

A desconstrução do controle jurisdicional de políticas públicas sobre o exercício de direitos sociais: um estudo sobre sua relevância no modelo liberal de direito

The deconstruction of the judicial review of public policies in the enforcement of social rights: a study about its relevance to the liberal approach of the law

Victor Hugo Alcalde do Nascimento¹

Eduardo Oliveira Agostinho²

Resumo: O emprego de termos técnicos no Direito omite os argumentos, filosofias e fundamentos responsáveis pela sua construção. Aceitam-nos, quer por sua índole técnica, quer por habitualidade profissional. Desconstruí-los, no entanto, revelaria justificativas omitidas e opções negligenciadas. No Direito Constitucional, excluem-se políticas públicas do âmbito jurisdicional por sua índole política e diminuem os direitos sociais por seu matiz prestacional. Neste artigo, de abordagem qualitativa e metodologia dedutiva, postula-se desconstruí-los. Observa-se, inicialmente, que as políticas públicas se convertem em leis, atos normativos infraconstitucionais e contratos perante o Judiciário, logo, afastam-se os argumentos de segregá-los da aferição judicial. Em seguida, demonstra-se que, embora sociais, estes direitos comportam uma face subjetiva, apta a assegurar o acesso e respostas individuais na sua concretização. Aponta-se, ademais, a falsa necessidade de justificá-los, quer pelo acervo principiológico constitucional, quer pelo Direito Comparado. Direitos sociais compõem direitos fundamentais, passíveis de remédios individuais e objeto de controle judicial.

Palavras-chave: Políticas Públicas; Direitos Sociais; Desconstrução; Falsa Necessidade; Direito Comparado.

Abstract: The recourse to legal terminology hides the arguments, philosophies and justifications responsible for its construction. They are accepted, either for their technical nature, or for professional custom. Nevertheless, by deconstruction them, one could review their closed reasons and neglect options. In Constitutional Law, public policies are banned from judicial review for its political character and, social rights are diminished for its state dependency. This article, employing a qualitative and deductive methodologies, seeks to deconstruct these terms. First, it argues that public policies work as statutes, legal norms and, contracts before the Judiciary, therefore, it refutes the arguments against the judicial review. Second, this research demonstrates that, although termed social, these rights convey a subjective nature, which allows the availability of individual remedies. This research affirms, nonetheless, that the justification of social rights either by constitutional principles or by recourse to comparative law represent a false necessity. Social Rights subsist as fundamental rights, able of individual remedies and judicial review.

¹Graduado em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia (2007). Especialista em Direito Internacional e Econômico. Pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: victorh.alcalde@outlook.com, Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4359-3822>.

²Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1998), Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000), Mestrado em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2003) e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2011). E-mail: eduardo.agostinho@pucpr.br, Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0216-4557>.

Keywords: Public Policies. Social Rights. Deconstruction. False Necessity. Comparative Law.

INTRODUÇÃO

No Direito, as palavras não só delimitam o sentido; elas revelam. A prática forense vale-se da linguagem corrente como expediente para o desenvolvimento de seu próprio idioma. O contestado “juridiquês” torna-se realidade. Esta prática, no entanto, não se resume a mero aprimoramento técnico; ela resulta de escolhas, tácitas ou deliberadas, de impor conteúdos específicos a determinados termos. Como em toda escolha, preferem-se seguir certos caminhos em detrimento de outros. Capturar um termo corrente para empregá-lo segundo a construção jurídica demonstra, ao final, os objetivos e preconceitos desta decisão: revelam-se fundamentos e valores negligenciados.

Postula-se desconstruir os vocábulos políticas públicas e direitos sociais. Impõe-se revisitar seus fundamentos e expor os argumentos que levaram a imputar os conteúdos dos termos “política” e “sociais”. Argumenta-se, neste artigo, de abordagem qualitativa e metodologia dedutiva, que o termo política, de políticas públicas, as afastaria do entorno jurídico e, por conseguinte, do controle judicial. A compreensão corrente do adjetivo social, por sua vez, omitiria o matiz subjetivo, a aptidão de pleitear sua tutela individualmente.

Esta pesquisa divide-se em dois capítulos. Inicialmente, discorrer-se-á sobre o imperativo da desconstrução e suas consequências. Observar-se-á que, perante o Poder Judiciário, políticas públicas não operam como políticas, conhecidas no entorno eleitoral, mas, como leis, atos normativos infraconstitucionais e como contratos. No segundo capítulo, em continuação, realizar-se-á a desconstrução do adjetivo social, de direitos sociais. Verificar-se-á que, mesmo em outros ramos jurídicos, emprega-se o vocábulo social com matiz individual e inexistiria a necessidade de negligenciar respostas individuais e direitas face a violações. Direitos sociais comportam natureza objetiva e subjetiva, compatíveis, neste sentido, ao paradigma liberal do Direito, ou seja, para cada violação um remédio. Ademais, se qualificará como uma falsa necessidade, o imperativo, constante, de justificar sua fundamentalidade, seja através do acervo constitucional principiológico, seja pelo recurso ao Direito Comparado. Nesta pesquisa, recorrer-se-á à literatura e precedentes jurídicos estrangeiros. A tradução, portanto, é de responsabilidade dos autores.

NECESSIDADE DA DESCONSTRUÇÃO: A AFERIÇÃO DE JUSTIFICAÇÕES E OPÇÕES SOBRE O EMPREGO DAS PALAVRAS

No Direito, as palavras não só delimitam sentidos; elas revelam. Na linguagem corrente, empregam-se palavras como consideração, causa e forma espontaneamente, subordinadas, apenas, ao contexto em que se encontram. Na ciência jurídica, no entanto, estas palavras dispõem de sentidos delineados. Os termos consideração, causa e forma representam requisitos para a formação da relação contratual em diferentes culturas jurídicas.³ A prática forense delimita os conceitos desses substantivos e, por conseguinte, os segrega do uso corrente.

Postula-se, neste artigo, a desconstrução dos termos que compõem a binômio “política” e “social” no controle jurisdicional de políticas públicas. Sustenta-se que, como em consideração, causa e forma, os vocábulos “político” e “social” orientam a prática forense para fins determinados, excluindo-se várias possibilidades. Denominar os meios empregados para concretizar os direitos sociais de políticas tende a afastá-los da aferição jurisdicional. No mesmo sentido, ao qualificar os direitos de segunda geração como “sociais” inclinar-se-ia a aceitar, exclusivamente, remédios coletivos, face a violações. Observa-se, assim, que “o direito se torna um tipo de realidade imposta ao dado social, dando-lhe forma e terminando, em suma, por tornar-se mais real que os fatos”⁴. A delimitação das palavras “política” e “social” mais que delimitam o sentido buscado pelo Direito: elas revelam as intenções, dificuldades e finalidades em se condicionar direitos fundamentais sociais à coletividade e excluir políticas públicas do domínio do Poder Judiciário. Necessita-se desconstruí-los.

³ A seção n.º 71, do *Restatement (Second) of Contract Law*, enuncia a necessidade de consideração para a formação da relação contratual. Grant Gilmore expõe que “a palavra “consideração” se encontra em uso há muito tempo, logo, é tentador pensar que dispomos da teoria da consideração por muito tempo. De fato, até o século XIX a palavra nunca adquiriu qualquer significado particular ou estabeleceu qualquer teoria” GILMORE, Grant. **The Death of Contract Law**. Columbus: The Ohio State University Press, 1995. p. 20. No Direito francês, a causa designa uma contrapartida para a construção obrigacional. Seu sentido sofre recente modificação, a partir da *ordonnance du 10 février 2016*. O Art. 1169, do Código civil dispõem que “um contrato a título oneroso é nulo quando, no momento de sua formação, a contrapartida convencionada em detrimento daquele que se vincula é ilusória ou irrisória”. Conservou-se o sentido jurídico do vocábulo causa, embora ausente na redação do novo dispositivo do Código civil. Jean Carbonnier salienta que “o Código civil não definiu a causa e que surgem inesgotáveis controvérsias sobre este tema”. CARBONNIER, Jean. **Droit Civil. Les Biens; Les Obligations**. v. II. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 2017-2018 No Brasil, refere-se ao no Art. 104, III, do Código Civil

⁴ ELLUL, Jacques. **Histoire des Institutions**. v. 3. Paris : Presses Universitaires de France, 1982. p. 27.

AS DIFERENTES FACES DO VOCÁBULO “POLÍTICO” E SUA RELAÇÃO COM O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas se apresentam como meio empregado para adimplir direitos fundamentais sociais, expressos no capítulo II da Constituição. Assim, direitos como a saúde, a alimentação, a segurança, a previdência, e a assistência àqueles mais vulneráveis reclamaria a atuação positiva estatal. No entanto, denominá-las “políticas” afastam-nas do entorno jurídico, vez que, na assepsia doutrinária⁵, jurídico e político não se misturam. Alguns juristas assinalam que “deveria ser suficiente que o artigo [6º], especificamente, manifeste que o direito à saúde deve ser protegido por meio de políticas públicas, diferenciando-o de um direito individual”⁶, e, conseqüentemente, “parece óbvio que o Judiciário, por si, não possui os recursos técnicos necessários para prosseguir neste tipo de análise, seja por demandas individuais ou coletivas”⁷.

Estes argumentos não se exaurem no território brasileiro. Alguns juristas apontam a prescindibilidade de inscrever esses direitos nas Constituições. Outros, se empenham em conciliar prováveis conflitos entre o que se sedimentou por político e jurídico, quando do adimplemento de políticas sociais. Cass Susntein, *a priori*, assinalava que a inclusão de direitos sociais nos textos constitucionais significava “um grande equívoco, possivelmente, um desastre”⁸ e que os “governos não deveriam ser compelidos a interferir na liberdade dos mercados”. Richard Epstein afirma que “uma constituição ótima leva uma forma clássica liberal”⁹. Elenca duas estratégias para concretizar seu modelo constitucional perfeito: inicialmente, “diminuir as expectativas do que o governo pode fazer”¹⁰; em segundo lugar, “limitar os meios pelos quais estas atividades particulares podem se empreender, através de limitações estruturais e da proteção de direitos individuais”¹¹. A opção pelo modelo

⁵ Relembra-se o objetivo de Hans Kelsen no desenvolvimento de sua teoria: “chama-se uma teoria “pura” do direito porque descreve somente o direito e tenta eliminar de seu objeto desta descrição tudo o que não é, estritamente, direito: seu objetivo é libertar a ciência do direito de elementos estranhos. Esta é a base metodológica da teoria” KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Tradução de Max Knight. Los Angeles: University of California Press, 1970. p. 1.

⁶ GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. **ICJ Journal**, v. 7, n. 4, 2013. p. 465

⁷ GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. p. 466.

⁸ SUNSTEIN, Cass. Against Positive Rights: Why Social and Economic Rights Don’t Belong in the New Constitutions of Post-Comunist Europe. **East European Constitutional Review**. v. 2, Winter, 1993. p. 35.

⁹ EPSTEIN, Richard A. Optimal Constitutional Structure. In: PARISI, Francesco. ed. **The Oxford Handbook of Law and Economics**. v. 3: Public Law and Legal Institutions. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017. p. 3.

¹⁰ EPSTEIN, Richard A. *Optimal Constitutional Structure*. p. 3.

¹¹ EPSTEIN, Richard A. *Optimal Constitutional Structure*. p.3.

constitucional norte-americano – sintético e de laboriosa reforma – reitera o discurso do fim da história, não limitado à ciência política e às relações internacionais.

Outros juristas, empenham-se na descrição do que se poderia compreender por judicialização da política. Ran Hirshl leciona que a “judicialização da política” designa “um termo guarda-chuva, referindo-se ao que, realmente, seriam três processos interligados”¹². Inicialmente, “o termo referiria ao avanço do discurso jurídico, jargão, regras e procedimentos na esfera política e no foro de elaboração de políticas”¹³. Em seguida, o descreve como “a expansão da influência dos tribunais e juízes na determinação dos resultados de políticas públicas, principalmente, através da revisão administrativa”¹⁴. Finalmente, menciona que “a judicialização da política é a confiança nos tribunais e magistrados em lidar com o que chamaríamos “maga-político”: controvérsias políticas essenciais que definem (e, frequentemente, dividem) o político, como um todo”¹⁵.

Há juristas, ainda, que na tentativa de conciliar ambos os domínios, distinguem as manifestações possíveis dos órgãos jurisdicionais na aferição de políticas públicas. Mark Tushnet contrasta uma revisão judicial robusta de outra fraca. Considera como uma atuação forte “o poder dos tribunais de declarar leis, elaboradas pelo legislativo mais alto da nação, como inconstitucionais, e tornar esta declaração efetiva através de ferramentas comuns ao alcance das cortes”¹⁶. O exercício jurisdicional forte demandaria uma intervenção robusta na obra parlamentar. A revisão fraca, no entanto, promete comedimento. O autor salienta que “os proponentes do novo modelo de revisão judicial fraca a descrevem como um meio atrativo de reconciliar o autogoverno democrático com o constitucionalismo”¹⁷.

Maria Paula Dallari Bucci define o termo política pública como um “conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”¹⁸. Simultaneamente, reconhece que a sua sintetização em um conceito

¹² HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: GOODIN, Robert E. **The Oxford Handbook of Political Science**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 448.

¹³ HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. p. 448.

¹⁴ HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. p. 449.

¹⁵ HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. p. 451.

¹⁶ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. ix.

¹⁷ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. p. xi.

¹⁸ BUCCI, Maria Paulo Dallari. O conceito de política pública em direito. *in Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

jurídico é um desafio, diante da sua natureza multiforme, sendo mais apropriado o seu tratamento como um referencial metodológico”¹⁹.

As classificações e distinções não eximem a conclusão de que político e jurídico não se misturam. O mero atributo “político” parece afastar, definitivamente, a revisão jurisdicional do adimplemento de políticas públicas pelos órgãos jurisdicionais. Poder-se-ia cogitar a mudança da nomenclatura das ferramentas empregadas para concretizar estes direitos fundamentais sociais. No entanto, tal como a divisão entre Direito público e privado, que já alcançou países de tradição jurídica consuetudinária, sedimentou-se os contornos do vocábulo. Trata-se de uma distinção “não necessária, porém contingente”²⁰. Aduzir algo como político implica a exclusão do jurídico. A desconstrução desta prática permitiria refletir sobre outras opções.

A desconstrução demanda inquirir. Se na engenharia, a construção importa na avaliação dos materiais, ferramentas e cálculos necessários para a fundação de um edifício²¹, a desconstrução aponta o caminho inverso: reverificar os materiais, ponderar sobre as razões que motivaram as decisões e questionar a estética arquitetônica. Jaques Derrida assinala que “desconstrução é justiça”²². A desconstrução “parece fundamentar-se na proposição de que a aplicação de regras jurídicas e da doutrina é, afinal, vinculada a um conflito, contradição ou indeterminação”²³. Adverte-se que “uma das principais mensagens da desconstrução é, precisamente, que os conceitos são, de fato, não delimitados e as categorias desformes, que inexistem fronteiras”. A desconstrução, por conseguinte, “anseia escavar o que assombra e constitui o direito – qualquer direito – em sua singularidade”²⁴.

¹⁹ BUCCI, Maria Paulo Dallari. O conceito de política pública em direito. p. 47.

²⁰ BEAUD, Olivier. La Distinction entre Droit Public et Droit Privé: un Dualisme qui Résiste aux Critique. In: FREEDLAND, Mark; AUBY, Jean-Bernard. *The Public/Private Law Divide: Une Entente assez Cordiale? La Distinction du Droit Public et du Droit Privé: Regards Français et Britanniques*. Portland, OR: Hart Publishing, 2006. p. 23.

²¹ Jacques Derrida adverte que “este questionamento sobre as fundações não é nem fundamentalista, tampouco anti-fundamentalista. Também não perde oportunidades de questionar ou exasperar a possibilidade, do questionamento do pensamento, interrogar, sem garantia ou prejuízo da própria história do questionamento e da sua autoridade filosófica”. DERRIDA, Jacques. Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. Nova Iorque: Routledge, 1992. p. 8.

²² DERRIDA, Jacques. Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”. p. 15.

²³ ROSENFELD, Michel. Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy, and the Temptations of the New Legal Formalism. In: In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. Nova Iorque: Routledge, 1992. p. 152.

²⁴ LEGRAND, Pierre. Introduction. In: LEGRAND, Pierre. **Derrida and Law**. Nova Iorque: Routledge, 2009. p. xxii.

A desconstrução do vocábulo “política”, do binômio “política pública” incita inquirir o que, de fato, se compreenderia por política e sua, potencial, contrariedade com o entorno jurídico. Há quem afirme, de forma pragmática, tratar-se de “quem recebe o que, quando e como”²⁵. Outros classificam-na em “política militante, a política de ação e combate, a que revolve, agita e desune os povos nas suas relações internas ou nas suas relações internacionais”²⁶, e, “política encarada como ciência, a política estudada na história, a política explorada como regra moral”²⁷. Toda pretensão conceitual, no entanto, reflete, o horizonte hermenêutico²⁸ do intérprete. Neste sentido, “todo texto incorpora uma tentativa fracassada em reconciliar identidade e diferença, unidade e diversidade, o eu e o outro”²⁹. “O direito é, intrinsecamente, relativo”³⁰.

Postula-se, neste artigo, que o emprego do vocábulo “política” tende ao afastamento do controle de políticas públicas pelos órgãos jurisdicionais. Embora se conceba uma Constituição como uma decisão política fundamental³¹, construiu-se, no entorno jurídico, a convicção de que se deve excluir matérias políticas da sua adjudicação. A condução política, afinal, importaria ao Poder Executivo. Argumenta-se, não obstante, que, aquilo o que juristas denominam como “político”, recepciona-se no Poder Judiciário como o controle de leis e atos normativos e contratos, elaborados ou celebrados para realizar os direitos fundamentais sociais. Se “políticas públicas”, originalmente, pertenciam à seara política, concretizam-se por ferramentas jurídicas.

Sobressaem-se dois elementos importantes à exclusão de políticas públicas do controle jurisdicional: a influência da doutrina e a relevância da interpretação. Sobre a primeira, Jan Smits elenca três atribuições. Inicialmente, caberia à doutrina descrever, “o mais neutro e

²⁵ Trata-se de expressão elaborada por Harold D. Laswell. LASWELL, Harold D. **Politics: Who Gets What, When, How**. Nova Iorque: Meridian Books, Inc, 1958.

²⁶ BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa: Discursos de Rui Barbosa em Haia**. v. XXXIV. Tradução de Estela Abreu e Arthur Bomílcar. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007. p. 64.

BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. p. 64.

²⁷ BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. p. 64.

²⁸ Expressão cunhada por Hans-Georg Gadamer.

²⁹ ROSENFELD, Michel. *Deconstruction and Legal Interpretation*. p. 153.

³⁰ LEGRAND, Pierre. Introduction. In: LEGRAND, Pierre. **Derrida and Law**. Nova Iorque: Routledge, 2009, p. xxxiv..

³¹ Carl Schmitt explica que “Constituição, em sentido absoluto, pode significar, por conseguinte, a maneira concreta de ser resultante de qualquer unidade política existente. I. Primeiro significado: a situação concreta de conjunto da unidade política e ordenação de qualquer unidade social de um certo Estado”. SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 2003. p. 30.

consistente possível, a fim de informar o público como se lê, de fato, o direito”³². Assim, “a doutrina cria a realidade jurídica”³³. Ocupa-se, também, da prescrição, “a busca de soluções práticas que se enquadrem satisfatoriamente no sistema existente”³⁴. Por fim, justificaria novas práticas, *a priori*, estranhas ao entorno jurídico, vez que, “autorizaria, a final, “legitimar a nova solução porque encaixa-se no sistema aceito e utilizado pela comunidade jurídica”³⁵. O desconstrutivista, no entanto, encontra-se ciente de que inexiste um grupo determinado e hermético denominada “doutrina”: há juristas particulares, educados em determinada época e cultura. Dirigir-se à “doutrina” implica na intenção deliberada de pertencimento a determinada maioria, identificada artificialmente.

Em segundo lugar, atenta-se à interpretação sedimentada na afirmação do afastamento de políticas públicas de entorno jurisdicional. No ato de interpretar, entretanto, entre o texto e o intérprete, sobrepõe-se a comunidade a qual pertence. Stanley Fish instrui que essas comunidades compõe-se daqueles “que partilham estratégias interpretativas, não no ato de ler (em sentido convencional), mas, para escrever textos, para construir suas propriedades e dirigir suas intenções”³⁶. Consequentemente, “estratégias existem prioritariamente ao ato de ler, e, portanto, determinam a forma do que é lido”³⁷. Como o “discurso é governado por cânones de bons argumentos”³⁸, a “prática discursiva é formada pela aceitação comum dos critérios que dizem o que o argumento é ou não é”³⁹. Uma vez convencionalizado, pela doutrina, que políticas públicas, integram o entorno político, não caberia indagar-se da sua pertinência no âmbito jurídico.

A identificação do que pertenceria à esfera política e o que incumbiria ao entorno jurídico, nada mais significa, que a prevalência de um conjunto de juristas que compõe o que se convencionou denominar doutrina. As estratégias interpretativas construídas em conjunto convencionam discernir o conteúdo do “político” e do “jurídico”. Neste agrupamento, alguns

³² SMITS, Jan M. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. **Maastricht European Private Law Institute**, *Working Paper n.º 2015\06*. Sep. 2015. p. 8.

³³ SMITS, Jan M. What is Legal Doctrine? p. 9.

³⁴ SMITS, Jan M. What is Legal Doctrine? p. 10.

³⁵ SMITS, Jan M. What is Legal Doctrine? 13.

³⁶ FISH, Stanley. Interpreting the Variorum. **Critical Inquiry**, vol. 2, n. 3, Spring, 1976. p. 483.

³⁷ FISH, Stanley. Interpreting the Variorum. p. 483.

³⁸ SARGENTICH, Lewis. **Liberal Legality: A Unified Theory of Our Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2019. p. 30.

³⁹ SARGENTICH, Lewis. *Liberal Legality*. p. 30.

autores assinalam que as políticas públicas “repousam no campo eminentemente político”⁴⁰, e, por conseguinte, impõe-se à “política delimitar os modelos, metas, traçar diretrizes, externar os objetivos e finalidades, cabe ao Direito conferir se no exercício dessa política foram respeitados o campo da legalidade”⁴¹. Ao final, interpretam o vocábulo como “complexo, que engloba desde o conteúdo, o nível de engajamento a fim de dar legitimidade à escolha”⁴². A atuação jurisdicional, segundo esta percepção, ameaçaria a maturidade de determinada política pública⁴³.

A apreciação de políticas públicas recepcionadas pelos órgãos jurisdicionais, não obstante, possui estrutura e forma distintas das políticas elaborados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Ao Poder Judiciário, as políticas públicas corporificam-se em leis e demais atos normativos, contratos públicos, assim como, na responsabilidade civil extracontratual, originária de defeitos dos serviços públicos⁴⁴. Descontroem-se, por conseguinte, os argumentos que insistem apontar naturezas distintas e excluí-las do âmbito jurisdicional.

⁴⁰ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012. p. 336.

⁴¹ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. p. 337.

⁴² BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. p. 337.

⁴³ Vanice Lírio do Valle adverte que as políticas públicas “desenvolvem dentro de uma determinada perspectiva temporal, sendo inadequada a pretensão de controle que se dirija a um momento determinado no tempo, sem ter em conta os desdobramentos previstos na sua formulação. Isso significa que do ponto de vista prático, uma determinada política pública pode não ter ainda gerado os efeitos perseguidos jurisdicionalmente, mas estar em vias de determinar os resultados a que se propôs – o que pode tornar inadequada a intervenção que paralisa, reconfigura ou substitui a estratégia de ação traçada. Amadurecer, também no campo das políticas públicas; é não só útil ao resultado final, mas, muitas vezes, mostra-se indispensável”. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. p. 110. Há autores que salientam que “não podemos afirmar que o resultado das decisões que impõem aos distintos entes federados a execução dessas variadas prestações materiais é justo ou injusto, bom ou ruim. Mas a nossa preocupação, como pretendemos ter deixado claro, está precisamente aí, ou seja, na impossibilidade de realizar essa aferição dos resultados, pela irracionalidade da forma como os precedentes estão sendo construídos, sem compromisso com a coerência e a integridade do direito, tampouco com o resgate do mundo prático através dos princípios. É como se a Corte Constitucional estivesse julgando, um tanto aleatoriamente, ações de um Estado Social que não possui limites, que desconhece crises”. MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal**. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016. p. 134.

⁴⁴ Caroline Müller Bittencourt e Janriê Rodrigues Reck explicam que “há uma ligação profunda e essencial do desenho das políticas públicas com o Direito. O desenho das políticas públicas expressa-se por meio de normas jurídicas, isto é, na forma de programas finalísticos, mas também e principalmente programas condicionais -no esquema se, então. Um modelo de políticas públicas forma um todo de programas condicionais que se relacionam entre si e que, em tese, se voltam à realização dos objetivos da política pública”. BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Políticas públicas de Governo e de Estado – uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado**. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez, 2021. p. 660.

Os argumentos postulados neste capítulo requerem maiores evidências. A análise de alguns precedentes ilustram a tese postulada nesta pesquisa.

Em primeiro lugar, as políticas públicas, por exemplo, convertem-se em responsabilização extracontratual, perante órgãos jurisdicionais. Emprestam-se os conceitos civis de responsabilidade para estendê-lo aos entes Federados. Neste sentido, reitera-se no Supremo Tribunal Federal que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados”⁴⁵. Incide-se aos entes federados e aos concessionários ou permissionários de serviços públicos⁴⁶.

Ademias, a inércia executiva na adoção e promoção de uma política pública converte-se no direito fundamental ao acesso à justiça. Nestas hipóteses, o Poder Judiciário afere o cumprimento de um direito fundamental social, não se constrói um plano de ação, amplo e geral, de competência da Administração Pública. Sua apreciação cinge-se ao caso concreto. No Julgamento do Ag. Reg. nos Embargos de Divergência No Ag. Reg. no RE com Agravo n.º 1.230.668-AM afirmou-se inexistir interferência “na competência do Poder Executivo quanto à conveniência e oportunidade para a realização de políticas públicas – e a consequente disposição de recursos para tal fim,”⁴⁷ somente o objetivo “de assegurar a proteção de direito fundamental à educação”⁴⁸.

A DESCONSTRUÇÃO DO VOCÁBULO “SOCIAL” E SUA ADEQUAÇÃO A VALORES LIBERAIS

A compreensão do vocábulo social, em direitos sociais – objeto das políticas públicas – representa um obstáculo adicional à atuação jurisdicional. Afinal, abordar o adjetivo social, de direitos sociais, implicaria, necessariamente, em prerrogativas coletivas? Se os remédios à violação implicassem somente mecanismos plurais, opor-se-iam aos direitos fundamentais? Postula-se, não obstante, neste capítulo, que a desconstrução do termo social, em direitos sociais, viabilizaria reconhecê-los como direitos fundamentais, reconhecer que as resposta disponíveis, face a violações, possuem matiz individual e coletivo, bem como não representam o monopólio do Poder Público e do Parlamento.

⁴⁵ RE n.º 855.178 RG\SE, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 05.03.2015, DJe 16.03.2015.

⁴⁶ Neste sentido, recorre-se ao Art. 43, CC.

⁴⁷ Ag.Reg. nos Emb. Div. no Ag.Reg. no RE com Ag. n.º 1.230.668. Rel. Min. Roberto Barroso. p. 3.

⁴⁸ Ag.Reg. nos Emb. Div. no Ag.Reg. no RE com Ag. n.º 1.230.668. Rel. Min. Roberto Barroso. p. 3.

A DESCONSTRUÇÃO DO ADJETIVO SOCIAL ATESTA A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Inicialmente, atenta-se que os direitos sociais constituem direitos fundamentais. Embora *a priori* controvertido⁴⁹, não se poderia distinguir, com exatidão, os domínios entre direitos civis políticos, por um lado, e direitos sociais e econômicos, de outro⁵⁰. Resistem, não obstante, os argumentos contrários. Alguns juristas sustentam que, “claramente, direitos sociais e econômicos, como incorporados na Constituição Federal de 1988, não são direitos individuais”⁵¹, e que, por conseguinte, ameaçaria o princípio “que requer a implementação de direitos econômicos e sociais seja realizada com o objetivo de reduzir a desigualdade social e eliminar a extrema pobreza”⁵². Atestam, afinal, que a “proteção judicial de direitos econômicos e sociais tende a favorecer indivíduos que se encontram em melhores condições, logo, contradizendo o propósito constitucional da proteção desses direitos, que é a redução da desigualdade”⁵³. Estas compreensões contrariam argumentos filosóficos, jurídico-hierárquicos e dogmáticos-constitucionais no qual se assentam os direitos fundamentais sociais.

O argumento filosófico refere-se à justificação dos direitos sociais na dignidade. Aharon Barak leciona que “a dignidade da pessoa humana é a humanidade de uma pessoa como tal”⁵⁴, e, “subjacente a esta humanidade estão a liberdade e a autonomia da vontade do indivíduo. Trata-se da liberdade de uma pessoa escrever sua própria história”. Usufruem de universalidade, da inalienabilidade, da indivisibilidade, da historicidade, e de transindividualidade⁵⁵.

⁴⁹ Carlos Bernal Pulido assinala que “o conceito de direito fundamental é uma das noções mais controvertidas na doutrina constitucional europeia dos finais do segundo milénio e início do terceiro”. PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El Principio de Proporcionalidad como Criterio para Determinar el Contenido de los Derechos Fundamentales Vinculante para el Legislador**. 3. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 81.

⁵⁰ Destaca-se a sentença de *Airey v. Ireland*, Application no. 6289\73, de 9.10.1979, da Corte Europeia de Direitos Humanos.

⁵¹ GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. p. 461.

⁵² GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. p. 461.

⁵³ GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. p. 455.

⁵⁴ BARAK, Aharon. **Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right**. Tradução de Daniel Kayros. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015. p. xix.

⁵⁵ A transindividualidade refere-se à postulação coletiva, por atores com representatividade metaindividual: demanda-se, em nome próprio, a tutela e direitos indisponíveis alheios. Conforme sentença do Superior Tribunal de Justiça: “1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direito coletivo em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não

Segundo o fundamento jurídico-hierárquicos, esses direitos integrariam o patamar constitucional através do provimento das fundamentalidades formal e material. Pelo primeiro, designam-se “normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; [...] como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão”⁵⁶, constituem “limites materiais da própria revisão”⁵⁷, assim como, “parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”⁵⁸. A materialidade refere-se ao conteúdo fundamental desses direitos, vinculado à dignidade humana, e, suscita consequências importantes⁵⁹: a Constituição abre-se às possibilidades, domésticas e internacionais.

Finalmente, associado ao expediente das fundamentalidades formal e material, a divisão entre normas⁶⁰ e enunciados normativos auxilia a identificação e ampliação do rol de direitos fundamentais. Robert Alexy assinala que “toda norma pode ser expressa por um enunciado normativo”⁶¹, uma construção interpretativa fundada na coesão do texto

possam ocorrer. 2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embaraçado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis. 3. A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva. 4. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico)”. STJ, 4ª T., REsp 1293606/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2.9.2014, DJUE 26.9.2014.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379.

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 379.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 379.

⁵⁹ Em primeiro lugar, abre-se a “constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente, mas não formalmente fundamentais”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p.379. Em seguida, “a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p.379. Finalmente, “a abertura a novos direitos fundamentais”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 379.

⁶⁰ Carlos Bernal Pulido aponta que “normas se definem como o conteúdo prescritivo das disposições jurídicas; são o resultado da sua interpretação e a matéria que forma o ordenamento jurídico objetivo”. PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El Principio de Proporcionalidad como Criterio para Determinar el Contenido de los Derechos Fundamentales Vinculante para el Legislador*. p. 84.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 56.

constitucional. As normas fundamentais, a seu turno, dividir-se-iam em dois grupos: “as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas”⁶². Sua tese, em suma, assenta-se em três postulados: parte-se da “diferenciação entre enunciado normativo e norma, constitutiva do conceito semântico de norma”⁶³; reconhece-se que o conceito de “normas de direitos fundamentais atribuída é vinculado à correção da atribuição a disposições dotadas de autoridade”⁶⁴; por fim, a “definição baseada no conceito de fundamentação correta é generalizada, e passa a valer tanto para as normas estabelecidas diretamente quanto para as normas atribuídas”⁶⁵. Esta distinção permite deduzir direitos de enunciados normativos contidos no texto constitucional. Se se prescreve, por exemplo, conceber o Estado como “Estado social”⁶⁶, deduz-se o reconhecimento de direitos fundamentais sociais. Inicia-se o exercício de identificação de direitos fundamentais atribuídos ou derivados.

A fundamentação da dignidade da pessoa humana, a justificação de direitos segundo as fundamentalidades formal e material, assim como, a distinção entre enunciados normativos e normas, em conjunto, sedimentam a índole fundamental dos direitos de segunda geração. Afastam-se, por conseguinte, as teses que observam nos direitos econômicos e sociais meros programas, objetivos ou projetos direcionados à discricionariedade e conveniência dos Poderes Executivo e Legislativo⁶⁷. Ainda que não se persuadam partidários e dissidentes à

⁶² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. p. 73.

⁶³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. p. 76.

⁶⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. p. 76. O jurista alemão explana, neste sentido, que “a necessária liberdade no âmbito da atribuição é levada em consideração por meio de conceito de asserção sobre normas de direitos fundamentais. Qualquer um pode, a respeito de qualquer norma, asseverar que ela deve ser atribuída a disposições de direitos fundamentais. Mas essa asserção tem como objeto uma norma de direito fundamental somente se ela for correta, o que só ocorre se, para tal atribuição, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. p. 76-77.

⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. p. 77.

⁶⁶ Trata-se da sentença do Tribunal Constitucional Federal alemão em 99 BverfGE 216 (1998): “do artigo 1, parágrafo 1, da Lei Fundamental e o princípio do “estado social” no artigo 20, parágrafo 1 da Constituição, um princípio constitucional segundo o qual o estado deve isentar a renda minimamente necessária para a existência humana – um “mínimo existencial” – de impostos. Considerando o artigo 6, parágrafo 1, da Lei Fundamental, este princípio aplica-se às necessidades mínimas de todos os membros da família”.

⁶⁷ Osvaldo Ferreira de Carvalho recorda que “os direitos fundamentais sociais não são apenas tarefas prestacionais que vinculam os poderes públicos, eles são também deveres fundamentais que responsabilizam cada um perante os demais membros da sociedade, porquanto em cada ser humano há um direito e um dever fundamental de raiz social. O bem-estar, sendo expressão da dignidade humana, postula uma ideia de solidariedade entre os membros da sociedade. O direito a uma existência digna pressupõe condições de vida e do desenvolvimento objetivo e subjetivo da pessoa (proteção da saúde, educação, segurança material), direito ao trabalho e à dignidade desse e proteção contra as dificuldades da vida (desemprego, seguridade social etc.)”. CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Os direitos fundamentais em tempos de crise econômica. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 175-198, abr./jun. 2019. p. 195.

identidade fundamental dos direitos sociais, ambos aquiescem em uma matéria: o desconforto na engenharia de remédios às violações destes direitos.

A DESCONSTRUÇÃO DO DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DEMONSTRA SUA ÍNDOLE COLETIVA E INDIVIDUAL

A identificação dos destinatários dos Direitos sociais apresenta-se incerta. Juristas insatisfeitos ao matiz fundamental dos direitos econômicos e sociais asseveram que, por sociais, a realização se daria na esfera política; juristas adeptos ao reconhecimento da fundamentalidade, no entanto, prescrevem mecanismos protetivos coletivos, ou, quando individuais, menos intrusivos ao Poder Público. Argumenta-se, neste artigo, não obstante, a harmonização desses remédios ao liberalismo: deve-se reconhecer a índole individual dos direitos econômicos e sociais, tal como, direitos fundamentais ou direitos de primeira geração.

Os sistemas jurídicos contemporâneos, ao menos em países ocidentais, repousam em princípios liberais. Ainda que se designem variações sobre o liberalismo⁶⁸, por Direito liberal se concebe a legalidade à “serviço da liberdade”⁶⁹. Uma concepção normativa do Direito, demandaria que “o direito deve adotar a forma de uma prescrição geral, impessoal e coerente que opere para sustentar uma resolução racional”⁷⁰. Inexistiria espaço para anseios ditatoriais ou privilégios injustificados para determinados indivíduos ou grupos. Observa-se, neste modelo, a paridade entre direitos prescritos e respostas disponíveis, na eventualidade de violações⁷¹. O desafio, não obstante, reside na identificação de remédios apropriados aos direitos fundamentais sociais.

Os direitos fundamentais sociais compartilham os matizes objetivo e subjetivo. O desconforto na engenharia de soluções, na hipótese de desrespeito, inclina-se à sua

⁶⁸ O liberalismo possui diferentes matizes. Jan Harald Alnes e Manuel Toscano assinalam que “o termo “liberalismo” (e o correlacionado “liberal”) refere a uma ampla família de concepções, demandas e princípios. O emaranhado liberal é composto de muitos fios, porém, nenhum deles representa o elemento essencial ou definidor”. ALNES, Jan Harald; TOSCANO, Manuel. Introduction. In: ALNES, Jan Harald; TOSCANO, Manuel. **Varieties of Liberalism: Contemporary Challenges**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2014. p.xiii. Neste artigo, no entanto, aceitar-se-á a possibilidade de, mesmo diante de inúmeras diferenças regionais e temporais, a possibilidade de identificação de traços comuns às variações do liberalismo.

⁶⁹ SARGENTICH, Lewis S. **Liberal Legality: A Unified Theory of Our Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2019. p. 2.

⁷⁰ SARGENTICH, Lewis S. **Liberal Legality**. p. 2.

⁷¹ William Blackstone assinalava que “em todos os outros casos, trata-se de regra geral e indiscutível que, onde há um direito há, também, um remédio jurídico, seja pela demanda ou processo, onde quer que este direito seja violado”. BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England. Book III: Of Private Wrongs**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016. p. 22.

compreensão coletiva: social equivaleria a coletivo. Em outros ramos jurídicos, o adjetivo social dispõe de contornos diferentes. No Direito empresarial, por exemplo, observa-se o oposto do vivenciado no Direito Constitucional. Se neste, juristas valorizam o aspecto coletivo; naquele impera o individualismo. A sociedade empresária se traduz a um grupo definido de indivíduos, ligados por uma relação contratual, com objetivo econômico. Nada mais individualista que uma sociedade empresária⁷². Aparentemente, a origem da ênfase comunitária dos direitos sociais se encontraria na identificação das gerações de direitos⁷³. Restringindo-os ao aspecto cooperativo, privilegiam-se remédios coletivos.

⁷² Os efeitos dos direitos fundamentais expandem-se ao ramo privado do Direito. Kelly de Souza Barbosa e Adalberto Simão Filho apontam que “Os reflexos serão claros. Frutos sociais serão gerados a partir da atividade em âmbito de nova empresarialidade, e serão sentidos na forma como a empresa participará de projetos sociais e de políticas públicas voltadas para a redução de desigualdades, pobreza, analfabetismo, igualdade de gênero; como ocorre em projetos mundiais, a exemplo do pacto global da Organização das Nações Unidas. E até na forma como se buscará soluções éticas para os conflitos empresariais de qualquer natureza serão percebidos resultados positivos, rompendo-se assim o preceito eminentemente capitalista da atividade mercantil cruel e unicamente voltado para atender ao lucro e caprichos de acionistas na busca de poder e fortuna”. BARBOSA, Kelly de Souza; SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade: o robustecimento dos valores éticos e sociais no exercício empresarial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 269-294, jan./abr. 2018. p. 290.

⁷³ Daniel W. Hachem explica que “a tradicional referência ao surgimento de distintas gerações de direitos fundamentais, que foram sucessivamente positivando nas Constituições direitos de diferentes espécies, gerou a seguinte explicação reducionista: (a) a primeira geração seria fruto do “Estado Liberal de Direito” de fins do século XVIII, momento em que se reconheceram como direitos essenciais do homem as liberdades individuais, cujo conteúdo se limitaria a restringir o campo de atuação do Poder Público, dirigindo-lhe o dever de abstenção de interferência nas esferas jurídicas dos cidadãos; (b) a segunda geração emergiria com o “Estado Social de Direito”, que teve seus embriões no início do século XX mas cuja consolidação se deu após a Segunda Guerra Mundial, modelo no qual direitos dos trabalhadores e direitos a prestações fáticas como saúde, educação e assistência – batizados de “direitos sociais” – passaram a ser constitucionalmente reconhecidos, com a característica primordial de impor deveres de ação positiva e interventiva ao Estado, para a promoção da igualdade material e da justiça social; (c) a terceira geração, nascida no último quarto do século XX, teria derivado da necessidade de tutela de bens jurídicos indivisíveis em uma sociedade de massa, tendo como traço distintivo a *titularidade transindividual* – coletiva e difusa – dos direitos, haja vista a impossibilidade de apropriação individual dos interesses por eles resguardados”. HACHEM, Daniel Wunder. A Dupla Titularidade (individual e Transindividual) dos Direitos Fundamentais Econômicos, Sociais, culturais e Ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013. p. 619-620. Ingo Wolfgang Sarlet ratifica esta tese. Segundo o autor, “a despeito destes e de todos os demais aspectos que aqui poderiam ser versados e por mais que se possa aderir a boa parte das críticas colocadas no que diz especialmente com supervalorização da classificação histórica (dimensional) dos direitos fundamentais, cremos que o mais importante segue sendo a adoção de uma postura ativa e responsável de todos, governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, numa ambiência necessariamente heterogênea e multicultural, pois apenas assim estar-se-á dando os passos indispensáveis à afirmação de um direito constitucional genuinamente “altruísta” e “fraterno”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 57. Karel Vasek desenvolveu a tese das gerações de direitos. Karel Vasek desenvolveu a tese das gerações de direitos. Vašák, Karel. Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights. **UNESCO Courier** (1977) 11:29–32.11:29–32.

A literatura jurídica reflete essa indecisão: ora coletiva, ora individual. As respostas para potenciais descumprimentos aos direitos fundamentais sociais oscilariam entre manifestações individuais⁷⁴, sistêmicas⁷⁵, imediatas⁷⁶, postergadas ou dialógicas⁷⁷. Os precedentes, ademais, apontam o predomínio de mecanismos fracos, mas, não menosprezam a concessão do mandamento ao Poder Público. As respostas variam entre a completa deferência, o adiamento de ordens judiciais em prol do adimplemento voluntário pela Administração Pública, o mandamento para cumprimento imediato da ordem jurisdicional ou combinações entre estes modelos.

Os precedentes norte-americanos tem se orientado na deferência à Administração Pública. Em *Chevron, USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council*, a Suprema Corte norte-americana sedimentou um exame duplo. Se o parlamento, ao elaborar a legislação, requisitasse a competência das agências administrativas ou órgãos executivos para interpretá-la, o tribunal deferiria a este posicionamento. Se, todavia, a legislação fosse omissa, “a corte não impõe, simplesmente, sua própria construção da lei”⁷⁸, mas, lhe caberia examinar “se a resposta da agência é fundamentada em uma construção permissível da legislação”⁷⁹. De qualquer forma, verifica-se a sobreposição da vontade administrativa sobre a construção judiciária.

Verificam-se, em continuação, mecanismos que prezam o adiamento do cumprimento dos efeitos da ordem judicial. Em *Schachter v. Canada*, (1992) S.C.R. 679, a corte constitucional declarou a inconstitucionalidade da seção 32, *Unemployment Insurance Act*, de 1971, e “deixou aberta a opção de suspender a declaração de invalidez por um período de

⁷⁴ Kent Roach os qualifica como aqueles que “presumem que a justiça somente seria realizada para indivíduos perante tribunais e não para grandes grupos que não acederiam os tribunais ou imperfeitamente representados por mecanismos como as ações coletivas”. ROACH, Kent. *The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights*. in: LANGFORD, Malcolm. **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. p. 48.

⁷⁵ Trata-se de mecanismos destinados “a reformar grandes burocracias públicas ou produzir nova legislação ou programas governamentais”. ROACH, Kent. *The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights*. p. 48.

⁷⁶ Observa-se que “o remédio pode ser imediato quando o tribunal decide que o governo violou um direito e a extensão do dano causado pela violação foi estabelecido. Reparações civis são o remédio preferido”. ROACH, Kent. *The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights*. p. 48.

⁷⁷ Alerta-se que “a ideia de que um magistrado iniciasse um processo conjunto e dialógico seria recebido, na tradição de soluções jurídicas, como um sinal de que o juiz abandonou o direito e se rebaixou à política, como o consequente emprego de negociação e barganha, em oposição à adjudicação”. ROACH, Kent. *The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights*. p. 49.

⁷⁸ *Chevron, USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837, 104 S. Ct. 2778, 81 L. Ed. 2d 694.

⁷⁹ *Chevron, USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837, 104 S. Ct. 2778, 81 L. Ed. 2d 694.

tempo para permitir ao Parlamento emendar a legislação”⁸⁰. A decisão, no entanto, negou a extensão de um direito, *a priori*, privativo a país adotivos a país naturais, como pleiteava o autor. Recordou os “poderes limitados para estender a legislação disponível para os tribunais em circunstâncias apropriadas, por meio do poder derivado da seção 52, do Ato Constitucional, de 1982”. Trata-se de um mecanismo que exalta a separação entre os poderes e descuida dos interesses particulares dos demandantes.

No polo oposto à completa deferência e a suspensão da decisão judicial, encontram-se respostas que ordenam o efetivo cumprimento de direitos sociais à Administração Pública. Cita-se a decisão T. 760, de 2008, da Corte Constitucional da Colômbia, que ordenou o Estado a reestruturar seu sistema de saúde⁸¹.

Há respostas híbridas originadas do Direito Internacional Público. Talvez, pela debilidade de ferramentas coercitivas, os tribunais internacionais de vocação regional combinam o mandamento ao Estado-parte com procedimentos fiscalizatórios. Em *The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tinga v. Nicaragua*, Judgement of 31 Aug. 2001, IACtHR (ser. C) n.º 79⁸² e em *Yake Axa Indigenous Community v. Paraguay*⁸³, a Corte Interamericana de Direitos Humanos conciliou expedientes mandamentais - o reconhecimento do direito fundamental social - com a inspeção, progressiva, do adimplemento da medida. Nestas sentenças, admite-se a fundamentalidade dos direitos sociais e se descontinua o monopólio argumentativo da deferência ao Poder Público ou da inabilidade dos magistrados na salvaguarda de direitos sociais. Encaram-nos na sua essência: direitos fundamentais.

A indecisão pela adoção de modelos mandamentais, fundados na deferência ou híbridos, revela falsas necessidades na justificação dos direitos fundamentais sociais. A tese da falsa necessidade “oferece uma visão implacavelmente anti-necessitária que, todavia, gera um grande leque de explicações sociais e históricas”⁸⁴. Esta tese evidencia o progresso de

⁸⁰ Schachter v. Canada, (1992) S.C.R. 679.

⁸¹ A sentença manda, dentre outros: “o Ministério de Proteção Social, a Comissão de Regulação em Saúde e o Conselho Nacional de Seguridade Nacional em Saúde, adotar as medidas necessárias, de acordo com suas competências, para superar as falhas de regulação nos planos de benefícios, assegurando que seus conteúdos (i) sejam precisos, de maneira clara, (ii) sejam atualizados integralmente, (iii) sejam unificados para os regimes contributivo e subsidiado e, (iv) sejam oportunos e efetivamente fornecidos pelas Entidades Promotoras da Saúde”. COMLOMBIA, T. 760, de 2008. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 13.5.2023.

⁸² IACHR. *The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tinga v. Nicaragua*, Judgement of 31 Aug. 2001, IACtHR (ser. C) n.º 79.

⁸³ IACHR. *Yake Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of 17 June, 2005, IACtHR (Ser. C) n.º 125.

⁸⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy from Politics. A Work in Constructive Social Theory**. Nova Iorque: Verso, 2001. p. 1.

“projetos radicais para libertar nossas práticas e negociações apaixonadas de restrições impostas sobre elas por papéis sociais e hierarquias”⁸⁵. Aparentemente, respostas individuais à sindicabilidade dos direitos sociais requer a justificativa, reiterada, de seu caráter fundamental, da incidência principiológica do acesso à justiça e da inexistência de interferência de um poder sobre o outro: em conjunto, estas fundamentações representam falsas necessidades. A índole fundamental do direito social deveria bastar à sua sindicabilidade.

Este argumento requer exemplificações. Na Apelação Civil n.º 862.676-5\9, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconheceu o pedido do autor, que sofria de tetraplegia flácida, ao acesso a cadeira de rodas e ao serviço especializado de transporte. Quando requisitado pelo Ministério Público (autor da demanda) que estendesse o benefício a todos os casos semelhantes no município, por via do art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor, o Tribunal negou provimento. Aduziu que a ação “não tutela interesses coletivos ou individuais homogêneos, mas o de uma única pessoa, diante das condições especialíssimas em que se encontrava”⁸⁶, e, que o interesse homogêneo “não dá azo ao acolhimento da pretensão do parquet de segundo grau”⁸⁷. Por um lado, pode-se apontar à dificuldade de identificação de taxonomias rígidas e imprecisas⁸⁸. Por outro, verifica-se o império da exigência de uma falsa necessidade: não se faria necessário iniciar outra demanda, coletiva desta vez, para abarcar indivíduos titulares de idênticos direitos ao autor da ação inicial. Se se trata de direitos fundamentais sociais, reconhece-se sua face subjetiva e individual, como na apelação citada, assim como, seu matiz coletivo, aberto à pluralidade de indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁸⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. False Necessity. p. 1.

⁸⁶ TJSP, Ap. Civ. Com Revisão n.º 862.676-5\9. 7 Câ. Civ. Dir. Público. Rel. Des. Coimbra Schmidt. J. 30.03.2009.

⁸⁷ TJSP, Ap. Civ. Com Revisão n.º 862.676-5\9. 7 Câ. Civ. Dir. Público. Rel. Des. Coimbra Schmidt. J. 30.03.2009.

⁸⁸ Daniel W. Hachem assinala que “o que irá demonstrar, portanto, a natureza jurídica da titularidade do direito – se individual ou transindividual – não é o próprio direito, abstratamente considerado, mas sim a pretensão jurídica a ele vinculada que se pretende proteger em cada situação concreta. O fator crucial para o enquadramento da pretensão em uma das espécies de direito tutelável por meio do processo coletivo é o pedido formulado”. HACHEM, Daniel Wunder. A Dupla Titularidade (individual e Transindividual) dos Direitos Fundamentais Econômicos, Sociais, culturais e Ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul.\dez. 2013. p. 683-684.

No domínio das palavras inexistem deliberações democráticas. O emprego de palavras resulta da escolha, hierárquica, de eruditos linguistas dos potenciais conceitos que abarcaria. No Direito, estas escolhas competem a uma prática, especializada e restrita. Conseqüentemente, vocábulos comuns como causa, forma e consideração ganham contornos jurídicos específicos. Referir-se a estas palavras importa na vinculação a obrigações contratuais. Observa-se idêntico fenômeno no Direito Constitucional. Discorrer sobre o controle jurídico de políticas públicas em matéria de direitos sociais requer reconhecer, *a priori*, que por políticos, excluem-se do entorno jurídico, e, como sociais, submetem-se a respostas coletivas. A aceitação desta postura importa mais que o império da técnica jurídica; revela os fundamentos, preconceitos e escolhas. A desconstrução dos termos “políticas” e “sociais” evidencia a disposição da doutrina e prática jurídica em retirá-los da aferição jurisdicional e de diminuí-los perante os direitos de primeira geração, ao negligenciá-los de respostas individuais.

O substantivo políticas, em políticas públicas, não designa um instituto, eminentemente, governamental. Concretizam-se por leis, atos normativos e contratos públicos, logo, não se poderiam excluí-los da aferição dos órgãos jurisdicionais. Desconstruí-los permite demonstrar que, inexistente algo mais jurídico que legislações, atos normativos e instrumentos negociais. Denominá-los políticos, no entanto, autorizaria maior discricionariedade do Poder Público e demandaria maiores conhecimentos dos magistrados. A opção de qualificar os meios para cumprimento dos direitos sociais de políticas públicas revela o propósito de cingi-los ao domínio político, privativo dos Poderes Executivo e Judiciário. A desconstrução, no entanto, proporciona considerar outras opções, que, de fato, há legitimidade na atuação dos órgãos jurisdicionais no controle de políticas públicas e que inexistente déficit de expertise, já que se debruçará sobre leis, atos normativos e contratos; nada mais jurídico.

Em conjunto, desconstrói-se o termo “sociais”, em direitos sociais, e evidencia-se sua índole fundamental e a pertinência de respostas coletivas e individuais, como rememoradas nos direitos de primeira geração. Qualificá-los como, eminentemente, coletivos suscita falsas necessidades: a reiterada justificação de sua fundamentalidade e a desnecessidade de sustentá-los segundo o Direito Comparado. Direitos sociais apresentam-se como fundamentais; a fundamentalidade formal bastaria.

A prática forense esconde efeitos perniciosos. A preponderância de posições, jurídicas e interpretativas, não importa em sua validade ou legitimidade. Não se poderia aceitar como válido uma mera interpretação, sustentada pelo prestígio de seu intérprete. Reconhece-se que entre o texto e o intérprete, sobressai o grupo ao qual pertence. No entanto, por vezes, torna-se necessário desconstruir estes hábitos. A desconstrução permite a análise de elementos que compõe, seja o edifício, na engenharia, seja o Direito. Considerar as políticas públicas, como pertencentes ao entorno político, significa diminuir os direitos sociais como expressões dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

ALNES, Jan Harald; TOSCANO, Manuel. Introduction. *In*: ALNES, Jan Harald; TOSCANO, Manuel. **Varieties of Liberalism: Contemporary Challenges**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2014.

BARBOSA, Kelly de Souza; SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade: o robustecimento dos valores éticos e sociais no exercício empresarial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 269-294, jan./abr. 2018

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa: Discursos de Rui Barbosa em Haia**. v. XXXIV. Tradução de Estela Abreu e Arthur Bomílcar. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2007.

BEAUD, Olivier. La Distinction entre Droit Public et Droit Privé: un Dualisme qui Résiste aux Critique. *In*: FREEDLAND, Mark; AUBY, Jean-Bernard. **The Public/Private Law Divide: Une Entente assez Cordiale? La Distinction du Droit Public et du Droit Privé: Regards Français et Britanniques**. Portland, OR: Hart Publishing, 2006. p. 23.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012.

BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas de Governo e de Estado –uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez, 2021.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England. Book III: Of Private Wrongs**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016. p. 22.

BUCCI, Maria Paulo Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paulo Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-47.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003

CARBONNIER, Jean. **Droit Civil. Les Biens; Les Obligations**. v. II. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Os direitos fundamentais em tempos de crise econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 175-198, abr./jun. 2019.

_____. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019.

DAWSON, John. The Oracles of the Law. *In*: GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor von. **An Introduction to the Comparative Law: Readings, Cases, Materials**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

DERRIDA, Jacques. Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority.” *In*: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. Nova Iorque: Routledge, 1992.

ELLUL, Jacques. **Histoire des Institutions**. v. 3. Paris : Presses Universitaires de France, 1982.

EPSTEIN, Richard A. Optimal Constitutional Structure. *In*: PARISI, Francesco. ed. **The Oxford Handbook of Law and Economics**. v. 3: Public Law and Legal Institutions. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017.

FISH, Stanley. Interpreting the Variorum. *Critical Inquiry*, vol. 2, n. 3, Spring, 1976.

GILMORE, Grant. **The Death of Contract Law**. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. *ICJ Journal*, v. 7, n. 4, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A Dupla Titularidade (individual e Transindividual) dos Direitos Fundamentais Econômicos, Sociais, culturais e Ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. *In*: GOODIN, Robert E. **The Oxford Handbook of Political Science**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Tradução de Max Knight. Los Angeles: University of California Press, 1970

LASWELL, Harold D. **Politics: Who Gets What, When, How**. Nova Iorque: Meridian Books, Inc, 1958.

LEGRAND, Pierre. Introduction. *In*: LEGRAND, Pierre. **Derrida and Law**. Nova Iorque: Routledge, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

MIOZZO, Pablo Castro. Direitos fundamentais sociais não são princípios. Uma crítica à recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 619-643, set./dez. 2022.

NOVAES, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El Principio de Proporcionalidad como Criterio para Determinar el Contenido de los Derechos Fundamentales Vinculante para el Legislador**. 3. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ROACH, Kent. The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights. *in*: LANGFORD, Malcolm. **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

ROSENFELD, Michel. Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy, and the Temptations of the New Legal Formalism. *In*: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. **Deconstruction and the Possibility of Justice**. Nova Iorque: Routledge, 1992.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 2003.

SMITS, Jan M. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. **Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n.º 2015\06**. Set. 2015.

SUNSTEIN, Cass. Against Positive Rights: Why Social and Economic Rights Don't Belong in the New Constitutions of Post-Communist Europe. **East European Constitutional Review**. v. 2, Winter, 1993.

_____. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. **Public Law and Legal Theory Working Paper n.º 12**. University of Chicago.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy from Politics. A Work in Constructive Social Theory**. Nova Iorque: Verso, 2001.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.