

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ANTONIO GOMES DE VASCONCELOS

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia
Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-111-1

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3.
Políticas públicas. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

A presente coletânea é produto da reunião dos trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I, do XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e Direito - CONPEDI, realizado na cidade de Belo Horizonte, nos dias 11 a 14 de novembro de 2015.

Fruto do labor de mais de duas dezenas de pesquisadores, os trabalhos refletem um pouco de uma das mais palpitantes e instigantes páginas recentes do jovem Constitucionalismo Brasileiro.

É certo que a Constituição Federal de 1988, que refundou a República Brasileira, destacou a cidadania e dignidade da pessoa humana como os fundamentos do novo estado que dela derivou (C.F., art. 1º, incisos II e III). Ao fazer opção dos valores humanos como o núcleo da nova república, o Constituinte escreveu uma das mais avançadas cartas, que meritoriamente ficou conhecida como A Constituição Cidadã.

Além de destacar a cidadania e a dignidade humana como fundamentos da República, alçou como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e, ainda, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (C. F., art. 3º). Já nesse ponto, está projetado o embrião da segunda geração dos direitos humanos, que são previstos e garantidos ao longo de nossa Carta Republicana.

Em didática definição, André Ramos Tavares (Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 837) sustenta que os direitos sociais são direitos de prestação ou direitos prestacionais, porque exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social, especialmente dos hipossuficientes. Assim, a concreção de tais direitos se vincula à existência de políticas públicas efetivas.

No momento atual da vida institucional de nosso país, vivemos o amadurecimento, a perplexidade e a angústia, diante da necessidade de cumprimento de muitos dos postulados

consagrados na nossa Constituição. Mesmo diante dos imensos avanços vivenciados nos últimos anos, o Brasil ainda é um país repleto de desigualdades sociais. Poucos compartilham a riqueza e muitos dividem o pouco que sobra. Lamentavelmente o gigantesco abismo que separa economicamente as classes sociais, também se repete em todas as outras áreas. A pátria não consegue garantir oportunidades para a maioria de seus filhos, na maioria das vezes, pela ausência ou deficiência de políticas públicas.

A letargia que assola o estado brasileiro na implementação de políticas públicas tipifica um comportamento juridicamente reprovável e implica em transgressão da própria Constituição Federal, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 1.484/DF, Rel. Min. Celso de Mello). É exatamente por essa razão que surgiu um ativismo judicial exacerbado, que hoje vem impondo ao poder executivo o cumprimento de muitas garantias e a implementação de políticas públicas para garantia de direitos sociais garantidos na Constituição.

Considerando estas premissas sobre a efetivação dos direitos sociais, os pesquisadores foram divididos em grupos, buscando alguma pertinência temática para os intensos debates após a apresentação dos trabalhos.

Um dos grupos abordou o direito à saúde, objeto de intenso debate acadêmico e de pesquisas que buscam enfrentar os limites e possibilidades da judicialização. Os resultados de pesquisas sobre políticas públicas específicas de saúde também foram apresentados.

Outro grupo abordou uma temática que tangencia várias pesquisas sobre direitos sociais: a proteção à mulher. As pesquisas abordaram desde a violência contra a mulher até as políticas públicas afirmativas.

A proteção ao meio-ambiente, o direito à moradia, a sustentabilidade e a urbanização foram objeto de pesquisas apresentadas, com frequência utilizando o estudo de caso.

Por fim, cumpre destacar uma última pertinência temática: a proteção social. O programa bolsa família e a inclusão de pessoas com deficiência foi objeto de intenso debate, encerrando as discussões do grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I e retomando a discussão apresentada no início desta introdução: a necessidade de inclusão de muitos cidadãos que ainda não tem acesso efetivo aos direitos sociais previstos no texto constitucional de 88.

**DO DEVER FUNDAMENTAL DE SUBSIDIAR OS CUSTOS DOS DIREITOS DO
HOMEM: ORDEM ECONÔMICA E O PAGAMENTO DE IMPOSTOS COMO
FORMA DE EFETIVAÇÃO DO PLANO DE EVOLUÇÃO POLÍTICA DE
CONTEÚDO SOCIAL**

**THE DUTY OF FUNDAMENTAL SUBSIDIZE COSTS OF HUMAN RIGHTS: THE
ORDER THE ECONOMIC AND TAX PAYMENT PLAN AS EFFECTIVE WAY OF
SOCIAL EVOLUTION CONTENT POLICY**

**Antonio José Mattos do Amaral
Rogério Sato Capelari**

Resumo

Os direitos fundamentais passaram a desempenhar uma significativa função nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Tornou-se amplamente aceita no âmbito nacional e internacional uma perspectiva doutrinária que classifica os direitos em dimensões, distinguindo os direitos individuais em direitos negativos e os direitos sociais em direitos positivos segundo um critério econômico. O tema aborda a intrínseca e necessária relação que existe entre a ordem econômica e sua geração de impostos e a ordem social presentes no ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, os alicerces constitucionais do sistema econômico brasileiro encontram-se nos artigos 170 a 192 e de outro, não opostos, mas interdependentes, o rol de Direitos Sociais insculpidos no art. 6º da Constituição Federal de 1988. A possibilidade de efetivação dos Direitos Sociais através e pelo Estado, somente será possível a partir da valorização do trabalho humano e da geração da renda, quer seja do particular, quer seja do Estado e suas consequentes gerações e pagamentos de impostos, que garantem através do Welfare State ou de políticas públicas a efetivação dos direitos sociais. Amparado na ideia do ser humano como destinatário final das normas e embasado em uma hermenêutica constitucional voltada para o pleno desenvolvimento do ser, é imperiosa a interpretação do alcance da norma de forma prospectiva, voltada para a construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária, conforme os ditames constitucionais. A ordem econômica, ainda que se oponha a ordem jurídica, é usada para referir-se uma parcela da ordem jurídica, que compõe um sistema de princípios e regras, compreendido por uma ordem pública, uma privada, uma econômica e uma social. Através do dispositivo constitucional podemos inferir que a Ordem Econômica Constitucional Brasileira tem como fundamentos a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa privada, que têm por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. O presente estudo objetiva demonstrar, ainda, por meio de uma revisão crítica da tradicional classificação dos direitos fundamentais, a existência e a relevância da noção de deveres fundamentais como categoria constitucional autônoma e demonstrar que os direitos fundamentais possuem custos para sua efetivação e que esta efetivação se consolida pela geração e pagamento de impostos.

Palavras-chave: Deveres fundamentais, Constituição, Ordem econômica, Custos públicos, Direitos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

Fundamental rights have come to play a significant role in contemporary legal systems. It has become widely accepted in national and international doctrinal perspective that classifies rights "dimensions", distinguishing the rights of individuals in "negative" rights and social rights in rights "positive" according to an economic criterion. The theme addresses the intrinsic and necessary link between the economic order and its generation of taxes and social order present in the Brazilian legal system. On the one hand, the constitutional foundations of the Brazilian economic system are in Articles 170-192 and the other, not opposites, but interdependent, the role of Social Rights sculptured art. 6 of the Federal Constitution of 1988. The possibility of realization of social rights through and the state will only be possible from the value of human labor and the generation of income, whether the particular, whether the state and its subsequent generations and payments taxes, guaranteeing through the welfare state or public policy the realization of social rights. Supported the idea of the human being as an end standards and grounded in a constitutional hermeneutics toward the full development of, is imperative interpreting the scope of the standard prospectively, dedicated to building a just, fraternal and united, as the constitutional dictates. The economic order, although it opposes legal system, is used to refer to a portion of the legal system, which comprises a system of principles and rules, comprised of a public order, a private, economic and social. Through the constitutional provision can be inferred that the Brazilian constitutional economic order is founded on the value of human labor and free enterprise, which are designed to ensure to all a respectful existence, as the dictates of social justice. This study aims to demonstrate, even through a critical review of the traditional classification of fundamental rights, the existence and relevance of the notion of fundamental duties as an independent constitutional status and demonstrate that fundamental rights have costs for its effectiveness and that effective consolidates the generation and taxes.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental duties, Constitution, Economic order, Public costs, Social rights

INTRODUÇÃO

O Direito contemporâneo experienciou sensíveis mudanças no decorrer do século XX. A maior delas pode ser considerada a grande importância que os direitos fundamentais passaram a desempenhar nos ordenamentos jurídicos ocidentais, em especial, após o término da II Guerra Mundial (COMPARATO, 2010, p. 23). Estarrecido com as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários sob o manto da legalidade estatal, o mundo ocidental viu a necessidade de se repensar o direito e sua função social na contemporaneidade.

Diante de tal contexto, observou-se o surgimento de novas cartas constitucionais que passam a trazer como corolários de seus textos normativos os direitos fundamentais. O advento de tais constituições, consideradas agora como o centro do ordenamento jurídico positivo, deu origem a um fenômeno de constitucionalização do Direito e a um novo paradigma teórico denominado por muitos autores de Neoconstitucionalismo¹. Como aponta Konrad Hesse (2009, p. 24), “um aspecto importante de nossa época é a significação, cada vez maior, dos direitos fundamentais”.

É possível afirmar, com Norberto Bobbio (2004, p. 36) que vivemos atualmente “A Era dos Direitos”. Uma perspectiva que se tornou amplamente comum e aceita pela doutrina constitucional a fim de se compreender a evolução histórica dos direitos fundamentais é apresentá-los como tendo sido paulatinamente desenvolvidos em “gerações” ou “dimensões” (FACHIN, 2012, p. 222-229). Nesse sentido, a primeira dimensão corresponderia aos direitos individuais do cidadão em face do Estado. Direitos “negativos”, pois exigiriam uma postura omissiva por parte do poder estatal. De tal modo, essa primeira dimensão envolveria, por exemplo, o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à propriedade. Por outro lado, a segunda dimensão da evolução histórica dos direitos fundamentais corresponderia aos direitos sociais. Diferentemente dos direitos individuais, os direitos da segunda dimensão exigiriam uma postura pró-ativa, intervencionista do Estado na esfera socioeconômica a fim de se concretizar direitos como à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, dentre outros.

¹ Para uma compreensão da evolução do Direito na contemporaneidade, conferir as seguintes obras: SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*, 2014; KELLY, John. *Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental*, 2010.

Nessa perspectiva, os direitos de primeira dimensão são apresentados como sendo direitos autorrealizáveis enquanto os direitos sociais gerariam custos econômicos ao Estado na sua concretização fática. De modo geral, os primeiros se encontrariam ligados a uma concepção estatal de cariz econômico-liberal ao passo que os segundos se encontrariam ligado a um modelo estatal intervencionista, em geral, associado ao Estado de bem-estar social.

O tema do artigo aborda a relação que há entre a ordem econômica e a ordem social constitucional brasileira. A efetivação dos Direitos Sociais através da via jurisdicional é um caminho possível quando existir uma melhor interpretação e entendimento de que tais direitos, somente serão efetivamente possíveis a partir da valorização do trabalho humano e da geração da renda, quer seja do particular, quer seja do Estado que garante, através do Welfare State de suas políticas públicas, a efetivação dos direitos sociais. Ocorre que tal compreensão dos direitos fundamentais, que os classifica a partir de um critério de intervenção estatal no domínio econômico, se mostra incapaz de apreender a essência do objeto que procura compreender. O presente estudo procura analisar tal classificação a fim de apontar que a adoção dessa perspectiva termina por esconder um conceito essencial na compreensão dos direitos fundamentais, qual seja: a noção teórica de deveres fundamentais como categoria autônoma e sua importância na efetivação dos direitos sociais. O presente estudo objetiva demonstrar, por meio de uma revisão da tradicional classificação de direitos individuais como direitos “negativos” e direitos sociais como direitos de “prestações positivas”, a importância da categoria de deveres fundamentais como categoria constitucional autônoma.

Assim como Jano, a divindade grega guardiã das portas, das mudanças e tradições (BULFINCH, 2001, p. 17), é possível afirmar que os direitos fundamentais – considerados aqui *lato sensu*, como gênero – possuem duas faces distintas: uma voltada para os direitos fundamentais *stricto sensu* e outra para os deveres fundamentais. Ambas, porém, se complementam intimamente estando unidas metaforicamente pelo mesmo corpo. Uma perspectiva científica que procure esclarecer os contornos gerais de uma das “faces” desconsiderando a outra, não será capaz de apreender a real essência do objeto que procura conhecer. Torna-se necessário, assim, investigar a outra a face, a face oculta dos direitos fundamentais.

Embasando o resultado a que se pretende chegar, analisar-se-á, brevemente, o conceito de ordem econômica e a construção histórica dos direitos sociais, sem olvidar dos conceitos de direitos jusfundamentais e dignidade da pessoa humana. A presente investigação é composta de dois momentos distintos: em um primeiro tópico, partindo da contribuição da pesquisa feita por Cass Sunstein e Stephen Holmes, contesta-se a distinção tradicional de direitos fundamentais individuais como direitos “negativos” e direitos sociais como direitos de “prestações positivas”; no segundo tópico, adotando o pensamento de José Casalta Nabais como marco teórico condutor da pesquisa, analisa-se a noção de deveres fundamentais como categoria constitucional autônoma, suas especificidades e seu esquecimento pela doutrina constitucional contemporânea.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS CUSTOS PÚBLICOS

É amplamente aceita pela doutrina jurídica – tanto nacional como internacional – a classificação da evolução histórica dos direitos fundamentais em “gerações” ou “dimensões”². Os direitos fundamentais são classificados em gerações. O formato mais simples dessa classificação apresenta os direitos fundamentais em três momentos distintos, relacionados aos valores adotados pelo lema da Revolução Francesa (1789-1799) cunhado pelo humanista cristão Étienne de la Boétie, qual seja: *Liberté, égalité, fraternité*³.

Nesse sentido, os direitos individuais de primeira dimensão seriam relacionados à liberdade, os direitos sociais de segunda dimensão estariam associados à igualdade e, por fim, os direitos transindividuais de terceira dimensão seriam derivados do valor fraternidade (FACHIN, 2012, p. 226-229)⁴. O desenvolvimento histórico de tais dimensões também pode ser relacionado aos modelos de Estado surgidos na contemporaneidade, respectivamente: Estado liberal (primeira dimensão); Estado de bem-estar social (segunda dimensão) e Estado Democrático de Direito (terceira dimensão).

² Sobre os termos utilizados comumente pelos autores ao se valerem dessa classificação, é mister expor o entendimento de eminente constitucionalista Paulo Bonavides, para quem “o vocábulo ‘dimensão’ substitui com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 2003. p. 571-572).

³ A expressão foi cunhado por Étienne de la Boétie, que por volta de 1550, no seu “*Discours de la servitude volontaire*”. Cf. BOÉTIE, Etienne. *Discurso da Servidão Voluntária*, 1982.

⁴ Existem classificações mais complexas, tendo em vista que muitos autores já falam sobre a existência de direitos de em quarta, quinta e até mesmo uma sexta dimensão.

Ocorre que, de modo geral, os direitos individuais de primeira dimensão são apresentados como sendo direitos “negativos”, que exigem uma mera abstenção do Estado frente ao cidadão, não importando em custos públicos. Os direitos sociais de segunda dimensão, por sua vez, seriam direitos “positivos”, pois exigiriam uma prestação por parte do Estado ou uma atitude intervencionista no domínio econômico para sua concretização.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 263) sustenta que:

os direitos de defesa – precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva – podem, em princípio, ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdades, etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas.

Ao apresentar os direitos de primeira dimensão como direito auto-realizáveis, tal classificação afirma que os mesmos seriam isentos de custos, sendo possível assegurar os mesmos independentemente das circunstâncias econômicas da sociedade. Em contraposição, os direitos de segunda dimensão tais como o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, bem como a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, demandariam prestações positivas do Estado, importando em consideráveis gastos financeiros na implementação ou concretização fática dos mesmos. Isaiah Berlin, por exemplo, tratara do assunto em seus *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*⁵.

Ocorre que tal classificação dos direitos, baseada no critério econômico-financeiro, ainda que amplamente aceita no âmbito jurídico – seja ele teórico ou prático –, não consegue apreender a verdadeira essência do objeto cognoscível ao qual se propôs a compreender e descrever. Isto significa que tal perspectiva, ao clarear determinada característica ou aspecto do seu objeto de estudo, escurece ou encobre outro aspecto fundamental da noção dos direitos fundamentais. Certamente não podemos considerar tal velamento como sendo ingênuo ou desinteressado. De tal modo, é necessário apontar a existência de uma outra face dos direitos fundamentais, uma face obnubilada por esta classificação tradicional. Importa a nós aqui, portanto, desvelar o que se encontra oculto por tal concepção.

Com tal quadro em mente, podemos asseverar firme e invariavelmente, em contraposição a tal perspectiva, que *todos os direitos têm custos públicos*. Assumindo

⁵ BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*, 1969.

de modo preliminar a veracidade dessa premissa – veracidade esta que pretendemos demonstrar logo em seguida –, não há sentido na distinção entre direitos fundamentais de primeira dimensão e direitos de segunda dimensão com base no critério econômico de abstenção/intervenção do poder estatal. A tese de que *todos os direitos têm custos públicos* foi profunda e detalhadamente sustentada por Cass R. Sunstein e Stephen Holmes na obra *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*⁶ [“Os Custos dos Direitos — Por que a liberdade depende dos tributos”] publicada no ano 2000.

Segundo o professor de Coimbra José Casalta Nabais (2007, p. 11), é possível encontrar basicamente três tipos de *custos lato sensu* que suportam os Estados Democráticos de Direito contemporâneos, quais sejam:

Efectivamente aí encontramos *custos ligados à própria existência e sobrevivência do estado*, que se apresentam materializados no dever de defesa da pátria, integre este ou não um específico dever de defesa militar. Aí encontramos *custos ligados ao funcionamento democrático do estado*, que estão consubstanciados nos deveres de votar, seja de votar na eleição de representantes, seja de votar directamente questões submetidas a referendo. E aí encontramos, enfim, *custos em sentido estrito ou custos financeiros públicos* concretizados portanto no dever de pagar impostos.

Haveria assim, na lição do professor de Coimbra, custos ligados i) à existência do Estado, ii) ao seu funcionamento democrático, iii) bem como custos financeiros públicos. Nosso interesse será na abordagem desta última espécie, denominada por Nabais de custos em sentido estrito, ou seja, nos custos financeiros públicos dos direitos.

De um ponto de vista que podemos chamar de *realista*, aceitável afirmar que os direitos humanos não são dádivas divinas ou mesmo frutos da natureza, mas constructos históricos paulatinamente reconhecidos pelos Estados modernos, não sem muito embate e conflito – como já há muito apontava Rudolf Von Jhering em sua obra ‘A Luta pelo Direito’. Mesmo os direitos fundamentais individuais “não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual” (NABAIS, 2007, p. 11). Deste modo, está correto José Casalta Nabais ao afirmar que o melhor modo de conceber os direitos fundamentais seria “vê-los como liberdades privadas com custos públicos” (NABAIS, 2007, p. 11). Nas palavras do professor português, na verdade “todos os

⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. London, New York: W. W. Norton & Company, 2000.

direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos” (NABAIS, 2007, p. 12).

Isto fica evidente nos estudos de Cass Sunstein e Stephen Holmes⁷. Para os autores “direitos são serviços públicos que o Governo presta em troca de tributos” (HOLMES; SUNSTEIN, p. 151). O argumento central do livro é o de que “direitos custam dinheiro” (HOLMES; SUNSTEIN, p. 15), ou seja, que “direitos não podem ser protegidos sem apoio e fundos públicos” (HOLMES; SUNSTEIN, p. 15). Como aponta Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy⁸, Holmes e Sunstein tratam dos custos enquanto custos orçamentários e de direitos, como “interesses que podem ser protegidos por indivíduos ou grupos mediante o uso de instrumentos governamentais” (HOLMES; SUNSTEIN, p. 16). De tal modo, direitos somente existiriam quando efetivamente passíveis de proteção e para que direitos possam ser exercidos há necessidade de sistema organizado de litigância, mantido pelo Estado, com recursos dos contribuintes (HOLMES; SUNSTEIN, p. 51).

Mesmo o direito fundamental à propriedade privada, por exemplo – liberdade individual por excelência desde a fundamentação filosófica de John Locke –, apresentaria custos públicos significativos. Conforme a pesquisa apresentada por Sunstein e Holmes, o contribuinte norte-americano teria gasto mais de US\$ 11 milhões em 1996 para proteção de propriedade privada – o que se faz mediante ajuda direta governamental a pessoas atingidas por desastres, ou ainda mediante o pagamento de seguros e alívios fiscais (HOLMES; SUNSTEIN, p. 13). De tal modo existe a necessidade de performance governamental no tema do acesso à Justiça (HOLMES; SUNSTEIN, p. 49). Isto significa que direitos a serem exercidos contra o Estado o são

⁷ Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy nos apresenta um relevante panorama da obra de Sunstein e Holmes nos seguintes termos: “O livro é dividido em sete partes. A introdução sumariza observações relativas a algum senso comum, no sentido de que titularidade e fruição de direitos são realidades convergentes (*Common sense about rights*). No primeiro capítulo do livro os autores argumentam que um Estado sem recursos não teria como proteger direitos (*Why a penniless State cannot protect rights*). A parte seguinte trata da impossibilidade que direitos sejam absolutos (*Why rights cannot be absolute*). Em seguida os autores discorrem sobre o fato de que direitos demandam responsabilidades (*Why rights entail responsibilities*). Na quarta parte os autores exploram o tema da compreensão dos direitos como barganhas (*Understanding rights as bargains*). A sessão conclusiva explora a natureza pública das liberdades privadas (*The public character of private freedoms*). Um apêndice, com indicativos dos custos de alguns direitos nos Estados Unidos, dá fim a este portentoso livro. No presente ensaio cuidarei, tão somente, da parte introdutória”. (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “Os Custos dos Direitos, parte I”. In: *Embargos Culturais – Conjur*, coluna de 7 de abril de 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-abr-07/embargos-culturais-holmes-sunstein-demonstram-custo-financeiro-direitos#_ftn3 Acessado em 23.11.2014).

⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “Os Custos dos Direitos, parte I”. In: *Embargos Culturais – Conjur*, coluna de 7 de abril de 2013.

por intermédio e a partir do Estado. É o poder estatal quem dá efeitos legais para acordos privados e quem garante a propriedade privada (HOLMES; SUNSTEIN, p. 49).

Diante de tal contexto, Nabais indaga: se todos os direitos têm custos financeiros públicos, qual seria a então razão de tão duradoura ficção? (NABAIS, 2007, p. 11). Para o professor português uma possível razão estaria no fato de que os direitos sociais (segunda dimensão) encontram seu suporte econômico em custos financeiros públicos diretos, visíveis a olho nu, enquanto os clássicos direitos e liberdades (primeira dimensão) assentam-se, sobretudo, em custos financeiros públicos indiretos cuja – visibilidade é muito diminuta ou mesmo nula (NABAIS, 2007, p. 11). Para ele, “os custos dos clássicos direitos e liberdades se materializam em despesas do estado com a sua realização e protecção, ou seja, em despesas com os serviços públicos adstritos basicamente à produção de bens públicos em sentido estrito” (NABAIS, 2007, p. 11). Em razão dos mesmos não se concretizarem “em custos individualizáveis junto de cada titular, mas em custos gerais ligados à sua realização e protecção, têm ficado na penumbra ou mesmo no esquecimento” (NABAIS, 2007, p. 13).

Sunstein e Holmes ainda ressaltam que a classificação dos direitos fundamentais em “positivos” e “negativos” se encontra relacionada a questões político-ideológicas. No âmago da discussão encontra-se a clivagem entre conservadores e liberais e, no fundo também, entre republicanos e democratas. Enquanto que para os conservadores direitos positivos infantilizam o cidadão e os direitos liberais clássicos seriam exercidos de modo automático, por indivíduos autossuficientes (HOLMES; SUNSTEIN, p. 40), para os progressistas a ampliação de direitos de prestação positiva indicaria e comprovaria progressiva melhora e crescimento moral, das pessoas e das instituições. Conservadores lamentam a pleora de direitos sociais patrocinados pelos contribuintes ao passo que liberais aplaudem as garantias que se tenta implementar, interpretando-as como símbolo de aprendizado político combinado com compreensão adequada de exigência de Justiça (HOLMES; SUNSTEIN, p. 42).

Não haveria inocência no conflito entre postura que contempla a associação entre direitos de propriedade e de contrato como indicativos de egoísmo moral, em face de compreensão de que liberdades privadas qualificariam genuína autonomia também moral. Essa dicotomia, porém, possibilitaria um linguajar comum compartilhado por liberais e conservadores, ainda que os mesmos discordem entre si o tempo todo (HOLMES; SUNSTEIN, p. 43).

Portanto, é possível afirmar que não só os modernos direitos sociais, mas também os clássicos direitos e liberdades individuais possuem custos de concretização, ainda que os custos dos últimos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Como assevera Nabais, “não há direitos de borla, apresentando-se todos eles como bens públicos em sentido estrito” (NABAIS, 2007, p. 12). Não há propósito científico (rigor analítico) na divisão dos direitos fundamentais entre direitos “negativos” e direitos a “prestações positivas”, sendo que tal dicotomia pouco ou nada vale na vida real. Essa classificação tradicional, ainda clássica, consiste numa abordagem falaciosa que não corresponde à realidade social.

No próximo capítulo, abordaremos em breves palavras a noção sobre a ordem econômica constitucional e sua importância para a concretização dos direitos fundamentais sociais.

2 NOÇÕES BREVES SOBRE A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Para tratarmos da ordem econômica constitucional faz-se necessário tecer algumas noções sobre a ordem econômica, seus conceitos e finalidades.

Para Eros Roberto Grau, a ordem econômica, ainda que se oponha a ordem jurídica, é usada para referir-se a uma parcela da ordem jurídica, que compõe um sistema de princípios e regras, compreendendo uma ordem pública, uma privada, uma econômica e uma social (GRAU, 2004, p. 51). André Ramos Tavares que também a concebe como uma ordem jurídica da economia, definindo-a como sendo “a expressão de certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico.” (TAVARES, 2006, p. 81).

Tal expressão ‘ordem econômica’ adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições dos Estados passaram a discipliná-la sistematicamente, fato este que se iniciou com a Constituição do México em 1917 e a de Weimar de 1919. No Brasil, incorre a ordem econômica primeiramente através da Constituição de 1934. Nesta quadra, ocorre uma transição do modelo econômico liberal, pautado na regra do “*laissez faire, laissez passer*”, onde o Estado se abstém de qualquer regulação de mercado, pois melhor do que ele, a poderosa “mão invisível” regularia a economia, entrando em cena o modelo econômico intervencionista estatal, inaugurando

o Estado Social, que passa a regular sistematicamente a vida econômica, dando ensejo ao surgimento das chamadas Constituições econômicas.

Para Vital Moreira a Constituição econômica é o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica. (MOREIRA, 2006, p. 75). André Ramos Tavares diz que “a ordem econômica constitucional seria o conjunto de normas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, dispondo acerca da forma econômica adotada”. (TAVARES, 2006, p. 83.).

Como se observa, os vários conceitos desenvolvidos pelos juristas desembocam em um arcabouço de normas que sistematizam e realizam uma determinada ordem econômica de forma concreta para o pleno desenvolvimento da economia.

2.1 A ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

No capítulo anterior foram delineados conceitos sobre a ordem econômica constitucional, sua finalidade e dimensão jurídica, bem como, de forma breve, seu aparecimento nas constituições mundiais. Passaremos agora a observar e tecer análises sobre a ordem econômica na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. As bases constitucionais do atual sistema econômico brasileiro encontram-se dispostas nos artigos 170 a 192 da Constituição Federal.

José Afonso da Silva assevera que a ordem econômica, consubstanciada na Constituição vigente é uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa (SILVA, 2001, p. 764). Em outro sentido, Raul Machado Horta afirma que o texto constitucional na ordem econômica está “impregnada de princípios e soluções contraditórias, pois ora reflete um rumo do capitalismo liberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema ora avança no sentido de intervencionismo sistemático e do dirigismo, com elementos socializadores”. (HORTA, 2008, p. 796).

O Art. 170 da Constituição Federal de 1988, em suave síntese, promulga que toda ordem econômica de uma sociedade deverá ter como alicerce a valorização do

trabalho humano e da livre iniciativa para que esses alicerces componham uma sociedade permeada de justiça social, com o intuito de promoção do desenvolvimento do homem⁹. Da dicção do preceito constitucional podemos inferir que a Ordem Econômica Constitucional Brasileira tem como fundamentos a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa privada.

A valorização do trabalho humano constitui também fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos no art. 1º, inciso IV da Constituição Federal de 1988¹⁰, o que nos leva a crer que a valorização do trabalho é um princípio e mais precisamente, segundo a lição de J. J. Gomes Canotilho, um “princípio político constitucionalmente conformador” (CANOTILHO, 2006, p. 201). Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a valorização do trabalho é princípio sublinhado pelo constituinte dentro da linha firmada pela doutrina social da igreja, como sendo um valor cristão (FERREIRA FILHO, 2007, p. 361).

Eros Roberto Grau assevera que esta caracterização principiológica, denota uma preocupação com um tratamento peculiar ao trabalho que, “em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional”. Seguindo este raciocínio e conforme os dizeres de Nagib Slaib Filho, é inegável que o trabalho diz respeito ao fator social da produção, “porém ele está muito além da necessidade econômica de suprir as necessidades materiais, é uma necessidade, inerente à natureza humana e ao instituto da auto-preservação e progresso pessoal”. (SLAIB FILHO, 2006, p. 702).

⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; \(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#); VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

José Afonso da Silva por sua vez, alerta que nossa ordem econômica embora de natureza capitalista, enfatiza que “dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado” (SILVA, 2001, p. 766).

A livre iniciativa capitulada no Art. 1º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, como segundo fundamento da ordem econômica, a seu turno também é fundamento da República Federativa do Brasil. Trata-se, pois, também de “princípio político constitucionalmente conformador”, que segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior possui uma densidade normativa, da qual se pode extrair a “faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado e a não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei”. (ARAÚJO; SERRANO JUNIOR, 2006, p. 466).

José Afonso da Silva comenta que a livre iniciativa consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, já que a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista e afirma também que “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”. Porém, em contrapartida, Eros Roberto Grau reconhece e insiste que a liberdade de iniciativa não se identifica apenas com a liberdade de empresa, pois ela abrange todas as formas de produção individuais ou coletivas. (GRAU, 2004, p. 186-187).

Importante registrar também que estes fundamentos da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa têm por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Existência digna é a finalidade ou objetivo da ordem econômica. Registre-se que o texto constitucional em seu Art. 1º, inciso III enaltece também a dignidade da pessoa humana à fundamento da República Federativa do Brasil. A dignidade da pessoa humana fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais, mas também à ordem econômica. Nesse sentido é a conceituação de José Afonso da Silva:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. O conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido de dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir ‘teoria do núcleo da

personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana (SILVA, 2001, p. 109).

A ordem econômica, no tocante a ter como consequência a justiça social, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que esta expressão “justiça social” não possui um sentido único, contudo seu uso é divulgado especialmente pela doutrina social da Igreja, podendo ser considerada como a “virtude que ordena para o bem comum todos os atos humanos exteriores” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 359). Na mesma esteira de raciocínio, Eros Roberto Grau menciona que a “justiça social, inicialmente quer significar superação das injustiças na repartição, em nível pessoal do produto econômico [...] passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista” (GRAU, 2004, p. 208).

Na mesma estrada, ressalta-se a lição de José Afonso da Silva que anuncia que a “justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza” (SILVA, 2001, p. 767), possibilitando que o capitalismo se humanize. Ocorre que, segundo Uadi Lammêgo Bulos trata-se de “um dos instrumentos de tutela dos hipossuficientes, conforme Art. 6º da Constituição Federal de 1988¹¹, que até hoje não saiu do papel. O espírito do neoliberalismo não conseguiu estancar as desigualdades sociais, criadas e produzidas pela iníqua distribuição de rendas” (BULOS, 2007, p. 1238).

Por fim, para que ordem econômica, cujos fundamentos são a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, que objetivam assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social deverão ser observados os princípios indicados nos incisos do art. 170 da Constituição Federal de Outubro de 1998. Estes princípios, bem como os que já mencionamos, são princípios gerais da atividade econômica, considerados núcleos condensadores de diretrizes ligados à apropriação privada dos meios de produção e a livre iniciativa que consubstanciam a ordem capitalista de nossa economia.

¹¹ Art. 6º 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. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010](#))

No capítulo seguinte será correlacionada e demonstrada a importância da ordem econômica frente ao desenvolvimento e efetividade dos direitos sociais.

3 OS DIREITOS SOCIAIS E A ORDEM ECONÔMICA

Após delimitação dos conceitos de ordem econômica e seu registro constitucional preconizados no capítulo anterior, passemos a abordar a sinergia para com os direitos sociais e sua aplicabilidade, frente aos recursos financeiros oriundos de atividades econômicas.

Nas palavras de José Afonso (1992, p. 288) os direitos sociais, também denominados de direitos de segunda dimensão, encontram-se intrinsecamente entrelaçados à ordem econômica e ambos adquiriram dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las, sendo que o marco se deu com a Constituição Mexicana.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 trazia um capítulo sobre a ordem econômica e social; já a Constituição de 1988 tratou de trazer um capítulo próprio dos direitos sociais. Em seu Art. 6º estão dispostos quais são os direitos sociais e na Emenda Constitucional 64/2010 foi acrescentado a alimentação como direito social.

Fábio Nusdeo (2000, p. 53) define a economia como ciência ou arte da organização, direção e administração, que trata das relações do homem em sociedade e que o conduzem à satisfação de suas necessidades. É a economia com caráter social, conceito metaindividual voltado para o coletivo e que existe porque os recursos são escassos frente às múltiplas necessidades humanas e por isso o direito se faz presente na economia, regulando esses interesses. Francisco Carnelutti, citado por Fábio Nusdeo (2000, p. 65), diz que “*Quanto piu economia, piu direito*”, ou seja, quanto mais economia mais se faz necessário o direito para regular essas relações.

O Art. 170 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 contém os princípios da ordem econômica, da livre iniciativa e seus fundamentos, e neste artigo observa-se insculpido elementos que identificam a base da ordem econômica de cunho liberal; a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a justiça social, também determinada como um dos fundamentos da República do Brasil.

A ordem econômica determina a ordem social. Através desta, é possível atingir os direitos sociais presentes no Art. 6º da Constituição Federal de 1988 pois ao empregar o trabalhador, a empresa garante a ele um retorno financeiro que advém de seu trabalho, gerando o sustento e promoção de dignidade, e através dos tributos pagos pela livre iniciativa e demais cidadãos ao Estado, este pode realizar suas ações afirmativas. É o próprio Welfare State ou Estado de bem estar social. Só pode haver uma ordem social fundada na ordem econômica e neste caso destaca-se a livre iniciativa, pois ela como fundamento da economia produz trabalho, e este sustento e dignidade ao homem.

Ao governo cabe seguir uma sistemática de efetivação dos direitos visando cumprir e efetivar os pilares constitucionais econômicos do Art. 170 da Constituição Federal de 1988: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e da busca da justiça social. Tais pilares que sustentam a economia e, por consequência, a efetivação dos Direitos Sociais pelo Estado, pois através dos tributos arrecadados com a geração e movimentação das empresas e suas formas indiretas de arrecadação, são de ordem imperiosa de proteção e efetivação pelo poder público que o próprio texto normativo constitucional prevê a responsabilização do Presidente da República se omissis for, conforme preceitua o Art. 85 da Constituição Federal. Os direitos sociais e econômicos entrelaçam-se pois sem empresas privadas não há trabalho, e sem trabalho, não se pode falar em valorização do trabalho humano e conseqüente promoção de sua dignidade humana.

Os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais podem ser conceituados como prestações positivas proporcionadas pelo Estado, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos. São direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais (SILVA, 1992, p. 289). Os operadores do direito devem interpretar os direitos sociais como cláusulas pétreas, pois tais direitos representam uma garantia elevada, de grande valor axiológico, encontrando-se dispostos como direitos fundamentais, com caráter absoluto e intangível, não podendo ser modificado nem por Emendas Constitucionais.

Podemos observar no capítulo em estudo que a ordem econômica movimenta e proporciona verdadeiro canal de efetividade dos direitos sociais através de sua realização pelo Estado. No próximo estudo, analisar-se-á a hermenêutica constitucional

e seu papel na interpretação e significação das normas constitucionais, voltadas para o pleno desenvolvimento do homem em sociedade.

4 A RELAÇÃO ENTRE MÍNIMO EXISTENCIAL E A MÁXIMA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS PROPORCIONADOS PELA ORDEM ECONÔMICA

A relação entre o mínimo existencial e a máxima eficácia dos direitos sociais pode ser visualizada nas palavras de Ingo Sarlet (2001, p. 39), quando este diz que o mínimo existencial não significa que os direitos sociais só são fundamentais quanto ao mínimo de suas possibilidades e a sua relação entre exigibilidade de uma norma constitucional imperativa e a reserva do possível.

A norma constitucional que tutela os direitos sociais, oriunda da intervenção direta do poder legislativo - um cumprimento ao princípio democrático e pluritarismo político - possui caráter cogente tanto em sua aplicabilidade, “quanto ao dever de legislar” (CANOTILHO, 1993, p. 478).

Pode-se entender que a reserva do possível - tanto pelo seu uso inequívoco pela doutrina pátria em sua interpretação original de matiz alemã - é um verdadeiro entrave para possibilidade de se extrair da norma jusfundamental posição ativa de direitos que versam sobre prestações fáticas, como por exemplo, a efetivação dos direitos sociais. Conjugar a efetivação deste direito à reserva do possível é muitas vezes um argumento para explicar a inércia do poder legislativo e a incapacidade de interpretar teorias amplamente difundidas e aplicadas em países da Europa, no que diz respeito à concretização legal de normas que efetivem esses direitos.

Como os direitos sociais demandam prestações de caráter material, estes dependem com mais vigor de recursos financeiros (BITTENCOURT NETO, 2010, p. 146), que estão diretamente ligados à produção e recolhimento de impostos pelos membros de uma sociedade que orbitam e nascem na ordem econômica constitucional.

Entra em cena o Mandamento de Otimização e o Efeito Cliquet ou Princípio da Proibição do Retrocesso Social, ambos implícitos no texto constitucional e que determinam que o operador do direito faça com que as leis sejam usadas em sua maior efetividade, com maior eficiência, garantindo ao indivíduo todos os direitos neles expressos e assim estes, uma vez adquiridos, não podem retroceder. “É vedado ao

estado-legislador retroceder arbitrariamente, em relação à regulação legislativa de um direito social” (BITTENCOURT NETO, 2010, p. 163).

Para Canotilho (1993, p. 321) o Princípio da Proibição de Retrocesso Social formula-se assim:

O núcleo essencial dos direitos sociais, já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.

O órgão responsável pela jurisdição, o Poder Judiciário, também se encontra vinculado à efetivação dos direitos fundamentais, pelo princípio constitucional da inafastabilidade do judiciário, capitulado no art.5º XXXV da Constituição Federal. Cabe a este órgão defender os direitos do homem quando ameaçados ou violados.

Também é função do Judiciário o controle dos atos dos demais poderes. Segundo Gilmar Mendes (2009, p. 284) é função das cortes conferirem a tais direitos a máxima eficácia possível. Aos juristas é autorizado na ausência de lei, a concretização dos direitos fundamentais, através da interpretação e os juízes podem e devem aplicar as normas garantidoras de tais direitos mesmo que haja lei proibindo.

Segundo José Afonso da Silva (1992, p. 79) os direitos fundamentais, mesmo que não regulamentados pelo legislador ordinário possuem aplicabilidade imediata, não devendo os integrantes dos poderes do Estado procrastinarem sua aplicabilidade. Isto não significa que pela inércia do legislador tal direito não será assegurado. Cabe ao Poder Judiciário interferir fazendo valer tal direito. Celso Bastos (1992, p. 393) sobre isso ensina que:

Quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem aplicabilidade, nos casos em que a aplicação do direito pelo juiz importar infringência à competência reservada ao legislador, ou ainda quando a Constituição expressamente remeter a concretização do direito ao legislador, estabelecendo que o direito apenas seja exercido na forma prevista em lei, nessas hipóteses, o princípio do § 12 do art. 52 da CF haverá de ceder, estabelecendo assim uma ordem de otimização.

A efetivação dos direitos constitucionais do indivíduo não podem de maneira nenhuma serem relativizados ou não concretizados pela desculpa que não há recursos suficientes pois a própria Constituição já determina os valores que devem ser investidos. E esses valores, gerados são pela ordem econômica constitucional e financeira, quando autoriza e proporciona a livre iniciativa como um dos fundamentos basilares da constituição econômica.

Peca o Poder Legislativo ao se omitir de criar leis que visem à melhor efetivação dos direitos sociais do cidadão e peca também, muito mais o Executivo quando em sua má gestão desvia os recursos que deveriam ir para a efetivação dos direitos sociais e são destinados para outros fins, muitas vezes ilícitos. Para Virgílio Afonso (2005, p. 46) os princípios são como Mandamentos de Otimização; normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Como observado, trata-se de aplicar os direitos sociais, que têm para sua realização, a mola impulsionadora e geradora de recursos financeiros pautados em uma ordem econômica e financeira constitucionalmente organizada e incentivada a todos os homens para que seu desenvolvimento seja linear e contínuo, sempre observando os parâmetros de um mínimo necessário para sua plena existência.

No próximo capítulo, a abordagem recaíra sobre a importância de se consolidar aos deveres fundamentais uma categoria autônoma, consubstanciada no sentimento e no dever nacional de pagar impostos, como fonte motriz da realização dos direitos sociais a todos os membros de uma sociedade.

4 OS DEVERES FUNDAMENTAIS COMO CATEGORIA OLVIDADA

Buscou demonstrar a inconsistência do critério econômico como *discrímen* para a distinção entre direitos fundamentais como “negativos” (primeira dimensão) e “positivos” (segunda dimensão). Tal desvelamento importa na medida em que evidencia a existência de algo oculto, esquecido em meio à margem do discurso filosófico predominante sobre os direitos fundamentais. Na medida em que se assume que *todos os direitos têm custos públicos*, torna-se necessário apontar que a todo direito fundamental contrapõe-se um dever fundamental contraposto, sob pena do próprio direito não existir – no caso em questão, deve-se evidenciar a existência de um dever de

subsidiar os custos dos direitos fundamentais, sejam eles de primeira ou segunda dimensão.

Nesse tópico, a partir das reflexões desenvolvidas pelo professor português José Casalta Nabais, almeja-se projetar um pouco de luz sobre essa categoria teórica olvidada, qual seja: a noção de *deveres fundamentais*. Por conseguinte, tecemos inicialmente algumas considerações sobre os possíveis motivos do esquecimento que envolve tal conceito, para então distinguir os deveres fundamentais reflexos dos deveres fundamentais como categoria autônoma, apontar os seus fundamentos, clarear a noção de deveres fundamentais e assinalar o seu regime jurídico. Com isto, não se pretende colocar aqui defender a ideia de que os deveres se encontram em pé de igualdade e menos ainda à frente dos direitos – como o faz Joseph Rován, por exemplo¹² –, mas apenas reforçar que os direitos e os deveres se encontram colocados no mesmo plano jurídico, compartilhando o mesmo âmbito constitucional.

Para José Casalta Nabais (2007, p. 2), esquecimento dos deveres fundamentais como categoria doutrinária relevante é facilmente constatável quando lançamos um breve olhar para a doutrina europeia do segundo pós-guerra, podendo-se verificar que tal conceito fora objeto de “um pacto de silêncio, de um verdadeiro desprezo”. Tal desprezo que seria visível de modo ainda mais claro quando confrontado com a atenção constitucional que tem sido dispensada aos direitos fundamentais – quer em termos extensivos quer em termos intensivos. Nesse sentido, Nabais destaca que a mais célebre das declarações de direitos – a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de Agosto de 1789 – é uma declaração que rejeitou integrar uma declaração de deveres (NABAIS, 2007, p. 3).

Todavia, o esquecimento dos deveres fundamentais teria causas mais próximas. Dentre estas, o professor de Coimbra aponta como motivos relevantes a conjuntura política, social e cultural do segundo pós-guerra, por um lado, e o regresso a uma estrita visão liberal dos direitos fundamentais, de outro. A primeira causa refere-se à preocupação dominante nessa época, pois, era necessário exorcizar o passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos¹³. A segunda causa, mais próxima,

¹² ROVAN, Joseph. *Citoyen d'Europe - Comment le devenir? Les devoirs avant les droits*, 1993.

¹³ Comentando o fenómeno da constitucionalização do Direito, ocorrido no Ocidente após a II Guerra Mundial, afirma: “Foi isto o que aconteceu no século vinte. Mais precisamente nos finais dos anos quarenta em Itália e na então República Federal da Alemanha, depois nos anos setenta na Grécia, Portugal e Espanha, e já nos anos oitenta no Brasil. E isto para não referirmos outros países, como os libertados do comunismo já na década de noventa. Particularmente significativo é, a este propósito, o que sucedeu na Alemanha. De um lado, a

consiste num regresso a uma visão liberal estrita dos direitos fundamentais que postula a rejeição da proposta de integrar também uma declaração de deveres às declarações de direitos, sob o argumento de que numa comunidade liberal os deveres se identificam com os direitos (deveres reflexos)¹⁴.

Todavia, José Casalta Nabais salienta que a argumentação liberal contra os deveres apenas seria válida face aos deveres correlativos dos direitos fundamentais, ou seja, face aos deveres que podemos designar por deveres de direitos fundamentais. Afirma o professor português que “ela não atinge os verdadeiros deveres fundamentais, os deveres enquanto categoria ou figura jurídica autônoma” (NABAIS, 2007, p. 4). Isto, pois, enquanto parte ou face passiva de cada um dos direitos fundamentais, os deveres correlativos de direitos estão constitucionalmente previstos nas normas que consagram os direitos, dispensando a sua previsão constitucional direta ou expressa (NABAIS, 2007, p. 4).

O esquecimento da problemática dos deveres teria ainda, segundo Nabais (NABAIS, 2007, p. 4-5), um outro suporte ou apoio suplementar nos dias de hoje:

Na verdade, esse desprezo pelos deveres está presentemente ancorado também naquilo que podemos designar por discurso quantitativo dos direitos fundamentais, um discurso que, convém dizê-lo, é mais amplo e perturba ou domina mesmo a nossa visão da sociedade e da vida.

Diante desses motivos torna-se compreensível o esquecimento da categoria dos deveres fundamentais que domina tanto o âmbito das constituições como a dogmática constitucional contemporânea.

Ainda que se possa falar em deveres fundamentais como deveres correspondentes aos direitos fundamentais, a tese sustentada por José Casalta Nabais (2007, p. 5) é de *deveres fundamentais como uma categoria autônoma*, ou seja, categoria jurídica constitucional própria. Tal concepção, saliente-se, rejeita extremistas: seja a perspectiva do liberalismo, que não conhece senão direitos, esquecendo-se da responsabilidade comunitária dos indivíduos (concepção dominante no século XIX); seja a perspectiva a de um comunitarismo que apenas conhece deveres, decompondo a liberdade numa rede de deveres ou funções (regimes totalitários e autoritários que a Europa conheceu e viu cair no século XX).

Lei Fundamental de Bonn não conhece em todo o seu texto a expressão dever ou deveres fundamentais. De outro lado, a doutrina alemã durante muito tempo, mais concretamente até aos finais dos anos setenta do século passado, fez do tema dos deveres fundamentais um verdadeiro tabu”. (NABAIS, José Casalta. *Op. cit.* p. 3).

¹⁴ *Idem*, p. 4.

Nesse sentido, mesmo quando não o dizem de modo explícito, as constituições integram em seu texto diversos deveres fundamentais (NABAIS, 2007, p. 6):

A este respeito, podemos mesmo considerar que historicamente se foram formando tantas camadas de deveres fundamentais quantas as camadas de direitos. E assim temos os deveres que vêm da época liberal, como os deveres de defesa da pátria e de pagar impostos; temos os deveres que são o contributo da “revolução” democrática, consubstanciada na conquista do sufrágio universal, que nos deixou os deveres políticos como os deveres de sufrágio e de participação política; temos, enfim, os deveres que constituem o apport do estado social, ou seja, os deveres económicos sociais e culturais, como os deveres de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de frequentar o ensino básico, etc. Deveres estes a que, hoje em dia, tende a acrescentar-se uma quarta camada de deveres formada pelos deveres ecológicos, de que são exemplos os deveres de defender um ambiente humano são e ecologicamente equilibrado e o dever de cada um preservar, defender e valorizar o património cultural.

Contudo, ainda é preciso indagar: qual é o fundamento dos deveres fundamentais? Para Nabais existem duas espécies de fundamento: de um lado, a razão de ser lógica dos deveres fundamentais e, de outro, o seu fundamento jurídico. A razão de ser lógica de tais deveres consiste em ser *a expressão da soberania fundada na dignidade da pessoa humana*. Isto significa que o Estado, e naturalmente a soberania do povo que suporta a sua organização política, tem por base a dignidade da pessoa humana. Disto resulta que, “ao contrário do que se passa com os direitos, os deveres fundamentais são, em larga medida, criação do legislador constituinte” (NABAIS, 2007, p. 6). Por seu turno, o fundamento jurídico dos deveres fundamentais “reside na constituição, ou talvez melhor, na sua previsão constitucional” (NABAIS, 2007, p. 7).

Segundo José Casalta Nabais (2007, p. 7), isto significa que

na ausência de uma disposição constitucional a prever os deveres obsta ao seu reconhecimento como deveres fundamentais, como deveres no plano constitucional. Daí que, na ausência de previsão constitucional, ainda que tais deveres possam ser considerados deveres fundamentais de um ponto de vista material ou substancial, isto é, ainda que congreguem em si as notas típicas de uma noção material ou substancial de deveres fundamentais, eles não podem ser tidos por deveres fundamentais.

Desta concepção decorre a ideia de tipicidade ou de lista fechada dos deveres fundamentais. Isto é, “apenas podemos considerar como deveres fundamentais, entre os que o possam ser de um ponto de vista material ou substancial, aqueles que figurem, de

maneira expressa ou implícita, na constituição” (NABAIS, 2007, p. 7)¹⁵. De tal modo, os deveres extra-constitucionais – idênticos na sua substância aos deveres constitucionais – devem ser considerados como deveres puramente legais, não havendo outros deveres fundamentais para além dos previstos na constituição.

Assim, tendo em mente certo paralelismo para com as características essenciais da noção constitucional de direitos fundamentais oferecidas pela doutrina, seria possível afirmar que (NABAIS, 2007, p. 8):

os deveres fundamentais se configuram como posições jurídicas passivas (não activas), autónomas (face aos direitos fundamentais), subjectivas (já que exprimem uma categoria subjectiva e não uma categoria objectiva), individuais (pois têm por destinatários os indivíduos e só por analogia as pessoa colectivas) e universais e permanentes (pois têm por base a regra da universalidade ou da não discriminação).

Assim sendo, segundo o professor de Coimbra, seria possível distinguir os deveres fundamentais de certas figuras próximas que, não raro aparecem confundidas com os deveres fundamentais (NABAIS, 2007, p. 8):

Podemos, assim, separar os deveres fundamentais: a) dos deveres constitucionais orgânicos ou organizatórios (que não passam de competências constitucionais de exercício vinculado quanto ao an); b) dos limites (maxime restrições) legislativas aos direitos fundamentais que, ao amputarem o conteúdo ou parte do conteúdo constitucional não essencial de cada direito, nos fornecem o conteúdo constitucional dos direitos fundamentais que vale na prática; c) dos deveres correlativos dos direitos fundamentais (ou deveres de direitos fundamentais tout court) que mais não são do que a face passiva dos direitos; d) das garantias institucionais (como imprensa livre, a família, a propriedade, a autonomia das autarquias locais, etc.) que são sobretudo figuras jurídicas de natureza objectiva; e) das tarefas constitucionais stricto sensu, que têm por destinatário exclusivamente o estado e visam vincular os seus órgãos à produção de certos resultados em matéria de organização económica ou social, política ou administrativa (v., por exemplo, os arts. 9º e 81º da Constituição portuguesa).

¹⁵ Por outro lado, Nabais acrescenta: “Uma conclusão que, naturalmente, não impede o legislador ordinário de os impor e sancionar. Muito embora tais deveres não possam ser tidos por deveres fundamentais, mas apenas por deveres legais. [...] Uma ideia que é válida mesmo face a constituições que, ao menos *prima facie*, parecem conter uma cláusula geral de deveres fundamentais. É o que acontece com a Constituição italiana, cujo art. 2º dispõe: ‘A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem seja como indivíduo seja nas formações sociais em que desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres imprescritíveis de solidariedade política, económica e social’”. (NABAIS, José Casalta, *Op. cit.* p. 7).

Por fim, no que tange ao regime jurídico dos deveres fundamentais, José Casalta Nabais destaca dois aspectos significativos: primeiramente, a existência de um *regime geral* característico e, em segundo lugar, a *inaplicabilidade direta* dos preceitos constitucionais que preveem os deveres fundamentais.

Quanto ao primeiro aspecto, Nabais (2007, p. 9) destaca que, não obstante autonomia e a relativa independência dos deveres fundamentais face à figura ou categoria jurídica dos direitos fundamentais, os mesmos participam do regime geral destes. Isto ocorria, pois, na verdade, haveria um regime relativo ao estatuto constitucional do indivíduo, isto é, relativo aos direitos e aos deveres, englobando ambas as espécies em um mesmo gênero.

Assim, de acordo com o entendimento do professor de Coimbra, também se aplicam aos deveres fundamentais, nomeadamente, os seguintes princípios:

- 1) da universalidade ou da aplicação categorial, 2) da igualdade enquanto proibição do arbítrio, 3) da não discriminação em razão de critérios subjectivos ou de critérios interditos pela constituição como os que constam da lista, aliás bastante completa do art. 13º, nº 2, da Constituição portuguesa¹², 4) da proporcionalidade nos três aspectos conhecidos (ou seja, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito) relativamente à sua concretização pelo legislador, 5) da aplicabilidade aos estrangeiros e apátridas, e 6) da tutela judicial (NABAIS, 2007, p. 9)

Por sua vez, no que tange ao segundo aspecto – a *inaplicabilidade direta* dos deveres fundamentais –, ao contrário do que ocorre em matéria de direitos fundamentais, as normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais não seriam diretamente aplicáveis aos seus destinatários subjectivos. Isto porque os deveres fundamentais, por via de regra, “não têm o seu conteúdo concretizado na constituição, sendo, pois, deveres de concretização legal” (NABAIS, 2007, p. 9). Todavia, “mesmo quando a sua concretização se realiza ao nível da constituição, o legislador dispõe de uma ampla liberdade, nomeadamente para estabelecer as sanções aplicáveis no caso da sua não observância” (NABAIS, 2007, p. 9).

Do exposto acima, é possível observar que a noção dos deveres fundamentais constitui uma série de nuances e características demasiadamente importantes para que fique relegada às águas do Letes – o mitológico rio do esquecimento que corria no Hades (BULFINCH, 2001, p. 325). Tal qual o deus Jano, que possuía duas faces, o estatuto constitucional do indivíduo possui natureza dúplice e apenas será corretamente compreendido quando, ao lado da noção de direitos fundamentais, for atribuída a devida

importância à complexa categoria dos deveres fundamentais enquanto categoria constitucional autônoma, em razão de suas inequívocas especificidades normativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tem como tema central a relação entre a ordem econômica e a ordem social, buscando chegar à possibilidade da efetivação dos Direitos Sociais através do subsídio necessário aos custos dos direitos fundamentais, demonstrando que esse caminho se faz possível quando há a valorização do trabalho humano e da geração da renda, quer seja do particular, quer seja do Estado que garante através do Welfare State ou de suas políticas públicas, bem como na geração e recolhimento de impostos.

Amparado na ideia do ser humano como destinatário final das normas e embasado em uma hermenêutica constitucional voltada para o pleno desenvolvimento do ser, é dado ao intérprete o direito de interpretar o alcance da norma de forma prospectiva, voltada para a construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

Buscou-se através da relação entre a ordem econômica e social, elucidar a compreensão que só é possível a obtenção de garantia de direitos que tragam dignidade ao homem se o Estado tiver uma Ordem Econômica voltada na valorização do trabalho humana, na justiça social e na livre iniciativa.

Cabe ressaltar que o fato da teoria vigente sobre o mínimo existencial determinar a existência de algo abstrato que garanta uma vida digna e este fundamentado na dignidade humana, princípio iluminador que deve ser levado em conta pelo legislador, sob pena de suas leis emanadas serem consideradas inconstitucionais, entende-se não ser digno o homem viver sem ter necessariamente o mínimo que lhe garanta sua dignidade, sua vida. Tal garantia de padrões mínimos de dignidade são produzidos pelo Estado que prioriza e incentiva o desenvolvimento econômico, como forma de proporcionar aos seus jurisdicionados, através de recursos financeiros – que são oriundos da geração e pagamento de impostos - aplicados à efetivação dos direitos sociais, uma vida digna.

O Direito é uma instituição social destinada a satisfazer às necessidades sociais. É o cumprimento dos melhores resultados sociais, mediante o mínimo de sacrifício dos interesses em conflito, por meio da ordenação da conduta humana, em

uma sociedade politicamente organizada em sua forma de produção econômica. Garantir os direitos sociais é garantir o direito ao mínimo de existência pela via constitucional econômica. Quando se diz mínimos necessários de direitos sociais efetivados para trazer dignidade a alguém, tais percentuais não podem ser mensurados, pois versam sobre algo subjetivo do indivíduo e o que é necessário para garantir a dignidade de um não o é de outros. Sendo assim, não se pode dizer que tendo o homem alimento, moradia e saúde, este pode ser considerado digno, e seus direitos estarão garantidos. Também, de igual forma, reduzir o homem aos mínimos padrões de sobrevivência e a ele atribuir dignidade, não é fruto de governo que governa para o povo e com o povo.

Da leitura do preâmbulo da Constituição Brasileira, do Art. 1º inciso III e do Art. 3º é que aflora o verdadeiro sentido de proteção à pessoa humana. A preocupação constitucional dos presentes artigos expressam normas de proteção ao ser humano, base de toda uma sociedade, devendo estas serem observadas pelos intérpretes da lei. É necessário que os membros integrantes do Estado estejam inseridos, vivenciando e respirando os atuais e iminentes anseios de uma sociedade, até porque o Direito não acompanha a evolução de um povo, em qualquer dos seus aspectos.

Inseridos e não orbitando na sociedade: este é o dever de todos os componentes da pólis. Fazer valer o sentimento de solidariedade, de fraternidade para assim, viver, legislar, administrar e julgar em favor do pleno alcance de uma vida com liberdade de escolhas, de uma vida com dignidade. Diante dessa premissa, mister se faz necessária a observação de uma estrita interpretação pluralista, fraterna e sem preconceitos, conforme dita o preâmbulo constitucional, dos direitos fundamentais.

Com relação à interpretação conforme a Constituição salienta-se o pensamento do jurista alemão Peter Häberle, que em sua obra ‘Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição’, obra traduzida por Gilmar Ferreira Mendes, em que o autor defende a tese de que é preciso adotar uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta, onde todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete.

Interpretar conforme a Constituição é analisar o contexto histórico do momento, analisando o processo como um todo, para que essa interpretação chegue o

mais próximo possível dos anseios de uma sociedade. Sociedade esta aberta, pluralista, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Vale dizer, interpretar a Constituição é interpretar os anseios do homem dentro de uma sociedade, procurando o correto entendimento daquilo que é necessário para que esse homem possa viver em sociedade, viver com dignidade dentro de sua família.

É de responsabilidade dos integrantes dos poderes da União, bem como de todos os integrantes da sociedade, legislarem, administrarem e julgarem tendo sempre os olhos voltados para a pessoa humana. O homem, aqui referenciado como raça humana, em sua plenitude de realizações que lhe possam conferir dignidade. Ao Legislativo cabe a tarefa de legislar sempre com normas voltadas para o homem; ao Administrativo, administrar sempre com vistas à realização dos direitos fundamentais do homem; ao Judiciário, julgar sempre de acordo com os direitos fundamentais e quando de suas colisões com outros direitos fundamentais, encontrar no princípio da proporcionalidade a efetiva concretização do direito que contenha em sua essência a carga axiológica de maior valor. E à sociedade, dirigir aos seus pares olhares de solidariedade, com o coração repleto de amor e sensibilidade para enxergar em seu próximo uma pessoa de idêntica imagem.

Os direitos fundamentais passaram a desempenhar uma significativa função nos ordenamentos jurídicos ocidentais no decorrer do século XX, em especial, após o término da II Guerra Mundial. A necessidade de se repensar o direito e sua função social na contemporaneidade ficaram evidenciadas quando se observou que mesmo as maiores atrocidades podem ser cometidas e “legitimadas” pela autoridade da lei. Visando alterar a concepção do jurídico que permitiu tais eventos desastrosos, muitos países ocidentais promulgaram novas cartas constitucionais que traziam no bojo do seu texto, como corolários normativos, a afirmação dos direitos fundamentais. O advento de tais constituições deu origem a um fenômeno de constitucionalização do Direito e a um novo paradigma teórico denominado por muitos autores de Neoconstitucionalismo.

O estudo objetivou demonstrar, por meio de uma revisão da tradicional classificação de direitos individuais como direitos “negativos” e direitos sociais como direitos de “prestações positivas”, a importância da categoria de deveres fundamentais como categoria constitucional autônoma bem como uma ordem econômica voltada para o pleno desenvolvimento do homem

Os estudos de Cass Sunstein e Stephen Holmes verificou-se que tanto os direitos fundamentais de primeira dimensão quanto os direitos sociais de segunda dimensão, em sua concretização, geram custos financeiros e exigem uma intervenção positiva por parte do Estado contemporâneo. De tal modo, foi possível afirmar com segurança que todo e qualquer direito fundamental demanda custos públicos na medida em que exige todo um sistema jurídico organizado pelo poder estatal a fim de resguardar e dar efetividade e concreção a tais direitos. Isto significa que, ao lado dos direitos fundamentais existem também deveres fundamentais reflexos ou correlatos – no caso, a necessidade de se apontar a existência de um dever fundamental de pagar impostos a fim que todos os direitos possam ser garantidos e efetivados por parte do Estado.

A classificação questionada, além de estar muito longe de ser uma distinção ingênua – posto que desempenha um papel ideológico fundamental na discussão política, engendrando em si mesma um conteúdo ideológico imanente –, encobre a própria realidade na medida em que obscurece o fato de que os direitos fundamentais de primeira dimensão também possuem custos significativos e, com isso, ofusca e vela a relevante categoria dos deveres fundamentais enquanto categoria constitucional autônoma.

O artigo procurou ressaltar a relevância bem como os contornos essenciais que envolvem a noção de deveres fundamentais. A partir das reflexões desenvolvidas por José Casalta Nabais, foram tecidas considerações sobre os possíveis motivos do esquecimento que envolve tal conceito, distinguiu-se os deveres fundamentais correlatos ou reflexos dos deveres fundamentais como categoria autônoma, apontando os seus fundamento lógico e jurídico e, por fim, assinalou-se o seu regime jurídico indicando também a inaplicabilidade direta dos preceitos constitucionais os preveem.

Por fim, conclui-se que, assim como Jano, a divindade grega guardiã das portas, das mudanças e tradições, os direitos fundamentais possuem duas faces distintas: uma voltada para os direitos fundamentais *stricto sensu* e outra para os deveres fundamentais. Ambas, porém, se complementam intimamente estando unidas metaforicamente pelo mesmo corpo. Uma perspectiva científica que procure esclarecer os contornos gerais de uma das “faces” desconsiderando a outra, não será capaz de apreender a real essência do objeto que procura conhecer. Torna-se necessário, assim, voltar os olhos para a face oculta dos direitos fundamentais: os deveres fundamentais como categoria constitucional autônoma.

Importante é a realização de todas as necessidades do ser humano que lhe garantam uma existência digna acompanhadas do sempre “algo mais”. Esse aumento, esse algo mais em sua existência digna faz com que tenhamos uma sociedade sempre em direção ao alargamento do mínimo existencial, fazendo prevalecer a teoria do não retrocesso de uma sociedade, na aplicabilidade dos direitos fundamentais. Interpretar conforme a Constituição é concretizar a esperança de muitas pessoas que são privadas de seus integrantes, deixando de receber o afeto e carinho necessários para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. E esse pleno desenvolvimento encontra um porto em uma sociedade justa, fraterna e solidária.

Por derradeiro, imperiosa a busca por uma sociedade que contemple os ditames fundamentais de uma Constituição voltada para a busca de uma sociedade justa, livre e solidária, pautadas no pleno desenvolvimento do homem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzon Valdês. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzon Valdês. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAÚJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista do Estado, p. 5. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>. Acesso em: 12. Jun. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.

BITENCOURT NETO, Emilio. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOÉTIE, Etienne. *Discurso da Servidão Voluntária*. São Paulo, Brasiliense, 1982.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BULFINCH, Thomas. *O Livro de Ouro da Mitologia: histórias de deuses e heróis*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CLAUDIO, Souto; FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Pioneira, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, Dalmo. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos do direitos - direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “*Os Custos dos Direitos, parte I*”. In: Embargos Culturais – Conjur, coluna de 7 de abril de 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-abr-07/embargos-culturais-holmes-sunstein-demonstram-custo-financeiro-direitos#_ftn3 Acessado em 23.11.2014.

HESSE, Konrad. “*Significado dos Direitos Fundamentais*”. In: HESSE, Konrad; Temas Fundamentais Do Direito Constitucional. São Paulo Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. London, New York: W. W. Norton & Company, 2000.

JHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELLY, John. *Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MACEDO, Silvio. *História do pensamento jurídico*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

MACHADO NETO, Antonio Luis. *Sociologia Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

NABAIS, José Casalta. “*A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*”. In: Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007; Publicado também na coletânea NABAIS, José Casalta. Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal. Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

_____. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998;

NOVAIS, Jorge. *Contributo para um estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- ROVAN, Joseph. *Citoyen d'Europe - Comment le devenir? Les devoirs avant les droits*. Paris: Robert Laffont, 1993;
- ROCHA, Iolanda Jardim da. *1000 perguntas de sociologia jurídica*. 2. ed. ver. Ampl. Rio de Janeiro: Thex Ed, 1998.
- SAMPAIO JR, Tércio. *O judiciário frente á divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Judiciário. Revista USP, v. 21, p.12-21, mar/abr/maio, 1994.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.
- _____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;
- SILVA, Virgilio Afonso. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SLAIB FILHO. Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito. Uma visão substantiva*. 2. ed. rev. Ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.
- TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: RT, 2004.
- WEBER, Max. *O político e o cientista*. Lisboa: Presença, 1982.
- SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.