democrático de direito, Garantias, Mínimo existencial

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to contribute to the perception that the foundation of the normative authority of human rights, as embodied in the contemporary constitutions, and thus also of the fundamental rights proclaimed in them, is confused with the supreme value of human dignity. The research problem is to demonstrate that, at present, human rights - the effective respect for human rights - are the main references used to evaluate the legitimacy of a juridical-political order. The investigative procedure is descriptive-explanatory of the documentary-bibliographic type.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Human dignity, Democratic rule of law, Guarantees, Minimum existential

¹ Doutor, Professor do PPGD da UNOESC - Universidade do Oeste de Santa Catarina

² Mestranda, discente do PPGD da UNOESC - Universidade do Oeste de Santa Catarina

1 Considerações iniciais

Um dos grandes avanços do constitucionalismo social foi o de haver dotado os direitos humanos de certa força vinculante, seja incorporando-os às constituições nacionais, como direitos fundamentais, seja conferindo um *status* especial aos tratados internacionais de direitos humanos nas tessituras constitucionais nacionais. Assim, para além do complexo debate jurídico sobre as relações entre o direito internacional (*direito dos direitos humanos*) e o direito constitucional interno (*direito dos direitos fundamentais*) – monismo e dualismo –, as constituições contemporâneas, no marco do Estado democrático de direito, além de possuírem cláusulas que conferem um *status* especial aos tratados internacionais de direitos humanos, têm incorporado definitivamente os direitos humanos ao virtuoso/eloquente catálogo das garantias constitucionais – ou seja, dos direitos ditos fundamentais: o projeto do Estado democrático de direito, herdeiro do Estado social, passa, portanto, necessariamente, por uma concepção da democracia constitucional como um sistema jurídico e político profundamente vinculado, em termos materiais, àqueles direitos que podemos concomitantemente categorizar como humanos e fundamentais.

Em termos axiológicos, filosófico-normativos e teórico-dogmáticos, pode-se, assim, afirmar que a base fundamental do Estado democrático de direito contemporâneo corresponde à mesma base fundamental do Estado social: o Estado democrático de direito contemporâneo assume muitas das conquistas do Estado social, como o próprio dever de realizar os direitos fundamentais. Por isso, a dignidade humana é reconhecida, no Estado democrático de direito, como um valor supremo, o primeiro dos valores fundamentais, o verdadeiro epicentro de todo o ordenamento jurídico, em torno do qual gravitam todas as demais normas: a dignidade humana constitui o elemento central para a construção de um fundamento, independentemente da forma jurídica que os veiculem dogmaticamente, para os direitos humanos e fundamentais.

Nesse sentido, é escopo do presente artigo, pela via de procedimento descritivo-explicativo, com pesquisa em fontes documentais-bibliográficas, colaborar para a compreensão de que o fundamento da autoridade normativa dos direitos humanos que vêm sendo positivados pelas constituições contemporâneas, e, assim, também dos direitos fundamentais nelas proclamados, confunde-se com o próprio valor supremo da dignidade humana, nos termos da Declaração Universal de Direitos Humanos, e, portanto, de que, na atualidade, são exatamente os direitos humanos – ou melhor, o efetivo respeito aos direitos humanos – os principais referentes utilizados pelas comunidades interna e internacional para a avaliação da legitimidade de um dado ordenamento jurídico-político.

Isso implica a proteção e a efetiva realização dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, relacionados ao mínimo existencial e, assim, ao núcleo material da dignidade humana, com uma virtuosa divisão de tarefas entre o legislador, o administrador e o julgador no Estado democrático de direito. Não podemos, assim, pensar razoavelmente na articulação dos direitos fundamentais no marco do Estado democrático (constitucional e social) de direito sem vinculá-los (1) a uma liberdade regulatória relativa do legislador e do administrador, especialmente no delineamento das políticas públicas sociais; (2) a um legislador e um administrador efetivamente comprometidos com – ou melhor, vinculados ao – conteúdo constitucional dos direitos sociais; e (3) a uma jurisdição que, atuando como órgão de controle, reconheça a autoridade do legislador e do administrador na delimitação e na concretização dos direitos sociais fundamentais, reservando para si, embora, o controle sobre aqueles elementos básicos, como o respeito aos direitos sociais fundamentais, indispensavelmente relacionados ao exercício da autonomia e à saúde do próprio procedimento democrático.

2. A dignidade humana: fundamento dos direitos humanos/fundamentais

A par dos problemas atuais do constitucionalismo social, com a recorrentemente alegada “crise de governabilidade” – escassez de recursos em disputa social, sobretudo – em diversas democracias fundadas no binômio Estado social de direito – Estado de bem-estar social, e, conseqüentemente, com a substancial paralização, e inclusive desmantelamento, de boa parte das políticas de bem-estar do Estado social de direito, historicamente construídas, e com a imposição, em diversos graus, de um modelo reacionário de Estado conservador, residual e neoliberal¹, é absolutamente necessário verificarmos que a base fundamental do Estado democrático de direito contemporâneo ainda é a mesma base fundamental do Estado social histórico, já que o Estado democrático de direito contemporâneo assume muitas das conquistas do Estado social, como o dever de realizar os direitos fundamentais.

¹ Grau (2001), Mello (2001) e Rocha (2001) criticam enfaticamente o contínuo desmantelamento, no Brasil, dos lineamentos básicos dados pela Constituição de 1988. Segundo Grau (2001, p. 69), “Nenhuma outra de nossas Constituições terá sido tão criticada como a de 1988. Dela se tem falado mal, tem-se atribuído todos os males, todas as distorções, todos os desequilíbrios que caracterizam a sociedade e o Estado brasileiros. O Brasil seria ingovernável, diz-se, sob a Constituição de 1988. Por isso se impunha a sua revisão – afirmou-se de início –, ao menos a sua reformulação mediante Emendas Constitucionais – passou-se a dizer após. Jamais, contudo, foi esclarecido *por que e como* a Constituição de outubro de 1988 comprometia a governabilidade e/ou seria adversa aos interesses do povo brasileiro, titular do poder que a constituiu”.

Por isso, a dignidade humana é reconhecida, no Estado democrático de direito, como um valor supremo, o primeiro dos valores fundamentais, o verdadeiro epicentro de todo o ordenamento jurídico, em torno do qual gravitam todas as demais normas.

Nesse sentido, um dos grandes avanços do constitucionalismo social foi o de haver dotado os direitos humanos de certa força vinculante, seja incorporando-os às constituições nacionais, como direitos fundamentais, seja conferindo um *status* especial aos tratados internacionais de direitos humanos nas tessituras constitucionais nacionais.

Assim, para além do complexo debate jurídico sobre as relações entre o direito internacional (*direito dos direitos humanos*) e o direito constitucional interno (*direito dos direitos fundamentais*) – monismo e dualismo –, as constituições contemporâneas, no marco do Estado democrático de direito, têm, além de cláusulas que conferem um *status* especial aos tratados internacionais de direitos humanos², incorporado definitivamente os direitos humanos ao virtuoso/eloquente catálogo das garantias constitucionais – ou seja, dos direitos ditos fundamentais: o projeto do Estado democrático de direito, herdeiro do Estado social, passa, necessariamente, por uma concepção da democracia constitucional como um sistema jurídico-político profundamente vinculado, em termos materiais, àqueles direitos que podemos concomitantemente qualificar de humanos e fundamentais³.

Portanto, na atualidade, são exatamente os direitos humanos – ou melhor, o efetivo respeito aos direitos humanos – os principais referentes utilizados pelas comunidades interna e internacional para avaliar a legitimidade de um ordenamento jurídico-político: no âmbito do

² Essa tendência parece começar com a Constituição portuguesa, que, no seu art. 16, estabelece que: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” e que “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Na América Latina, a Constituição peruana de 1979 parece inovar nesse tratamento constitucional dos direitos humanos, seguida pelas constituições da Guatemala (1985) e da Nicarágua (1987). As constituições contemporâneas de outros países, como Argentina, Brasil, Espanha e Venezuela, com maior ou menor grau, também adotam essa tendência do constitucionalismo social, de reconhecer, ao menos sob certas condições, um *status* e uma hierarquia particulares aos tratados de direitos humanos.

³ Em matéria de direitos humanos, tem-se desenvolvido um verdadeiro “direito constitucional internacional” ou um “direito dos direitos humanos”, que exsurge da ampla convergência dinâmica entre o direito constitucional e o direito internacional, que se retroalimentam e auxiliam mutuamente na proteção da dignidade humana. Dessa forma, tendo-se em conta que os princípios gerais de direito reconhecidos pelas civilizações são uma das fontes reconhecidas do direito internacional (art. 38.1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça), resulta razoável que o próprio direito internacional tenha em conta os avanços do direito constitucional em matéria de direitos humanos para o seu próprio desenvolvimento e vice-versa: a adoção constitucional generalizada de determinadas normas de direitos humanos pode ser considerada como uma expressão do estabelecimento de um princípio geral de direito. O desenvolvimento dos direitos humanos é, assim, dinamizado tanto pelo direito internacional como pelo direito constitucional, devendo o intérprete optar, sempre, em função do princípio de *favorabilidade (pro homine)*, pela norma mais favorável à realização desse valor supremo que é a dignidade humana.

constitucionalismo social contemporâneo, o tratamento especial e privilegiado dos direitos humanos justifica-se a partir de uma profunda afinidade axiológica e normativa entre o direito internacional, que, a partir da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, coloca os direitos humanos no seu próprio ápice, e o direito interno, que coloca de forma correspondente os direitos fundamentais (constitucionais): é natural, portanto, que as constituições contemporâneas enfatizem essa afinidade conferindo em status especial aos instrumentos internacionais proclamadores dos direitos humanos.

Por outro lado, o fundamento da autoridade normativa dos direitos humanos que vêm sendo positivados pelas constituições, e, portanto, também dos direitos fundamentais nelas proclamados, confunde-se com o próprio valor supremo de dignidade humana, nos termos da Declaração Universal de Direitos Humanos⁴.

A fundamentação argumentativa da presumida validade universal dos direitos humanos, *para todos os homens*, e a conseqüente eleição, pela via constitucional, de determinados direitos como fundamentais⁵, tem que poder basear-se em uma ideia axiologicamente adequada de dignidade humana: esta, a dignidade humana, constitui o elemento central para a construção de um fundamento, independentemente da forma jurídica que os veiculem dogmáticamente, para os proclamados direitos humanos fundamentais. Os direitos humanos têm que poder ser positivados axiologicamente como direitos fundamentais do homem; a dignidade humana, fundamento a partir do qual isso acontece, é uma “premissa forte”, ou seja, é uma idealização que está presente em todas as positivações, mas que não se perde nelas. Essa tal ideia de dignidade humana tem que constituir um fundamento normativo universal sólido e irredutível de todas as declarações concretas de direitos humanos e de todas as constituições dos Estados democráticos de direito.

Caberia perguntarmo-nos se temos, de fato, tal concepção de dignidade humana. Sua definição não parece haver sido alcançada, até o momento, senão de forma negativa e indireta,

⁴ “Art. 1.º Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. A interpretação do conteúdo normativo dos tratados de direitos humanos proclamados depende, assim, de forma decisiva, da dignidade humana dos seres humanos individuais dotados de razão e consciência: é esse o *espírito* da concepção clássica dos direitos humanos para o liberalismo político (que não se confunde com o liberalismo econômico), que concentra toda a sua relevância na defesa do indivíduo contra o Estado e nos direitos de participação política do indivíduo dentro daquele (do Estado).

⁵ A ideia de *direito fundamental*, em um plano axiológico, concerne às prerrogativas e às instituições que o ordenamento positivo concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Sua *fundamentalidade* decorre do fato de que, sem ele, a pessoa não se realiza, não convive e, em situações mais radicais, sequer sobrevive: são direitos imprescindíveis para a vida digna e, por isso, exigíveis em nome de todos e para todos os cidadãos/administrados – daí deriva a sua ampla correspectividade aos “direitos humanos”.

considerando-se, assim, expressão da dignidade humana justamente uma série de direitos e de expectativas materiais cuja violação concreta representaria, concomitantemente, a violação da dignidade humana⁶. A par desse evidente círculo vicioso, essa definição indireta poderia ser enunciada nos seguintes termos gerais – a dignidade humana consiste, basicamente, naquilo que seria violado (SCHWARZ, 2016a):

a) se fossem subtraídos, à pessoa, os bens indispensáveis para a vida e/ou as liberdades mínimas;

b) se é imposta à pessoa profunda e duradoura dor física e/ou psíquica evitável, ou se lhe é negado ou reduzido o próprio *status* de sujeito de direito.

O núcleo central de tal ideia de dignidade humana, como fundamento universal dos catálogos de direitos humanos particularizados culturalmente, requer, ademais, uma variação em torno das formulações do imperativo moral kantiano⁷: exige-se de qualquer homem que trate a outro da forma como gostaria de ser tratado por este, e não como as circunstâncias conjunturais o indiquem⁸. Os direitos humanos são, portanto, uma questão social e cultural (educacional), e não uma questão meramente política ou econômica.

Assim, a questão dos direitos humanos, e com ela da própria dignidade humana, coloca-se como algo parecido a uma “maratona existencial”, de resistência e de afirmação⁹: incumbe

⁶ A formação de um catálogo de direitos humanos está, de fato, associada ao catálogo das chamadas “histórias tristes”, ou seja, àquelas experiências coletivas de extremo sofrimento e de exposição do homem a experiências extremamente indignas, sobretudo ao longo do século vinte, pródigo em guerras, ditaduras e genocídios, objeto de sucessivas interpretações morais que constituem a base do chamado “saber moral” negativo (MARGALIT, 1997). Para os que dispõem desse saber, é muito clara a exigência de concretizar a proteção dos direitos humanos para evitar-se que essas experiências se repitam. É nesse sentido que Habermas (2003) afirma que na maioria dos artigos referentes aos direitos humanos retumba o eco de uma injustiça sofrida que passa a ser negada, por assim dizer, palavra por palavra.

⁷ O princípio da dignidade humana desenvolveu-se, sobretudo, a partir dos estudos de Immanuel Kant: foi Kant que, tentando fundamentar um dos imperativos categóricos universais por ele formulados, pôs em evidência o caráter único e finalístico em si mesmo do ser humano: “Age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza” (Kant, 1974). Kant afirma, assim, que o homem, e de uma maneira geral todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele (o homem) deve ser “sempre considerado simultaneamente como um fim” (Kant, 1974).

⁸ Assim, segundo Villoro (1993, p. 131 et seq.), “Provisionalmente, se puede concluir que la concepción de los derechos humanos no tiene que optar entre universalismo y particularismo. Es intrínseca al programa de los derechos humanos tanto la premisa de la *humanitas* cuanto la de su politización y su historicidad. La cuestión que queda es la de (re)trazar el itinerario de la interpretación de la *humanitas* como idéntica con la problemática idea de que solamente la cultura europea correspondería a la esencia misma de la especie humana”.

⁹ Nesse sentido, o pensamento de Zambrano (2008), para quem a vida não pode ser vivida sem um ideal, mas um ideal que não pode ser meramente abstrato: “ha de ser una idea informadora, de la que se derive una inspiración continua a cada acto, en cada instante”. Assim, aceitação e resistência parecem ser as condições últimas da vida, ou seja, a vida deve estar aberta para aceitar, mas também deve ser forte para resistir: a aceitação a leva a entrar

a todos e a cada um de nós, sendo indelegável a terceiros – mesmo ao Estado –, sob pena de perda de autonomia, respeito e, mesmo, dignidade. É uma tarefa de todos e de cada um dos cidadãos/administrados, independentemente de sua origem, de sua condição social ou de suas convicções. Se tal revolução cultural e mental não ocorre, de pouco ou mesmo de nada serve que um Estado-providência provedor de utopias reedite as atitudes de um déspota esclarecido.

Em síntese, àqueles que ainda não aceitam a ideia da dignidade humana como valor palpável, integrado concretamente ao sistema jurídico, por entendê-la como uma formulação demasiadamente abstrata, devendo apenas fornecer, por isso, uma base para a aplicação de outros princípios fundamentais, como a privacidade, a autodeterminação, a integridade física e mental, etc., deve ser oposto o caráter concreto e autoaplicável da dignidade humana, expresso na vida concreta de cada sujeito particularizado a partir do paradigma da razão comunicativa: a língua é uma condição essencial à existência da possibilidade humana (HABERMAS, 2003); a partir daí, a vida não é somente o primeiro e fundamental direito a ser protegido pela lei; é, mais, a própria condição primária de possibilidade de quaisquer outros direitos. Desenvolve-se, assim, o conceito de supremacia absoluta da vida humana, vida que, para ser entendida como tal, deve ser digna.

3. O “mínimo existencial”: núcleo material da dignidade humana

Esse paradigma impõe pensar a vida sob um aspecto material, ou seja, o ponto de partida desse paradigma é a vida com um conteúdo propriamente material, pois a vida é, sobretudo, vida concreta, biológica¹⁰.

Nesse contexto, o núcleo do princípio da dignidade não supõe apenas garantir a proteção da dignidade humana no sentido de assegurar para a pessoa, de forma genérica e abstrata, um tratamento não degradante, tampouco significa o simples oferecimento de garantias à integridade física ou psíquica do ser humano: nesse ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada de forma prioritária onde quer que se manifeste, e como se manifeste, de modo que sempre terão preferência os direitos e as necessidades de certos grupos sociais considerados, de uma forma ou de outra, mais vulneráveis, e que estão, assim, a

em ação, em movimento, em constante transformação; a resistência, a perseverar. A primeira é uma ação incessante; a segunda é conservação.

¹⁰ Assim, podemos afirmar que a vida nunca poderá ser reduzida a uma ideia, a uma abstração, dado seu substrato concreto, físico e biológico. Nesse sentido, v. Maturana e Varela (2001).

exigir uma proteção especial: as crianças e os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas ou mentais, os consumidores, os trabalhadores, os desempregados, os pobres e os membros de minorias étnico-raciais, entre outros (MORAES, 2003).

Está claro que, nessa dimensão, é impossível reduzir a uma fórmula genérica e abstrata *a priori* tudo aquilo que constitui o núcleo da dignidade humana. Assim, essa discussão sobre o respeito à dignidade humana e à consequente delimitação do seu conteúdo só pode ser levada a cabo no caso concreto, quando se possa perceber uma efetiva agressão à dignidade da pessoa. Nesse contexto, parece-nos claro que a materialidade do princípio da dignidade humana assenta-se sobre o denominado “mínimo existencial”, que corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis para a existência humana digna: o mínimo existencial e o núcleo material da dignidade humana correspondem ao mesmo fenômeno (BARCELLOS, 2002).

Por isso, é necessária a adoção de uma nova visão sobre os direitos fundamentais em geral e sobre os direitos sociais em particular, pois a efetividade de quaisquer direitos humanos fundamentais, vinculados à dignidade humana e relacionados à liberdade e à autonomia da pessoa, não é possível sem a garantia, para ela, do mínimo existencial, condicionado econômica, social e culturalmente (SCHWARZ, 2018).

Isso implica refutar o processo liberal de banalização – que destitui, na prática, a autoridade dos direitos humanos fundamentais – e de fragmentação teórica dos direitos humanos fundamentais (FERRAZ JUNIOR, 2007), repensando esses direitos e as suas garantias, pois a concretização dos chamados direitos fundamentais não pode ser considerada separadamente da consolidação da própria democracia, dos direitos sociais e dos direitos civis e políticos: a realização da cidadania real, imprescindível para a democracia, requer reformas econômicas, sociais e culturais para a remoção dos obstáculos que a impedem (DIMENSTEIN, 2006).

De fato, o próprio significado social de “pessoa” está relacionado com as diferentes posições que cada um de nós ocupa – e através das quais atuamos – dentro de cada campo concreto (BOURDIEU, 2000), e essas posições, cujo conjunto constitui a nossa definição social de pessoa, estão definidas dentro de cada campo de tal forma que nos permitem determinadas práticas sociais e nos impedem ou restringem outras (ZAMBRANO, 1996).

Disso tudo, verifica-se que, dentro de cada campo, as posições não são igualitárias; ao contrário, uma das características mais destacadas desses campos é a distribuição diferente – substancialmente diversificada e estratificada – de certos atributos entre as posições ocupadas

pelos indivíduos. É justamente essa distribuição diferente que conforma a base de certas definições sociais diferenciadas das posições; umas em relação às outras, as diferentes posições têm estabelecidas entre si a forma como deveriam relacionar-se reciprocamente: como iguais, em superioridade (uma com mais poder e/ou influência sobre a outra), em inferioridade, ou, mesmo, não poderem, nem deverem relacionar-se (TORRAZZA, 2006).

Pobre, desempregado, analfabeto, etc. são categorias que determinam a posição das pessoas e, conseqüentemente, estabelecem um tratamento determinado por parte dos demais atores do campo, ao mesmo tempo em que faz com que aqueles que ocupem determinada posição esperem do restante determinado tratamento, em um processo cultural de institucionalização das diferenças, das discriminações e das clivagens econômicas, sociais e culturais como parte de um esquema de reprodução social e de dominação¹¹.

Nesse contexto, em relação aos direitos humanos e à dignidade humana, a posição da pessoa como nexos entre a ideia abstrata de pessoa e a nossa práxis em relação ao conjunto de posições deveria refletir um conjunto de direitos – e correspondentes deveres implícitos – que decorrem da igual dignidade de todas as pessoas. Mas a existência social das pessoas concretas caracteriza-se, de fato, por uma constante restrição e vulneração desses direitos como resultado das diversas práticas e definições que se estabelecem.

Conclui-se, assim, que os direitos abstratos se concretizam em cada campo através das práticas resultantes do jogo entre as diferentes posições: a igualdade real deixa de existir, já que cada campo comporta uma distribuição de atributos e bens considerados escassos e que se vertem em verdadeiros privilégios. Para sustentar essa distribuição desigual de atributos e bens, cada campo tem organizados mecanismos reprodutivos que atuam sincrônica e diacronicamente, e que tendem a afetar – e, em geral, a acentuar – essas distintas atribuições de direitos e deveres às posições.

O controle desses mecanismos reprodutivos concentra-se nas posições privilegiadas de cada campo, seja porque aqueles que as ostentam exercem um controle direto desses mecanismos, concretamente, seja porque exercem sobre eles um controle simbólico

¹¹ Assim, v.g., nas sociedades atuais, marcadas pelo consumismo capitalista, o poder de consumo vem substituindo progressivamente os direitos fundamentais das pessoas. O próprio ideal de felicidade atualmente está diretamente relacionado com os padrões de consumo de produtos e serviços: a dignidade humana se reduz à (ou é medida pela) capacidade de aquisição de determinados bens, adoção de certo estilo de vida e possibilidade de frequentar determinados espaços. Com a globalização, o mercado, ao garantir as exclusões, tornou-se a mais prolífica e menos controlada “linha de produção” de pessoas excluídas. Como afirma Bauman (2005), em uma sociedade de consumidores, os excluídos são as pessoas carentes de recursos materiais e, portanto, incapazes de consumir.

(ALTHUSSER, 1977). Dessa forma, o próprio conceito de sociedade conforma-se a uma estrutura de campos em que as pessoas, através de suas posições (com as suas definições e os seus privilégios), relacionam-se entre si, estabelecem práticas sociais e perpetuam-se diversas clivagens – étnicas, de gênero, de *status* social ou econômico, etc.– e desiguais distribuições de bens e direitos econômicos, sociais e culturais.

Falar de direitos humanos e, conseqüentemente, de dignidade humana é, portanto, falar de fazer acessíveis os direitos sociais a grupos humanos que habitualmente não têm pleno acesso a esses direitos. Ou seja, trata-se de abrir um caminho novo, verdadeiramente alternativo e real, a uma cidadania não excludente, democrática em seu sentido participativo e devotada para uma práxis autenticamente transformadora da própria sociedade. Para colocá-lo em marcha é necessária grande energia e vontade política, mas também, concomitantemente, é necessária uma grande capacidade técnica para (re)idealizar os conteúdos e as técnicas que nos permitam (re)pensar os direitos sociais, as suas garantias e a própria atuação do Estado democrático de direito (PEREIRA e DIAS, 2008).

As instituições jurídicas e o direito podem ser instrumentos de opressão social quando estão apartados da democracia; no entanto, com a democracia participativa e a fortaleza da cidadania, o direito pode desvelar-se uma instituição coletiva de libertação. Não nos parece difícil perceber que, se as normas são criadas pelos próprios interessados em vê-las cumpridas, através da cooperação dos atores sociais fundada no binômio autonomia-solidariedade, sua materialização está muito mais presente na autonomia do que em casos de anomia ou heteronomia – é necessário envolver, pois, todos os participantes na produção, interpretação e aplicação das normas (HABERMAS, 2003).

4. Estado de direito e administração pública: realizadores dos direitos fundamentais no modelo constitucional contemporâneo

Evidentemente, não pode haver cidadania significativa sem democracia, tampouco um modelo de democracia pode ser substancialmente democrático sem cidadania real. É necessário, portanto, reconstruir algumas premissas do campo jurídico para um direito posto não apenas como um instrumento de defesa social frente às arbitrariedades, mas também como um instrumento de tutela da própria cidadania real em um contexto inclusivo e de construção permanente de um modelo de desenvolvimento mais humano, mais justo e mais democrático,

pondo em marcha atos concretos e orientados à plena efetividade dos direitos sociais, por todos os meios possíveis, empregando o máximo de recursos disponíveis.

Uma revisão modernizadora dos direitos humanos fundamentais que recorra à argumentação crítica e à concertação social, conciliando diferentes vertentes, poderia ativar mecanismos de formação de opinião pública críticos e politicamente relevantes, que poderiam atuar em todos os planos, restaurando o ponto inicial de partida dos direitos humanos.

É importante, contudo, ressaltar que o liberalismo econômico e o liberalismo político não coincidem¹². O cerne moral do liberalismo político permanece na concepção discursiva dos direitos humanos fundamentais: corresponde à obrigação de que todos os processos de autodeterminação coletiva devam ser regulamentados segundo o problema a que se referem, assim como à de que, neles, a liberdade de autodeterminação (autonomia) de cada um deva ser preservada, fortalecida e protegida, para que a autonomia de um não se sobreponha sobre a (à custa da) autonomia operacional de outro. O cerne moral do liberalismo econômico, pelo contrário, é a proteção de uma partilha de benefícios “contratados” entre as partes. Mas a regulamentação dos mercados pela noção de eficiência¹³ não pode substituir a ideia central do liberalismo político¹⁴.

A forma universal dos direitos humanos, e sua fundamentalidade nos ordenamentos particulares, corresponde à exigência de uma ordem mundial na qual todos os homens possam realmente desfrutar de todos os seus direitos humanos e fundamentais. O processo de especificação e reclamo de conteúdos particulares para a forma universal dos direitos humanos é um processo empírico e coletivo de aprendizagem moral e política. Sua dinâmica processual

¹² Sobre a definição de liberalismo político, v. Rawls (1993) e Ulrich (1998).

¹³ Na teoria econômica neoclássica, a noção de eficiência, traçada por Pareto, refere-se à eficiência de um sistema, entendendo-se como eficiente o sistema se não há forma de melhorar-se o bem-estar de um indivíduo sem que outro seja afetado no seu próprio bem-estar. Uma distribuição eficiente de recursos, nesse sentido, não é uma distribuição na qual todas as pessoas conseguem aumentar o seu bem-estar, ou na qual os recursos são oferecidos preferencialmente às pessoas que deles mais necessitam, mas uma distribuição na qual ninguém consegue aumentar seu próprio nível de bem-estar sem reduzir concomitantemente o nível de bem-estar de alguma outra pessoa. A ideia de eficiência do sistema está relacionada com o conceito de elite, definida e constituída, por sua vez, pelos “melhores elementos” da sociedade. Trata-se de uma teoria que influenciou profundamente o fascismo italiano e que, paradoxalmente, continua presente no cerne do pensamento econômico conservador atual. Para uma melhor compreensão da noção de eficiência nesse contexto, v. Pareto (1988) e Alvarez (2007).

¹⁴ Como afirma Thurow (1996), democracia e capitalismo partem de crenças muito distintas sobre a adequada distribuição do poder. A primeira funda-se na distribuição equitativa do poder político, “um homem, um voto”, enquanto o capitalismo se funda na crença de que é dever dos economicamente mais aptos expulsar aos não aptos do negócio (concorrência) e eliminá-los. A “sobrevivência do mais apto” e as desigualdades no poder de compra são a base da eficiência capitalista. Assim, as empresas se tornam eficientes para enriquecer. Por isso, atualmente, quanto mais se desenvolvem os mercados, mais parece vulnerável a igualdade entre os homens.

tem que corresponder às normas definidas – ou definíveis – de um discurso argumentativo negocial sobre normas morais controvertidas, ao menos para que as convenções obtidas na (pela) comunidade real particular de comunicação e argumentação possam ser enunciadas e apresentadas como válidas para todos os homens¹⁵.

Instrumentalmente, portanto, os direitos de informação, comunicação e argumentação são direitos de extrema relevância porque todos os demais direitos pactuados dependem de três fatores: a) que cada homem queira ter uma ideia correta de como os outros homens querem e/ou necessitam viver; b) que todos possamos comparar essas ideias de modo mais ou menos equivalente; e c) que nos coloquemos de acordo sobre tais questões na sua raiz, e não nos limites que os mais poderosos tenham decidido fixar.

Para que possamos comparar tais ideias equivalentes no quadro das diversidades e nos colocarmos de acordo ao seu respeito, não há necessidade de um modelo de racionalidade particularmente ambicioso ou especializado, e por isso mesmo talvez culturalmente relativo.

Para esse fim, basta a racionalidade que se emprega habitualmente para estabelecer um diálogo e para oferecer e ponderar argumentos: a razão argumentativa. É de supor que cada um disponha de “suficiente razão” (racionalismo) para dialogar com outro, em uma argumentação discursiva, em torno de questões comuns a ambos. Nesse contexto, a razão argumentativa ou a racionalidade discursiva consiste em um poder e em um saber articular (e revisar) as nossas pretensões de validade, os nossos fundamentos e as nossas experiências, tudo isso sem que nos esqueçamos dos outros (APEL e KETTNER, 1996).

A articulação de todos os processos possíveis de autodeterminação coletiva sobre um problema de referência, em que é preservada, fortalecida e protegida a autonomia de cada um, sem que a autonomia operacional de um venha a ser sacrificada em benefício da autonomia de outro, é o que os direitos humanos têm em comum com o liberalismo político – e o que eles têm a ver com os direitos fundamentais sociais. Portanto, não só pouco, mas, na realidade, nada teriam a ver com o liberalismo econômico.

Direitos humanos fundamentais – civis, políticos e sociais – devem ser um problema universal, não só abstrato, intelectual, mas generalizado no desenho de todos os segmentos da

¹⁵ Um exemplo de uma comunidade complexa desse tipo foi a conferência da Organização das Nações Unidas em Viena, em 1993, sobre direitos humanos. Nela, representantes de Estados, comissários de diferentes organizações civis não governamentais e militantes de direitos humanos formaram uma comunidade de argumentação e comunicação claramente orientada pela busca de concretização dos conteúdos que dariam eficácia às normas universais que os direitos humanos supostamente são.

sociedade. Deve ser exigida generalização e universalidade para todos os direitos humanos fundamentais, civis, políticos e sociais. Generalização no sentido de que esses direitos são para todos e por todos; universalidade no sentido do componente metafísico da concepção da pessoa humana, independentemente de etnia, religião, preferências sexuais, cultura ou gênero (SAID, 1993). Não parece existir nenhuma razão para que continuemos insistindo na separação e na distinção dos homens, classificando-os e hierarquizando-os.

Assim, os direitos fundamentais sociais, direitos que sustentam o conceito de mínimo existencial, não podem deixar de ser concretizados sem que se viole profundamente esse valor supremo que é a dignidade humana. Para isso, o Estado-Executivo institui entidades públicas, ligadas à administração pública, para que diretamente, ou mediante cooperação com entidades do setor privado, formulem e executem as políticas públicas sociais mais adequadas às necessidades da população que atendem: uma *administração pública democrática de direito*, ou seja, uma administração pública que, quando está promovendo os seus atos oficiais, cumprindo as suas atribuições normativas e políticas de acordo com o interesse público, o faz respeitando e perseguindo os ditames concernentes à realização da justiça social e dos direitos fundamentais – civis, políticos, sociais – que articulam a cidadania moderna: uma *boa administração pública*, uma *administração pública eficiente e eficaz*, uma *administração pública dialógica*.

Os direitos sociais foram sucessivamente constitucionalizados no século vinte, sendo, assim, sucessivamente proclamados como direitos *fundamentais*, deixando-se para trás os limites do Estado Liberal e as suas arcaicas formulações. As contradições entre os princípios do Estado Liberal e os do Estado Social foram superadas pelo Estado democrático de direito, que se vincula a uma concepção material (e não meramente processual) de democracia como participação também em resultados, o que exige, para os direitos sociais fundamentais dos cidadãos/administrados, uma configuração jurídico-política e uma interpretação coerente com esses supremos princípios democráticos.

O Estado de direito, como expomos, corresponde à institucionalização jurídico-política da democracia, sendo a sua razão de ser a proteção e a efetiva realização dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais (PECES-BARBA, 2004). O fundamento de validade da democracia pluralista radica na autonomia moral do ser humano como fim em si mesmo, participante em um duplo sentido na constituição do próprio sistema, através da formação da lei (participação nas deliberações) e através da participação nos resultados sociais. Tais direitos, contudo, não presumem que os seres humanos são seres autônomos, livres e iguais,

mas predicam que os homens devam sê-lo e que para isso são necessários contextos institucionais adequados que o façam possível – os direitos fundamentais seriam, assim, os instrumentos adequados para isso. Nessas condições, os direitos fundamentais são o fundamento de legitimidade tanto de uma teoria da justiça quanto de uma teoria da autoridade.

Sustentar que os direitos fundamentais são um critério de legitimidade com projeção tanto na teoria da justiça quanto na teoria da autoridade tem, evidentemente, implicações na relação, às vezes (aparentemente) contraditória, entre direitos fundamentais e democracia em contextos constitucionais¹⁶. Evidentemente, o constitucionalismo impõe limites sobre o princípio majoritário em dois âmbitos especialmente, ao considerar os direitos fundamentais como um âmbito protegido frente ao legislador ordinário e ao administrador de turno e ao atribuir o controle de constitucionalidade a um órgão cuja justificação não é coincidente com a legitimidade democrática primária (ou seja, com a regra de maioria). Nesse debate convém, contudo, não perder o horizonte e tomar consciência das distâncias entre o ideal democrático e a realidade constitucional de cada momento; daí que esta exija recorrer a uma série de ficções funcionais para manter o equilíbrio entre a Constituição e a democracia, entre o fundamento democrático do poder político e a limitação deste pelos direitos fundamentais (PRIETO, 2003).

Nesse contexto, onde os direitos fundamentais são, antes de tudo, condição necessária para que o seu titular possa desenvolver-se como agente moral em um contexto dado, e concomitante fundamento de legitimidade dos sistemas jurídicos, as normas são legítimas porque são necessárias para o desenvolvimento da autonomia individual, e, portanto, a competência normativa é legítima se – e somente se – deriva do exercício da autonomia pelos destinatários das normas (ou seja, do consentimento social), e as normas são justas se – e somente se – têm como conteúdo a proteção e a promoção dessa mesma autonomia (HIERRO, 2000). E, nesse sentido, essas normas devem estar adstritas às condições constitutivas de uma prática de formação discursivo-pública da opinião e da vontade (HABERMAS, 2005); por isso formam parte da própria estrutura constitutiva da práxis democrática e, concomitantemente, a sua configuração jurídica resta confiada aos resultados do exercício da mesma.

A partir disso, o modelo constitucional *ideal* atribui ao procedimento democrático maior valor moral que a qualquer outro (DÍAZ, 1984), pois, em linha de princípios, este é a expressão do direito à igualdade moral como direito à participação em pé de igualdade na tomada de

¹⁶ Alexy (2003) assinala a dupla natureza da relação democracia-direitos humanos.

decisões públicas, corolário da ideia de que todos somos merecedores de igual consideração e respeito, não só como indivíduos, mas também como cidadãos.

O modelo constitucional, por outro lado, conta, em seu âmago, com uma gama de submodalidades que vão desde a maior rigidez do mesmo até formas de composição mais flexíveis. A justificação institucional de cada uma dessas submodalidades depende da forma com que se combinam ou equilibram o valor intrínseco do procedimento democrático e o seu valor instrumental: a maior ou menor probabilidade de alcançar resultados justos (BAYÓN, 2005).

Em termos absolutamente gerais, podemos afirmar que as respostas se encontram em dois terrenos, no dos direitos fundamentais e no do controle de constitucionalidade. Mas não se tratam de distintas questões, com distintos alcances e pressupostos. Se, como sustentamos, a legitimidade das normas deriva de serem essas normas o resultado da autonomia moral em condições de igualdade, e se as normas são legítimas se protegem e promovem essa mesma autonomia, os direitos impõem limites ao legislador – e também ao administrador – e atuam como uma espécie de precompromisso no âmbito da deliberação (MORESO, 2000): a base da tomada de decisões deveria, portanto, assemelhar-se cada vez mais à democracia participativa real de pessoas e grupos.

5 A título de conclusão

A exigência de constitucionalização dos direitos está vinculada à especial posição que ocupam os direitos fundamentais no Estado constitucional, que se manifesta em um reforço de suas garantias ou de sua resistência jurídica frente a eventuais lesões originadas da práxis dos poderes públicos – e também das relações entre particulares. As dúvidas sobre a constitucionalização das políticas públicas sociais têm que ser resolvidas atentando-se para o conteúdo constitucionalmente material do ordenamento e deixando-se ao administrador uma margem para que atue. A limitação do administrador público reside, numa primeira ordem, no dever que tem de sentir-se vinculado ao desenvolvimento e à proteção dos direitos dos cidadãos. O administrador está obrigado a ser ativo em relação às normas que, eleitas fundamentais, relacionam-se diretamente com os próprios fins do Estado democrático de direito.

Nesse sentido, argumenta-se que a inatividade é inconstitucional; ou seja, que o administrador pode determinar como quer concretizar um direito, dentro da margem de

discricionabilidade que lhe é dada pelo próprio ordenamento, mas “quando” concretizá-lo não pode permanecer sob a sua discricionabilidade. Estaria proibida, portanto, não só a inatividade, mas também a desatenção ao fim – ao programa traçado pela Constituição – por parte dos órgãos do Estado. Ou seja, o administrador público não pode considerar-se desvinculado dos fins constitucionalmente delineados, nem da necessidade de concretizar tais fins. Daí que o administrador público está obrigado a tomar medidas razoáveis em um prazo razoável e a garantir, ao menos, um conteúdo mínimo essencial de todos os direitos fundamentais; assim, além de um dever de progressividade, impõe-se o princípio de não regressividade ou de proibição do retrocesso social, que proíbe à administração pública a supressão daquelas medidas que já tenham sido adotadas para a promoção dos direitos fundamentais: a proibição de suprimir medidas que tendam a realizar o fim constitucionalmente prescrito (COURTIS, 2006).

O governo assume compromissos prestacionais pelo fato de não poder atuar contra os seus próprios atos (*venire contra factum proprium non valet*), tampouco contra os direitos fundamentais.

Precisamente no Estado democrático de direito, tanto os direitos sociais como os demais direitos fundamentais desempenham um papel extremamente relevante no equilíbrio das posições dos sujeitos implicados no complexo processo de decisão da política em um sistema pluralista (BALDASARRE, 2001).

A continuidade axiológica e estrutural de todos os direitos fundamentais põe em evidência que os direitos sociais não são apenas plenamente compatíveis com a democracia, mas constituem um componente essencial dos valores fundamentais da mesma, ancorados na dignidade humana, não havendo, portanto, razões legítimas para a postergação dos direitos sociais.

Ao contrário, as exigências morais que estes incorporam são tão fortes que têm a legítima pretensão de serem reconhecidos como direitos subjetivos diante dos poderes públicos e privados, sobretudo frente à administração pública, pois o que faz de algo um direito fundamental são as razões especialmente fortes para que esse algo seja juridicamente protegido com especial zelo pelo próprio instrumento que consubstancia o pacto social instituinte – a Constituição.

Todos os direitos, não só os sociais e os de participação, são direitos de configuração legal e concomitantemente administrativa, no sentido de que sua plena eficácia resultaria

impensável sem uma ativa intervenção legislativa e administrativa. Os direitos fundamentais de qualquer tipo não prescindem da ação do legislador e do administrador público para a sua concretização, para o seu desenvolvimento e para a sua efetividade.

Essa parece ser a interpretação mais coerente com as exigências de uma democracia material-constitucional comprometida com a realização dos direitos relacionados à autonomia de todos em condições de igualdade. Se falamos de direitos fundamentais como parte da legitimidade de um modelo democrático, tanto o legislador quanto o administrador devem ter margens epistêmicas de manobra para regulamentá-los, e assim concretizá-los, mas essas margens não supõem a não concretização, sob qualquer pretexto, desses direitos fundamentais.

A função objetiva das disposições constitucionais em matéria de direitos sociais impõe ao legislador um dever de legislar e deveres de atuação que pesam sobre a administração pública e o Poder Judiciário. Entre essas garantias, está, sobretudo, o império da lei: a garantia do princípio da legalidade é a mais coerente com as exigências democráticas desse modelo de Estado (ANSUATEGUI, 1997).

A exigência de respeito ao conteúdo mínimo essencial dos direitos fundamentais, que justifica concomitantemente o controle e a limitação do poder, é coerente com essa ideia de império da lei – atualmente qualificada como império da própria Constituição, ou seja, do direito. Logicamente, as dificuldades de identificarmos o conteúdo essencial de um direito fundamental, seja ele civil, político ou social, é a mesma – não é, portanto, algo inerente aos direitos sociais. O conceito de conteúdo essencial, como sabemos, segue sendo demasiadamente difuso e indeterminado, porque é muito difícil eleger critérios minimamente orientativos para delimitar abstratamente o essencial de um direito¹⁷.

O fundamental, portanto, é compreendermos que os direitos fundamentais, que são interdependentes entre si, formam parte de um sistema constitucional no qual o mínimo e o máximo definem-se através de uma relação com outros direitos ou bens do próprio sistema. Em qualquer caso, a falta de respeito a esse conteúdo mínimo supõe que o direito resta desconfigurado, impraticável; seu exercício pode acabar desvirtuando-se e a dignidade dos

¹⁷ Segundo Prieto (2003), logicamente, as dificuldades de identificarmos o conteúdo essencial de um direito fundamental, seja ele civil, político ou social, é a mesma – não é, portanto, algo inerente aos direitos sociais. O conceito de conteúdo essencial, como sabemos, segue sendo demasiadamente difuso e indeterminado, porque é muito difícil eleger critérios minimamente orientativos para delimitar abstratamente o essencial de um direito. Ademais, demonstra-se equivocada a pretensão de “dissecar-se” um direito para encontrar-se o seu núcleo como se o mesmo pudesse ser isolado (PULIDO, 2004, p. 132). No entanto, a vinculação normalmente não se faz a cada direito isoladamente considerado, mas com a Constituição em seu conjunto.

seus destinatários afrontada. Esse limite pode ser visualizado em um mínimo de atividade legislativa e administrativa, na satisfação do mínimo existencial e no direito ao não retrocesso nas prestações correspondentes ao núcleo essencial dos direitos sociais (CANOTILHO, 1998).

Evidentemente, tudo isso tem uma especial relação com o controle. A garantia constitucional objetiva compreende um âmbito expandido que consiste no controle de constitucionalidade dos atos e disposições de todos os poderes do Estado – Judiciário e administração pública, sobretudo. O modelo constitucional institucionaliza formas especiais de justiça constitucional que podem articular-se entre si de diversas formas, mas sempre com o propósito de determinar responsabilidades político-constitucionais e equilibrar continuamente as decisões legislativas, administrativas e judiciais com os valores abstratos da Constituição através de uma “razoabilidade” que se resume na exigência de não arbitrariedade (BALDASARRE, 2001).

As funções e relações correspondentes ao legislador, ao administrador e ao julgador, no Estado democrático de direito, exigem uma virtuosa divisão de tarefas. Não podemos, assim, pensar razoavelmente na articulação dos direitos sociais fundamentais no marco do Estado democrático (constitucional e social) de direito sem vinculá-los a três bases (PULIDO, 2004):

a) uma liberdade regulatória relativa do legislador e do administrador, especialmente no delineamento das políticas públicas sociais;

b) um legislador e um administrador efetivamente comprometidos com – ou melhor, vinculados ao – conteúdo constitucional dos direitos sociais; e

c) uma jurisdição que, atuando como órgão de controle, reconheça a autoridade do legislador e do administrador na delimitação e na concretização dos direitos sociais fundamentais, reservando para si, embora, o controle sobre aqueles elementos básicos, como o respeito aos direitos sociais fundamentais, indispensavelmente relacionados ao exercício da autonomia e à saúde do próprio procedimento democrático.

Isso implica refutar, como já expomos, a limitação e/ou postergação de direitos sociais como consequência da incidência de uma *lex mercatoria* sobre a política e sobre o direito, limitação e/ou postergação que é paralela à que acontece em relação aos direitos de efetiva participação, provocando o incremento das desigualdades econômicas, sociais e culturais, a exclusão de certos segmentos da participação nos resultados sociais e a erosão de garantias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. Derechos fundamentales y estado constitucional democrático. In: CARBONELL, M. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003.
- ALTHUSSER, L. *Posiciones*. Barcelona: Anagrama, 1977.
- ALVAREZ, L. G. D. *Anatomía del intelectual reaccionario*: Joseph de Maistre, Vilfredo Pareto y Carl Schmitt. Madrid: Biblioteca Nueva, 2007.
- ANSUATEGUI, F. J. *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*. Madrid: Dykinson, 1997.
- APEL, K.-O.; KETTNER, M. *Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- BALDASARRE, A. *Los derechos sociales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BAUMAN, Z. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BAYÓN, J. C. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. In: BAYÓN, J. C. et al. *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- BOURDIEU, P. *Cuestiones de sociología*. Madrid: Istmo, 2000.
- CANOTILHO, J. J. G. Metodología “Fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades*, n. 6, Madrid, 1998.
- COURTIS, C. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: CELS, 2006.
- DÍAZ, E. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984.
- DIMENSTEIN, G. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Schwarcz, 2006.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.

- GRAU, E. R. As relações entre os poderes no décimo aniversário da Constituição de 1988. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2005.
- HIERRO, L. ¿Qué derechos tenemos? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 23, Madrid, 2000.
- KANT, I. *Crítica da razão pura e outros textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- MARGALIT, A. *Politik der Würde: über Achtung und Verachtung*. Berlin: Fischer, 1997.
- MATURANA, H.; VARELA, F. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- MELLO, C. A. B. Funerais da Constituição de 1988. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- MORAES, M. C. B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MORESO, J. J. Sobre el alcance del precompromiso. *Discusiones*, n. 1, Bahía Blanca, 2000.
- PARETO, V. *Trattato di sociologia generale*. Torino: UTET, 1988.
- PECES-BARBA, G. La cultura jurídico-política de la constitución de 1978. In: PECES-BARBA, G.; RAMIRO, M. A. (Org.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- PEREIRA, F. H. U.; DIAS, M. T. F. *Cidadania e inclusão social*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- PRIETO, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- PULIDO, C. B. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. *Discusiones*, n. 4, Bahía Blanca, 2004.
- RAWLS, J. *Political liberalism*. New York: Columbia University, 1993.

- ROCHA, C. L. A. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- SAID, E. *Cultura e imperialismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SCHWARZ, R. G. *A dignidade humana e os direitos fundamentais sociais como referentes do Estado democrático de direito*. Joaçaba: Unoesc, 2016.
- _____. *On fundamental social rights: a protectionist and democratic perspective*. Joaçaba: Unoesc, 2018.
- THUROW, L. *El futuro del capitalismo*. Barcelona: Ariel, 1996.
- TORRAZZA, J. Z. Inmigración y prácticas sociales discriminatorias. In: BERGALLI, R. (Org.). *Flujos migratorios y su (des)control*. Barcelona: Anthropos, 2006.
- ULRICH, P. *Integrative Wirtschaftsethik*. Berna: Haupt, 1998.
- VILLORO, L. Aproximaciones a una ética de la cultura. In: OLIVÉ, L. (coord.). *Ética y diversidad cultural*. México: UNAM-FCE, 1993.
- ZAMBRANO, M. *Filosofía y poesía*. México: FCE, 1996.
- _____. *Pensamiento y poesía en la vida española*. México: FCE, 2008.