

RECEBIDO EM: 12/09/2015

APROVADO EM: 12/11/2015

**INFLAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E DESAFIOS DE SUA
CONCRETIZAÇÃO ATRAVÉS DAS LEIS E POLÍTICAS PÚBLICAS:
COMO A MULTIPLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, NUMA
AMBIÊNCIA DE ESCASSEZ DE RECURSOS, REPRESENTA
UM VERDADEIRO OBSTÁCULO À RACIONALIDADE E
ECONOMICIDADE DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA¹**

***INFLATION OF SOCIAL RIGHTS AND THE ACHIEVEMENT OF
ITS CHALLENGES THROUGH LAW AND PUBLIC POLICY: AS THE
MULTIPLICATION OF SOCIAL RIGHTS IN A RESOURCE-SCARCITY AMBIENCE,
REPRESENTS A REAL OBSTACLE TO RATIONALITY AND ECONOMICITY OF
ADMINISTRATIVE ACTION***

Raimundo Márcio Ribeiro Lima

Doutorando em Direito Constitucional pela UFC. Doutorando em Direito Público pela UC. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN (2012). Especialista em Direito Público, com habilitação em Direito Administrativo, pela UnB (2010). Especialista em Docência do Ensino Superior pela UnP (2010). Graduado em Direito pela UFC (2003). Procurador Federal - AGU (2004). Procurador-chefe da Procuradoria Federal na UFERSA (PF/UFERSA). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo, Constitucional e Previdenciário. Associado do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP)

¹ Agradeço ao Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque e ao Advogado Willione Pinheiro Alves pelas críticas/sugestões apresentadas ao texto original. As eventuais traduções apresentadas no texto, contanto que não seja identificada a autoria, são da exclusiva responsabilidade do autor.

“O resultado final da atividade política raramente corresponde à intenção original do agente. Cabe mesmo afirmar que muito raramente corresponde e que, frequentemente, a relação entre o resultado final e a intenção primeira é simplesmente paradoxal”².

SUMÁRIO: Introdução; 1 A inflação dos direitos sociais; 1.1 Conflito normativo; 1.2 Isolamento normativo; 1.3 Ineficácia normativa; 2 Direitos sociais e governo paternalista; 3 Representatividade política *sem crise*?; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O artigo discute os efeitos da inflação dos direitos sociais após a Constituição Federal de 1988, destacando, como consequência, os dilemas relativos ao conflito normativo, ao isolamento normativo e à ineficácia normativa. Além disso, a atividade legislativa representa um sério risco de promover uma legislação meramente simbólica. O artigo discute, ainda, a relação entre os direitos sociais e um governo paternalista, pontuando os danos sociais de uma gestão pública paternalista e, principalmente, os custos e malefícios de uma política assistencialista como mecanismo de concretização dos direitos sociais. No Brasil, apesar dos avanços sociais, não é possível defender uma representatividade sem crise, porquanto a atividade política ainda não promoveu as reformas estruturais na sociedade, sobretudo, a política, tributária, trabalhista e previdenciária. Por fim, defende-se uma evolução dos direitos sociais no Brasil, apesar das críticas formuladas, porém, os limites sociais, econômicos e culturais da sociedade, numa perspectiva global, somente serão superados por meio de contínuos esforços intergeracionais.

PALAVRAS-CHAVE: Inflação Legislativa. Direitos Sociais. Conflitos Normativos. Políticas Públicas. Gestão Fiscal.

ABSTRACT: The article discusses the effects of inflation of social rights after the Federal Constitution of 1988, highlighting, as a consequence, the dilemmas concerning the normative conflict, the normative isolation and normative inefficiency. In addition, the legislative activity is a serious risk of promoting a merely symbolic

² WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Prefácio de Manoel T. Berlink. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 136.

legislation. The article also addresses the relationship between social rights and a paternalistic government, punctuating the social harm of a paternalistic public administration, and especially the costs and harms of a welfare policy as social rights implementation mechanism. In Brazil, despite the social advances, you can not defend a representation without crisis, because political activity not yet promoted structural reforms in society, especially politics, tax, labor and social security. Finally, defends an evolution of social rights in Brazil, despite the criticism, however, limits the social, economic and cultural aspects of society, from a global perspective, will only be overcome through ongoing intergenerational efforts.

KEYWORDS: Legislative Inflation. Social Rights. Normative Conflicts. Public Policy. Fiscal Management.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a inflação dos direitos sociais é simplesmente intuitiva. Qualquer cidadão é capaz de arvorar uma demorada lista de direitos, mesmo os menos afeitos a qualquer grupo de reivindicação social. Não é mesmo para surpreender. Numa análise bem rudimentar de dados, observa-se que: da proclamação da República até o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), portanto, um intervalo de quase um século, considerando-se apenas o plano da atuação legislativa federal³, havia 7.675 leis ordinárias⁴. Da Constituição de 1988 até agosto de 2015, ou seja, um pouco mais de duas décadas e meia, já foram publicadas 5.488 leis ordinárias e, claro, esse número não vai parar de crescer⁵. Não se questiona, aqui, os dados dos demais veículos normativos, mormente as Medidas Provisórias e os Decretos, que, certamente, engrossariam ainda mais os já espantosos números da atividade legislativa federal brasileira. A intensificação normativa, por meios de decretos e demais instrumentos normativos infralegais, torna praticamente impossível qualquer análise sistêmica dos direitos no Brasil, isto porque cada novo veículo normativo sempre apresenta uma nova nuance sobre os mesmos direitos e, quando não raro, chega até mesmo inovar indevidamente a ordem jurídica.

3 Evidentemente, trata-se de uma ligeira aproximação assentada na linear cronologia das leis em função das legislaturas federais. Não há, portanto, qualquer necessidade de precisão estatística para demonstrar a *pujante* atividade legislativa no Brasil.

4 Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>>. Acesso em: 12 set. 2015.

5 Evidentemente, boa parte dessas leis, direta ou indiretamente, toca na esfera de interesse dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Desse modo, a inflação dos direitos sociais é possível de ser instruída em números, porém isso não revela ou explica absolutamente nada sobre a efetivação deles, nem mesmo sobre os possíveis obstáculos relativos à concretização desses direitos e, claro, sobre os reais avanços da sociedade brasileira com a CF/88. Defende-se, a apesar de tudo, uma agenda positiva com a nova ordem constitucional, destacando que todo projeto constitucional é grandioso e, nessa qualidade, possui a larga pretensão de transformar uma dada realidade, porém o modo dessa transformação nem sempre alcança ou mesmo carece de uma extensíssima configuração normativa.

Nesse contexto, o artigo promoverá uma necessária discussão sobre a face oculta e nefasta da inflação dos direitos sociais: (a) conflito normativo; (b) isolamento normativo; e (c) ineficácia normativa. Além disso, será discutida a dinâmica do governo paternal e suas decorrências na concretização dos direitos sociais, inclusive na gestão fiscal do Estado. Além disso, num claro reconhecimento da ação política no Estado, destacam-se algumas conquistas na disciplina normativa dos direitos sociais, sobretudo nas políticas públicas, evidenciado, assim, um possível questionamento sobre uma *representatividade política sem crise*, tudo por conta dos inegáveis avanços sociais verificados, após a CF/88, no Brasil. Por fim, adota-se uma pesquisa científica qualitativa, sobretudo, por meio de revisão bibliográfica, mas, contudo, sem descuidar de eventuais dados e/ou estatística de instituições públicas e/ou privadas.

1 A INFLAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A consagração constitucional dos direitos sociais, sem sombra de dúvida, representa um grande apanágio do constitucionalismo moderno. Só que, no Brasil, é possível indagar: se a maioria constituinte era conservadora⁶, como ela pode ter ofertado tanto impulso às questões sociais na Constituição Federal de 1988? Essa é uma pergunta que, hoje, do ponto de vista prático, não denuncia maior importância, porquanto a teia regulamentadora dos direitos sociais tem sido extremamente progressista, bem mais do que se poderia imaginar, por certo, quando da promoção do próprio ideário constituinte⁷.

6 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989. p. 474.

7 Aliás, além do excesso de leis, o próprio fenômeno da constitucionalização do direito, mormente a sua desnecessária intensificação, revela duas inegáveis consequências negativas: (a) a primeira, a própria instabilidade da Constituição; a segunda, o recrudescimento das demandas no Poder Judiciário, com particular destaque ao Supremo Tribunal Federal, até mesmo em função do aumento das matérias constitucionais (HOLLIDAY, Gustavo Calmon. A constitucionalização do direito no Brasil, o excesso de emendas e as suas consequências. *Interesse Público*. Belo Horizonte, ano 13, n. 67, p. 151-162, p. 157), maio/jun. 2011.

Pois bem. A importância dos parâmetros legais é indiscutível no Estado Democrático de Direito. Não se trata, porém, de uma defesa cega da inarredável racionalidade abstrata de toda regulamentação legal. Ora, como ser acertadamente racional sobre questões que não pontuam com o código da racionalidade: os fenômenos sociais. A importância, contudo, decorre de duas imperiosas necessidades, quais sejam: (a) estabelecer parâmetros de decidibilidade antecipada sobre os direitos e, com isso, (b) afirmar claras posições políticas da sociedade sobre os direitos sociais⁸. Numa palavra: como admitir a aplicação dos direitos sociais sem o estabelecimento de premissas teórico-legislativas desses direitos, especialmente quando a dinâmica regulamentadora dos direitos sociais segue uma clara exigência constitucional, no qual corporifica o poder de conformação do legislador⁹.

Desse modo, a atividade legislativa encontra um verdadeiro oceano de possibilidades, a despeito das balizas constitucionais, devidamente espraiadas nos limites normativos consagrados e impostos pelos direitos fundamentais, fazendo com que a ciranda política seja tentada a permear caminhos com diversos segmentos sociais e, nesse propósito, promover a concessão de direito não necessariamente focada na regulamentação que melhor atenda aos preceitos constitucionais.

O primeiro grande risco de toda atividade legislativa é sempre vinculado a uma questão de escolhas sobre a maior ou menor amplitude dos programas econômicos, sociais, culturais *etc.*, daí que, no que concerne aos direitos sociais e/ou assistenciais, esse risco é particularmente potencializado em função do *apelo político* da matéria regulamentada, o que geralmente rende pomposos dividendos políticos do eleitorado. Soma-se, ainda, o fato de que regulamentações sobre direitos sociais exigem da atividade legislativa uma dinâmica

8 No que vai desaguar na já enfadonha questão, mas sempre recorrente na ciranda política, sobre a dificuldade da decisão judicial contramajoritária. Por todos, vide: BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. The Supreme Court at the Bar of Politics. Second Edition. New Haven: Yale University Press, 1986.

9 Tal linha compreensiva é, inclusive, admitida por Ronald Dworkin, a despeito de defender uma leitura moral sobre os direitos, porquanto acentua: “Cumprir, portanto, uma importante exigência de qualquer teoria política que conceda uma posição de destaque aos direitos: oferece uma teoria da obediência à lei sob condições de incerteza e controvérsia a propósito dos direitos que as pessoas de fato possuem” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. xvii).

compreensiva da atividade financeira do Estado¹⁰⁻¹¹, destacando-se o dever de austeridade na gestão fiscal, o que é uma premissa geralmente incompatível com os homens que *vivem da política*¹², sempre mais afeitos aos prognósticos eleitorais do que aos cânones da gestão responsável do Estado. Aliás, isso não é um problema apenas brasileiro, mas, aqui, ele é sentido de forma cada vez mais intensa em matéria de direitos sociais.

Essa conjuntura decisivamente entregue às tentações eleitorais pode representar a chave de um dilema político vicioso na República brasileira: a discussão das leis não leva em conta o seu potencial efeito transformador no meio social, mas, sim, a sua capacidade de gerar dividendos políticos aos membros do Congresso Nacional. Lembrando-se, ainda, que “[a]s lutas partidárias não são [...] apenas lutas para consecução de metas objetivas, mas são, a par disso, e sobretudo, rivalidades para controlar a distribuição de empregos”¹³, no que segue a diretriz político-eleitoreira nas funções capitais da gestão do Estado. Essa permissividade acarreta uma impulsiva e destrutiva inversão na qualidade da gestão pública, acentuando as premissas eleitoreiras sobre a dinâmica da racionalidade das políticas públicas, fazendo exsurgir o desafeto entre duas correntes paralelas e contrapostas na condução do Estado, condensadas (a) na burocracia weberiana¹⁴ e (b) no proselitismo *partidocrata*. A tensão é até mesmo essencial, e isso não pode ser negado, porém, o que não se deve admitir é a inversão dos encargos funcionais, gerando, assim, discórdia e ineficiência administrativa, além do inevitável processo de captação pelo demérito funcional.

10 Nesse ponto, é importante destacar a existência da PEC nº 172/2012, já aprovada, em primeiro turno, na Câmara dos Deputados, na qual tem a pretensão de vedar a transferência de qualquer encargo financeiro, por lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em função da prestação de serviços públicos, quando inexistir previsão de fonte de custeio, isto é, sem disponibilidade orçamentária e/ou financeira. (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544681>>. Acesso em: 08 set. 2015).

11 Seguindo o mesmo propósito, todavia, de forma mais minudente, além de incluir a União, tem-se a PEC 84/2015, já aprovada pelo Senado e encaminhada à Câmara Federal desde o dia 1º de setembro de 2015 (Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122031>>. Acesso em: 08 set. 2015). O que é passível de questionamentos nessas propostas, dentre outros pormenores, é a possibilidade delas fincarem, em função de uma pretendida austeridade fiscal, uma verdadeira anestesia do fluxo regulamentatório dos direitos sociais, fazendo com que a dinâmica dos custos cesse qualquer expansão dos direitos independentemente dos condicionantes políticos e econômicos da sociedade.

12 WEBER, op. cit., 2011, p. 78.

13 Ibidem, p. 82.

14 A superação desse modelo, corporificada na eficiência funcional, é, infelizmente, um valor ainda em construção na Administração Pública.

Assim, considerando-se essa ruidosa conjuntura, o problema surge quando a necessidade de firmar direitos tende a gerar uma verdadeira esclerose legislativo-institucional do Estado, acarretando, assim, fundadas incompreensões sobre os reais propósitos da política brasileira. A ciranda política não traduz soluções legais, mas, simplesmente, atende a uma pauta de reivindicações políticas alheias aos parâmetros da razão pública. É um dilema complexo. Não é possível explicá-lo, em toda a sua complexidade, neste artigo¹⁵. Todavia, é plenamente possível considerar os seus nefastos efeitos na senda regulamentadora do texto constitucional.

Disso tudo, tem-se que um dos mais claros efeitos é a ilógica consideração de que mais regulamentações acarretará maior gozo de direitos. É uma falácia e também uma vã esperança depositada na estrita normatividade. A densificação normativa é compreensiva numa perspectiva *verticalizadora*¹⁶, isto é, com lei, decretos, instruções normativas, portarias *etc.*, especialmente quando representar maior segurança e procedimentalidade na salvaguarda de direitos e, mesmo assim, quando não romper com a descendente harmonia das normas infralegais. Portanto, longe desse ideário, a regulamentação mais nega que concede direito. Por outro lado, numa perspectiva *horizontalizadora*, as regulamentações tende a expressar um desnecessário e complicado regime de concorrência normativa potencialmente conflitivo e, dessa forma, ocasionadora de maior insegurança jurídica. Então, toda regulamentação é uma intervenção transformadora num sistema pretensamente coeso; logo, não é justificável qualquer inflação legislativa, precisamente porque não apresenta novas luzes sobre os dilemas já existentes, ao contrário, tende a revelar mais sombras, ou melhor, tende a aumentá-las.

Outro ponto negativo da inflação dos direitos sociais, que se encontra diretamente relacionado com as considerações anteriores, é a falsa percepção da realidade normativa de um ente político. Explica-se: a dinâmica compreensiva da repartição de competências, mormente quando são concorrentes, decorre da necessidade de estabelecer uma atuação legislativa fundada em parâmetros claros do poder de inovar no ordenamento jurídico, porém a inflação dos direitos sociais acaba por imprimir um novo matiz sobre a questão, a saber, a imperiosa necessidade

15 Nem mesmo em publicações mais demoradas, porque é necessário entender o fenômeno e o motivo que leva à sua ocorrência e/ou permanência no meio social, sem falar, ainda, na discursiva questão da sua operacionalidade na ciranda política, portanto, possui um fundo teórico-empírico bem abrangente.

16 Todavia, isso não quer dizer, de forma alguma, que ela não acarrete conflito normativo, só não alcança a mesma capacidade conflitiva da perspectiva horizontalizadora. Trata-se, apenas, de uma velha e conhecida máxima: *dos males, sempre o menor*.

de legislar sobre direitos tende a romper com os limites das competências legislativas constitucionalmente estabelecidas. Nesse ponto, são até mesmo comuns conflitos de competência entre Estados membros e União sobre direitos do consumidor, educacional, urbanístico *etc.* Admite-se que a dinâmica verticalizadora dos direitos é mais sobre o mesmo, só que mais clareza e precisão na procedimentalidade destinada à prossecução dos direitos; por outro lado, a dinâmica horizontalizadora dos direitos também é mais sobre o mesmo, só que não aprofunda os procedimentos e ainda possui a desvantagem de potencializar os conflitos normativos. Numa palavra: a cadência dos direitos não se faz com mais direitos, mas com a consagração de procedimentos confiáveis de concretização dos direitos, afinal, é sempre preferível *certeza no direito* a *incerteza nos direitos*. O mais, aqui, não traduz segurança, efetividade, enfim, o gozo dos direitos sociais. Veja-se, portanto, uma clara nuance demagógica na inflação legislativa.

De todo modo, há várias outras questões por detrás dessa inflação legislativa. O direito público brasileiro possui uma sonoridade bem diversa da necessária eufonia dos regimes democráticos, porque não consegue compreender ou promover uma cadência de direitos que estabeleça uma *adequação valorativa*¹⁷ e, claro, uma *unidade interior da ordem jurídica*¹⁸. Isso fica bem claro nos programas sociais governamentais, gerando uma assincronia entre os direitos sociais e assistenciais. Por exemplo, quando se discute a necessidade de conceder um regime de renda mínima, inclusive consagrado até mesmo em países extremamente liberais, como é o caso dos Estados Unidos da América, não é observada nessa política uma relação direta com o direito social à educação, gerando, assim, uma dependência imobilizadora das camadas sociais mais pobres, o que é um fato inconcebível

17 Um ligeiro exemplo de ausência de adequação valorativa, aliás, bem atual e extremamente oneroso ao Erário, pode ser condensado graficamente, nestes termos: como admitir que o direito social à moradia fosse tão pomposamente concedido aos magistrados, aos membros do ministério público e, agora, também aos membros da defensoria pública federal, mas, contraditoriamente, a legislação não estabeleça uma política habitacional aos demais servidores públicos. O fato é que, em qualquer caso, a concessão de auxílio-moradia, sem parâmetro ou critério aceitável, não passa de um largo expediente de corrupção, inclusive com uma pretensa veste de legalidade. E o que se afigura verdadeiramente pior, porquanto resulta uma situação ainda mais insustentável, isto é, revela um caso extremo de desvalor na estrutura normativa brasileira, como conceber tal benesse justamente aos servidores que mais podem dispor de recursos para adquirir uma moradia digna e, paradoxalmente, *negar*, tendo em vistas as inexpressivas políticas públicas destinadas à habitação, tal direito aos milhões de brasileiros que comprometem metade da renda familiar com aluguel, e isso na feliz hipótese de ter como conseguir numerário para um aluguel. A concessão de auxílio-moradia a esses específicos servidores públicos, porque, de fato, devem servir à sociedade e não servir-se dela, é praticamente uma desonra pública, um verdadeiro achincalhe ao princípio da moralidade administrativa.

18 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 23.

numa pátria pretensamente educadora. As assincronias veem de longas datas e, infelizmente, elas parecem ganhar corpo a cada nova legislatura.

Partindo para outra ponta do processo político, a dos financiadores das campanhas políticas, a questão torna-se ainda mais odiosa, seja pela via inescrupulosa dos empréstimos promovidos nas agências oficiais de fomento da economia, seja pela concessão de informações privilegiadas da atuação governamental. Vive-se um período político brasileiro particularmente assombroso na condução das instituições públicas, cujos nichos operativos encontram-se especialmente comprometidos com uma intervenção política desastrosa¹⁹. Quem paga a conta disso tudo? Os contribuintes. Os eleitores votam; os contribuintes suportam. Estes, evidentemente, na lógica compreensiva dos deveres fundamentais como categoria constitucional própria²⁰ e, portanto, autônoma, no que se insere o dever de pagar tributo. Por isso, é fácil projetar uma dinâmica compreensiva diversa entre eles sobre o problema das escolhas políticas da gestão pública, porém, não é possível aceitar posições extremadas sobre essas realidades compreensivas, senão todos os esforços sociais serão em vão e, claro, maiores serão as dívidas públicas com o sacrifício do contribuinte brasileiro, que não tem partido, mas é *partido* em suas esperanças todos os anos em função da destemperança da gestão fiscal do Estado, que tende a exigir maior carga tributária dos contribuintes, no que bem evidencia, a partir da década de 90 do século passado, a política tributária da União, calcada, dentre outros expedientes declaradamente arrecadatários, na proeminente captação de recursos mediante contribuições sociais, porquanto não possui a necessidade de dividir o produto delas com os Estados membros e Municípios, bem como elas não costuma acarretar os problemas políticos observados na majoração dos impostos, isto é, há maior aceitação da sociedade, involuntária ou consciente, do tributo por conta das finalidades sociais, sem falar que castiga mais fortemente as empresas, repercutindo, evidentemente, no custo final dos bens e serviços²¹.

Todavia, a questão não se prende apenas à inflação dos direitos sociais, mas também à questão do processo inflacionário das competências

19 Por outro lado, com consideráveis conquistas no campo social, mas, infelizmente, elas poderão ser suprimidas rapidamente em função da má gestão econômica do Estado. Não há sustentabilidade política sem austeridade fiscal, muito menos mobilidade social sem planejamento das contas públicas. Nesse contexto, a inflação dos direitos representa um fabuloso ingrediente de ilusões legais.

20 NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Tributos*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012. p. 36.

21 VIEIRA, Lucas Pacheco. Uma releitura das contribuições sócias à luz do federalismo fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 115, p. 91-113, p. 101, mar./abr. 2014.

administrativas relacionadas aos direitos sociais. É dizer, muitas frentes de atuação político-administrativa tornam-se um verdadeiro desperdício de recursos e de experiência no árduo processo de concretização dos direitos sociais, sem falar, ainda, na maior dificuldade de controle da execução orçamentária promovidas pelas instituições públicas. Portanto, a pulverização orçamentária em decorrência da inflação legislativa, além de não consagrar o gozo dos direitos, ainda possui o estrondoso incômodo de dificultar o controle da execução orçamentária e, com isso, resultar em maior margem para práticas corruptivas no seio da Administração Pública.

Portanto, mais direitos sociais não quer dizer mais gozo de direitos sociais²². A concretização dos direitos demanda demorado processo de decantação política e isso, como necessário expediente de análise, exige uma compreensão da absorção financeira dos custos dos direitos sociais; senão toda proposta legislativa tornar-se-ia um tiro de irresponsabilidade no vazio da consciência política de um povo. Curiosamente, quanto maior forem os desafios econômicos da concreção de um direito social, mais tentada é a atividade legislativa empreender uma solução estritamente normativista

22 Veja-se, apenas para exemplificar, o caso do saneamento básico, mesmo após a Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais sobre a temática, tudo nos termos do artigo 21, inciso XX, da CF/88, observa-se que, a despeito de uma regular cadência normativa, isto é, das normas gerais da União até um sem número de leis municipais, a disciplina do interesse local, tal como estabelecem os artigos 30, incisos I, V e VIII, da CF/88, portanto, corporificada nas atividades executivas e operacionais relativas à prestação do serviço público de saneamento básico, é alvo, não raras vezes, dum insustentável questionamento por parte dos Estados membros em função do disposto no artigo 25, § 3º, da CF/88, justamente porque a dinâmica das competências administrativas comuns, tal como apregoa o artigo 23, inciso IX, da CF/88, cria uma ambiência de incertezas na conformação normativa dos direitos sociais, especialmente o direito ao saneamento básico, haja vista o seu enorme custo, pois, dentre outros motivos, observadas as diretrizes básicas emanadas pela União, os contornos político-administrativos, que vão da simples inércia a um pulsante endividamento público, tendem a espelhar o ocaso da perspectiva normativa corporificada nos quadrantes dos pavorosos condicionamentos políticos e econômicos dos municípios brasileiros, acarretando, assim, uma legislação de inconsequentes prognósticos sobre a efetivação do saneamento básico no Brasil, de maneira que a exigibilidade dos direitos em função da diversidade das fontes normativas, pelo menos nesse contexto, não passa de uma enorme falácia, isto é, a permissividade da atividade legislativa, prontamente entregue às particularidades do interesse local, ainda é capaz de gerar mais balbúrdia que solução na disciplina do direito ao saneamento básico. Todavia, uma ressalva é necessária, porquanto esclarece outros dilemas da questão: ainda que, no período de 1989 a 2008, tenha ocorrido um sensível crescimento no número de Municípios com serviço de abastecimento de água, alavancando de 95,9% em 1989 para 99,4% em 2008 (Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm>. Acesso em: 09 set. 2015), o fato é que, nesses 5.531 Municípios, que possuem serviço de abastecimento de água, a qualidade e a universalidade na prestação do serviço de saneamento básico, até porque se encontram bem aquém das nações mais desenvolvidas, demandarão, além de mais recursos, maior racionalidade na disciplina normativa das concessões públicas e, sobretudo, nos investimentos dos entes políticos e, claro, na própria operacionalidade na prestação do serviço de saneamento básico, que, aliás, é bastante amplo, como bem prescreve o artigo 3º, inciso I, da Lei nº 11.445/2007.

para solucionar o problema. Aqui, há um misto de irresponsabilidade política com *ingenuidade*²³ dos segmentos sociais, porquanto o problema não é de ordem legal, nem mesmo tão somente política, mas é também econômica.

Não há Estado Social sem fluxo econômico, é uma tolice negar isso. O que se pode questionar é o modelo de economia de mercado empregado no país, mas, mesmo assim, não há como questionar a consagração dos direitos sociais a partir da perspectiva estritamente normativista. É um verdadeiro dislate defender o entendimento de que a lei, por si só, seja capaz de transformar uma realidade social, especialmente quando ela rende demorados esforços na preservação de suas estruturas, que, a despeito de serem arcaicas, ainda continuam em pé. Desse modo, precisa-se da política, porque ela é capaz de expressar os limites materiais da sociedade, por meio de uma discursiva teia de valores e interesses; por outro lado, é necessário empreender uma clara conformação legislativa das possibilidades socioeconômicas do Estado, pois, somente assim, é possível afirmar que a regulamentação dos direitos sociais não se revelou um verdadeiro simulacro de atuação legislativa, porquanto foi capaz de captar os ecos da sociedade e, a partir dele, corporificar as leis do Estado.

1.1 Conflito Normativo

Na ausência de espaço há sempre muito *espaço* para conflito. Portanto, uma excessiva atuação normativa gera espaço para conflito normativo. Trata-se de uma questão até mesmo intuitiva: se a dinâmica da atividade legislativa não comporta uma compreensão sistêmica do Direito, por certo, cada nova lei representa um microcosmo de possibilidades jurídicas, exurgindo uma verdadeira teia de potencialidades conflitivas em todas as áreas do Direito²⁴, acarretando, desnecessariamente, um

23 Nem tanto, a lógica do *pão e circo*, hodiernamente, comporta muitas variáveis, de forma que a defesa de certas decisões políticas, pretensamente granjeadoras dos interesses dos menos privilegiados socialmente, apenas impõe uma dinâmica de valores aos segmentos sociais mais fracos ou parcamente organizados, que, longe de acenar-lhes com soluções jurídicas, basicamente incorporam um sistema de proteção dos interesses dos segmentos sociais mais fortes. O grande público sempre foi uma boa fonte de pretextos e subterfúgios na ciranda política. Quando se defende que o problema econômico é relevante, isso não quer dizer, nem de longe, que o dilema econômico seja determinante, e nem mesmo que sempre seja o mais importante, para concretização dos direitos sociais. A lógica segue outro rumo: a dinâmica da atividade política, como fator de regulação da atividade econômica, é que tem sido muito capenga no Brasil e isso tem gerado ainda mais disparidades sociais, estimulando, conseqüentemente, o bálsamo dos direitos sociais e mais direitos sociais, muito embora sem adentrar na raiz das soluções dos dilemas relacionados à mobilidade social: conhecimento, empregabilidade e segurança, esta na sua perspectiva econômica, jurídica e social.

24 A despeito de toda a funcionalidade do diálogo das fontes legislativas.

fluxo decisório-judicial mais demorado em função dos largos engendros exigidos pelos métodos interpretativos, especialmente quando os conflitos normativos não são aparentes, lembrando-se que: “[o]s conflitos ‘em abstrato’ dependem [...] da estrutura conceitual da linguagem legislativa; os conflitos ‘em concreto’ dependem do que ocorre no mundo”²⁵. Além disso, a própria dinâmica da *filtragem constitucional*²⁶ faz imperar um demorado prognóstico de possibilidades entre as leis conflitantes e, em cada caso, estimula a *criação judicial dos direitos*²⁷, revelando-se, assim, outra face, não menos contestável, dos conflitos normativos. Veja-se o caso da legislação previdenciária brasileira, com seus inegáveis paradoxos, destacando-se, por ora, apenas o seguinte: de um lado, a tentativa de promover um sistema de previdência mais consentânea com as possibilidades financeiras dos cidadãos, inclusive com a redução do valor das contribuições (artigo 201, § 12, da CF/88, e Lei nº 12.470/2011); mas, por outro lado, consagra um desatado estímulo a não contributividade, permitindo, sem maiores critérios legais (artigos 38-A e 38-B da Lei nº 8.213/1991), a concessão de benefícios previdenciários aos segurados especiais, criando, dessa forma, substratos para fraudes previdenciárias. Defende-se a contributividade dos cidadãos reconhecidamente pobres, contudo, noutra lance, fomenta uma insustentável perpetuação duma posição jurídica, aliás, de absoluta tutela, no exercício da atividade rural. Lembrando-se que, em quaisquer dos casos

25 GUASTINI, Riccardo. Teoria e Ideologia da Interpretação Constitucional. Tradução de Henrique Moreira Leite. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 08, n. 40, p. 217-256, p. 247, nov./dez. 2006.

26 CHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 123.

27 A afirmação de que a criação judicial do direito é inevitável, dentre outras afirmações de igual teor, só pode ostentar algum sentido a partir da premissa de que o magistrado levará em consideração o texto legal para alcançar a norma do caso concreto. Caso contrário, a afirmativa não passa de um *perigoso arquetipo judicialesco*, na qual deixa subjacente a ideia de que há uma completa indeterminação das competências judiciais na ordem constitucional. Vale lembrar que no processo de resolução de conflitos normativos, não raras vezes, os juízes são tentados a criar um texto legal imaginário e, portanto, novo, a partir dos textos legais já existentes, só que se desprendendo totalmente das matrizes legais estabelecidas pelo legislador, promovendo uma verdadeira atividade legislativa no sentido preciso da palavra, isto é, inovando na ordem jurídica. Esse tipo de criação judicial, ainda que seja defendida por muitos autores, com o argumento da inevitabilidade para promover a prestação jurisdicional, não deve ser prestigiado, ao contrário, deve ser combatido, pois compreende o temor da gestão judicial da vida em sociedade e, assim, renuncia-se a autogovernança democrática do povo, conforme as regras do processo democrático. Tais regras não definem o melhor para a sociedade, mas possibilita a ética da responsabilidade pelas suas escolhas, conforme a tônica do experimentalismo social que parte de uma complexa e discursiva escolha do Parlamento e não de juízes não eleitos e politicamente irresponsáveis, já que eles são processualmente irresponsáveis, como cotejar na atuação judicial alguma responsabilidade política. De todo modo, essa é questão que extrapola os propósitos deste artigo.

declinados nesse exemplo, o benefício previdenciário terá o mesmo valor da renda mensal inicial, a saber, um salário-mínimo²⁸.

Então, uma máxima resulta de todo conflito normativo: maior margem de apreciação do julgador na definição do direito no caso concreto. Ora, a própria discussão sobre a prevalência de leis, numa perspectiva de conflitos entre elas, potencializa os processos interpretativos e, assim, possibilita maior disponibilidade normativo-axiológica dos julgadores em detrimento da pretendida atuação sistêmica dos direitos. Percebe-se que a inflação dos direitos sociais tende a acarretar os mais intensos problemas na própria configuração teórico-jurídica desses direitos nas contingencialidades do caso concreto, resultando, assim, compreensões supressivo-expansivas dos direitos sociais, a depender da matriz decisória encampada pelo julgador, possivelmente afetada pelas influências político-ideológicas do modelo de gestão pública e, claro, da própria sociedade civil pretensamente organizada, por meio dos seus diversos segmentos econômicos, profissionais *etc.*²⁹.

Portanto, é um problema que vai além da má técnica legislativa³⁰, porquanto ocasiona, de forma ainda mais intensa, o recrudescimento do difícil prognóstico sobre a indeterminação do direito e a ambiguidade de toda construção normativa³¹, findando na impraticabilidade dos julgados em função da diversidade de fontes decisórias, certamente intensificada pela razão prática, no que denuncia a impossibilidade de permear uma dinâmica decisória uniformizadora dos direitos.

Numa palavra: quanto mais leis, mais conflitos, mais problemas interpretativos, mais discricionariedade judicial, mais custos e,

28 Não é nem preciso dizer que a concessão de auxílio-moradia aos magistrados e membros do Ministério Público, com muito maior razão, merece toda a censura de qualquer pessoa minimamente séria sobre a conquista e justificação dos direitos na nossa ordem jurídica.

29 Como contraponto, são pertinentes as seguintes considerações: “Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contém também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial” (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. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. p. 31-32).

30 No que também compreende as contradições de técnica legislativa, aliás, bem comum na atividade legislativa brasileira, que “consistem, na verdade, numa falta de uniformidade da terminologia adotada pela lei” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 311).

31 GUASTINI, op. cit., 2006. p. 218-219.

consequentemente, menos racionalidade, menos adequação valorativa, menos unidade interna do Direito e, claro, menos direitos sociais concretizados.

1.2 Isolamento Normativo

A ideia de isolamento normativo por meio da inflação dos direitos sociais é, em tese, incompreensível. Ora, se há tantos direitos, e em áreas tão diferentes, como compreender a noção de isolamento em um universo tão *povoado*? Todavia, a incompreensão é apenas aparente e, para ser mais preciso, tal entendimento é de muito fácil compreensão. A tese pode ser condensada nestes termos: quanto maior for o número de leis sobre determinada área, *v.g.* direitos sociais, mais exigentes serão as demandas normativas de outras áreas para contemplar o vazio normativo entre elas. Se há uma clara regulamentação dos direitos sociais, então, muito embora ocorra, não há como admitir uma atuação claudicante ou omissiva sobre direitos econômicos, até mesmo para contemplar os aspectos sociais incidentes sobre a agenda econômica dos direitos.

Por isso que a inflação dos direitos sociais é mistificadora e, consequentemente, entregue a uma compreensão meramente simbólica dos veículos normativos³², porquanto cria, dentre outros aspectos político-ideológicos, uma lógica compreensiva do sistema jurídico a partir de uma concepção estritamente normativista e, mesmo assim, a regulamentação resulta capenga, pois se revela distante das demais áreas de interesse da sociedade, ocasionando um hipertrofia normativa dos direitos sociais em detrimento de outras áreas carentes de regulamentação, inclusive igualmente relevantes no desenvolvimento social do país, por exemplo, economia ou educação, fazendo com que inexista uma necessária comunicação entre as áreas regulamentadas, destacando uma relação de extremos, excesso de direitos sociais e déficit em outras áreas, o que evita ou dificulta uma unidade normativa no sistema jurídico, pontuando, assim, uma atividade legislativa nada cônica dos limites político-materiais da nação.

O isolamento normativo decorre precisamente do descompasso ou da hábil assimetria entre a previsão dos direitos sociais, praticamente como direitos símbolos, com a efetiva consagração dos direitos, no que exige um preciso tratamento orgânico-funcional, notadamente procedimental, na totalidade do sistema jurídico vigente. Quando há excessiva regulamentação

32 Aliás, “[...] pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 30).

dos direitos sociais e verdadeiros vazios normativos nas outras áreas, por consequência, o sistema normativo tende a revelar um ônus excessivo às áreas não regulamentadas, porquanto elas não alcançam as benesses da alteração normativa, mas, por outro lado, tem que suportar os custos do tratamento paterno-social dispensado às relações jurídicas pelo legislador; aliás, essa questão é especialmente observada nas relações laborais, nas quais toda pretensão de alteração normativa é tachada, sem estudos e/ou premissas teóricas consistentes, como um verdadeiro golpe contra os trabalhadores, no que revela a paradoxal *dinâmica* da imobilidade: *move-se* tudo, tudo mesmo, especialmente a alegórica defesa da revolução do operariado, para que tudo permaneça como se encontra, ou seja, parado, passado e perdido.

Nesse ponto, uma advertência é necessária: a defesa do poder aquisitivo dos trabalhadores e, consequentemente³³, da melhor qualidade de vida deles, deve ser acompanhada de uma necessária eficiência funcional dos obreiros, bem como da superação do atual modelo de vínculo de emprego, que simplesmente penaliza o empregador e o empregado. O primeiro, pelo custo excessivo da contratualidade; o segundo, pelo pouco benefício que essa contratualidade efetivamente acarreta. A transparência na legislação trabalhista, e mesmo nas relações laborais, constitui um desafio premente da sociedade brasileira, porém, nenhum mandatário considera isso relevante ou, mesmo que considere, não assume o ônus político de uma mudança cultural tão brusca quanto necessária.

Uma conta simplesmente não fecha: se a contratualidade não tem interessado aos empregadores, o mesmo se diga quanto aos empregados, então, qual a razão da insistente defesa das *superadas* regras da Consolidação das Leis Trabalhistas? A resposta demanda uma demorada reflexão, mas uma coisa é certa: enquanto a flexibilização das leis trabalhistas for tratada apenas como mecanismo de redução dos custos dos empregadores e com consequente redução das benesses dos empregados, por certo, nada de consistente pode exsurgir das reformas pontuais empreendidas pelo governo brasileiro. Toda reforma, digna desse nome, exige sacrifícios de todas as partes, mas, infelizmente, o que se observa é o seguinte: (a) o governo não abre mão da pomposa arrecadação; (b) o empregador não ventila qualquer possibilidade de custos que afetem a competitividade do empreendimento econômico; e (c) o empregado ainda se prende aos

33 Evidentemente, a qualidade de vida de um cidadão não é conquistada, tão-somente, com a posse de recursos, porém, não se pode negar o enorme impulso que ela proporciona para tal fim. Não é preciso adentrar na teoria das capacidades de Amartya Sen para consolidar o entendimento de que recursos, de fato, fazem uma diferença enorme para consolidação da cidadania dos trabalhadores.

penduricalhos remuneratórios que, por serem de difícil controle, muitas vezes, são simplesmente omitidos na contratualidade. Assim, numa dinâmica da atividade política, além da reforma trabalhista, é digna de preocupação, inclusive pela premente necessidade, a reforma política, tributária e, *mais uma vez*, a previdenciária.

Essas considerações permitem alcançar uma ligeira tese: a excessiva regulamentação normativa compromete a racionalidade da ordem jurídica, não apenas em função dos conflitos normativos, mas, também, por conta da inevitável assincronia normativa, gerando, assim, verdadeiros vácuos procedimentais entre áreas de capital importância socioeconômica que devem *caminhar* numa necessária relação de harmonia e complementariedade. Nesse sentido, é incompreensível o descompasso entre a excessiva regulamentação dos direitos sociais e a capenga regulamentação da atividade econômica.

1.3 Ineficácia Normativa

O clássico estudo das normas jurídicas compreende três critérios de valoração da norma, quais sejam, (a) da *justiça*, saber se uma norma é justa ou injusta; (b) da *validade*, se a norma é válida ou inválida; e, por último, (c) da *eficácia*, no que compreende a questão de saber se uma norma é eficaz ou ineficaz³⁴. Aqui, preocupa-se com o último critério de valoração³⁵. Sabe-se

34 BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 25.

35 Num vislumbre tipicamente constitucional sobre a eficácia normativo-social, seguem as seguintes palavras: “[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relação da vida” (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 18). A última frase é poesia constitucional. A tese da Constituição como uma *ordem geral objetiva do complexo de relações da vida* é tão sustentável quanto à tese de um hipopótamo voador. Ora, se a crueza da realidade social revela a espantosa subjetividade dos direitos, mesmo quando há pretensão de eles serem expressa e plurisignificativamente identificados, como comportar uma eficácia da norma constitucional baseada numa ordem objetiva, isto é, como conceber a mítica capacidade de a Constituição corporificar uma ordem objetiva e, nesse sentido, tornar-se um verdadeiro cimento objetivizador do *complexo de relações da vida*. Contudo, mais adiante, o autor esclarece: “[...] a Constituição jurídica está condicionado pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade” (HESSE, op. cit., 1991. p. 24). Se a realidade histórica não é objetiva, e não apenas em função dos diversos fatores culturais dessa mesma realidade, mas, também, por conta da própria dinâmica constitutiva de uma realidade no tempo, por certo, a pretensão de eficácia da Constituição, partindo de uma dada e concreta realidade, em tese, também dependeria daquela consonância objetiva defendida pelo autor, isto é, a que se diz capaz de expressar uma *ordem geral objetiva do complexo de relações da vida*; todavia, isso não se afigura possível, porquanto a vinculação da Constituição com a realidade,

que a pesquisa sobre a eficácia ou ineficácia de uma norma é, sobretudo, uma pesquisa histórico-sociológica, na qual se descortina o estudo sobre o comportamento de membros de uma determinada comunidade política³⁶. Nesse ponto, a experiência legislativa brasileira denuncia uma constatação importante: *quanto maior o número de leis, maior a ineficácia delas*. De todo modo, isso não é propriamente um dado histórico-sociológico, mas, sobretudo, lógico: quanto mais leis, menos cumprimento das prescrições normativas e, por isso, maior será a ineficácia delas, até porque a edição de leis para solucionar problemas, como é caso da concreção dos direitos sociais, acaba por potencializar o surgimento de muitos outros problemas, pelo simples fato de aumentar o número de normas, haja vista o maior número de novos textos legais³⁷.

Aliás, pouco importa se se trata de eficácia autônoma (observância) ou heterônoma (imposição), o excesso de leis é sempre um obstáculo à eficácia normativa, porque os juízos analíticos sobre a realidade normativa serão inevitavelmente comprometidos em função da miríade legal potencialmente aplicável no caso concreto. Na dúvida, tem-se a inércia³⁸ e nela reina a ineficácia. Só que a questão não se resume a essa simples constatação. Não mesmo. A razão é saber o porquê de a inflação legislativa acarretar maior ineficácia normativa.

A compreensão de qualquer fenômeno jurídico demanda um processo de decodificação, nele é empregado um conjunto de técnicas jurídicas, mormente as de ordem interpretativa, resultando todo um aporte de considerações possíveis sobre uma dada realidade normativa, fazendo com que os juízos de comportamento traduzam uma compreensão aceitável e, portanto, não censurável na observância do direito.

longe da objetividade, torna-a ainda mais afeita aos jugos da subjetividade dos direitos, sem que isso, por si só, expresse uma rotunda adversidade quanto à eficácia do texto constitucional.

36 BOBBIO, op. cit., 2008. p. 27-28. Perceba-se que a terminologia adotada confunde-se com eficácia social e, nesse sentido, procura-se gizir que o excesso de leis não gera eficácia normativa. Aqui, portanto, não se prende aos dilemas internos do Direito, isto é, quando a norma expressamente estabelece um condicionante da eficácia de um direito, como, por exemplo, o que dispõe o art. 26 da Lei nº 8.666/1993.

37 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 65. Talvez por conta disso que: "Hoje em dia se coloca a questão de se não caberia pôr limites a esse processo, o qual se verifica tanto na ciência do Direito, de oferecer soluções criando outros problemas, demarcando setores em que a pesquisa científica e a regulamentação jurídica não deveriam avançar, evitando causa distúrbios em outros sistemas sociais" (GUERRA FILHO, op. cit., p. 65-66).

38 Não se trata de uma propriamente de *estática*, mas da *mobilidade imobilizante das construções normativas vazias de concreção* no plano fático.

Essa lógica, de fácil compreensão, não se aplica adequadamente aos direitos sociais, pela simples e elementar percepção de que tais direitos não dependem apenas de decodificação, como a exigida para um sinal de semáforo, até porque a decodificação jurídica jamais será tão objetiva quanto à identificação de sinais e seus respectivos operadores deônticos, aliás, tão simplórios. Portanto, vai tudo muito além da simples perspectiva de uma análise jurídica, por mais engenhosa que ela se afigure. O dilema dos direitos sociais, no que se insere a sua ineficácia jurídica, decorre, sobretudo, da incapacidade da ciranda jurídica prospectar uma legislação que seja capaz de absorver os limites político-materiais da sociedade, falta, portanto, diálogo intenso na arena pública sobre a conveniência ou não no estabelecimento de determinados procedimentos na árdua concretização de um direito social, bem como rediscutir determinados direitos, sem falar, ainda, a necessidade de suprimir privilégios odiosos na estrutura política brasileira. Aqui, é bom ter em conta que não se trata apenas do fenômeno da *procedimentalização do Direito*³⁹, mas, sobretudo, da necessária procedimentalidade nas vias administrativas, porquanto nelas é que realmente os direitos são efetivamente concretizados.

Nesse contexto, a política, *como a ciência dos meios*, tem muito a contribuir e, sobretudo, a distribuir, na composição de um sistema de direito normativo-axiologicamente aceitável, mas, também, operativo-procedimentalmente concretizável. Na inexistência de uma *política* na política legislativa, infelizmente, as regulamentações de direitos não passam de pretensões estritamente normativas, que demovem expectativas e/ou frustram possibilidades, mas que são capazes de atender às pautas político-ideológicas interessadas na manutenção de odiosos privilégios na estrutura político-social do Estado. Daí que a proliferação de leis, longe de uma dinâmica consagradora dos direitos, faz gerar uma *nebulosa normativa*, que pouco esclarece e menos, ainda, concretiza direitos sociais. A ineficácia normativa, nesses casos, é um claro prognóstico desejado pela atividade legislativa: uma resposta pronta e vazia para reclames justificáveis e concretos da sociedade. O direito sem política nega o próprio direito, porquanto, nessa hipótese, as normas jurídicas não são capazes de ganhar a necessária materialidade para concretizar as prescrições dos direitos.

Dito de outro modo: o direito sem política não passa de um direito decorrente da pura forma legislativa, portanto, um direito sem materialidade

39 GUERRA FILHO, op. cit., p. 78.

política, limitando-se à mera formalidade legislativa⁴⁰. Aqui, surge o dilema: “até que ponto a ação política se desenvolve por meio do direito, e até que ponto o direito delimita e disciplina a ação política”⁴¹. Se “a ordem jurídica é produto do poder político”⁴², então, o direito não nega a política, mas, sim, que a política, como expressão da formalidade legislativa, nega o direito, isto é, esvazia-o da perspectiva material da própria política e, nesse sentido, o direito encontra poucas possibilidades de efetivamente ter algum controle sobre a ação política.

Assim, na maioria das vezes, a ineficácia do direito é uma verdadeira *crônica de uma morte anunciada*, devidamente prospectada para servir de símbolo de uma atividade legislativa preocupada com os direitos, especialmente os fundamentais sociais, muito embora os verdadeiros propósitos sejam alheios à dinâmica da efetividade dos direitos, adentrando na ambiência político-ideológica, cuja fluidez dos fins, ainda que caprichosamente se ocupe, não é capaz de esconder o mítico propósito de descurar dos desígnios constitucionais. O que fazer? Esperar pela pretendida *expertise* judicial sobre os direitos? Melhor ser menos fantasioso. Todavia, num universo de tantas limitações políticas, é possível criar um novo modelo do *político*, o juiz, como que um forçoso *bezerro de ouro*⁴³, ou mais um grande pecado da política, para adoração do grande público, já tão descrente das leis e das instituições⁴⁴; afinal, se a justificabilidade

40 No que trai completamente a compreensão de que: “Uma norma jurídica é materialmente determinada. Por isso, como também em virtude dessa determinidade material, ela determina, por sua vez, as coisas, consegue responder a perguntas, ‘vige’ como um complexo *sui generis* de regulamentações, capaz de solucionar por via da concretização o caso e o conflito em questão. O mero ato de instituir não é suficiente; a vigência no sentido mencionado confere concreção, eficácia social ao fato de estar instituído” (MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 35).

41 BOBBIO, Norberto. A política. In: SANTILLÁN, José Fernández (Org.). *Norberto Bobbio: o filósofo da política*. Prefácio de Norberto Bobbio. Apresentação de José Fernández Santillán. Tradução de César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. p. 139-158. p. 153.

42 *Ibidem*, p. 153.

43 Bíblia Sagrada: Livro de Êxodo, Capítulo 32, versículos 1 a 8 (Êxodo 32:1-8).

44 A importância dos esforços institucionais encontra-se precisamente reproduzida nesta passagem: “Portanto, *os costumes dependem da qualidade das instituições*. E estas são postas pela lei. Dessa maneira, a relação lei-costume, costume-regime político, costume-mudança revela-se múltipla e polissêmica, pois o costume determina o que a lei não pode impor, enquanto a lei determina o que o costume deve fazer” (CHAUÍ, Marilena. O que é política. In: NOVAIS, Adauto (Org.). *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007. p. 27-53. p. 48, itálico no original).

das decisões judiciais não ostentam um caráter definitivo, mas, sim, qualificativo⁴⁵, é possível cotejar um *deus* da supremacia do existencial.

O dilema da concretização dos direitos sociais parece exigir sempre um demorado capítulo sobre a atividade judicial, sua legitimação⁴⁶ e, claro, seus efeitos na ordem jurídica, tudo em função da consagração dos direitos sociais nos textos constitucionais⁴⁷. Aqui, pretende-se uma visão mais ligeira sobre essas questões, basicamente para acentuar três teses simples, mas geralmente não observadas, quais sejam: a primeira delas, *quanto maior a ingerência do Poder Judiciário na consolidação dos direitos sociais, menor a racionalidade das políticas públicas*. Tem-se, ainda, uma segunda tese, que expressa uma clara conexão com primeira, *quanto maior o casuísmo sobre os direitos sociais, maior é o custo das políticas públicas*. Por fim, uma terceira tese: *quanto maior a autonomia política do Poder Judiciário, menor é a importância política do povo*. Em face dessas premissas, é importante destacar que o Poder Judiciário pode, sim, ser um fator de ineficácia, *tanto autônoma quanto heterônoma*, dos direitos sociais. Agora, cumpre promover os devidos desdobramentos das teses. Antes de tudo, é preciso destacar que as soluções, sempre imperfeitas, e muitas vezes

45 ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Derecho y Moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*. Traducción Rodolfo Vásquez. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 115-137. p. 131.

46 Evidentemente, a legitimação da atividade judicial vai implicar na releitura da própria legitimação do Direito, isto é, como admiti-lo em função dos inevitáveis prognósticos de incertezas do nosso tempo, afinal, “[a] legitimação do direito não pode ser mais medida com base no desempenho funcional de uma ordem preestabelecida e racional e deve depender de alguma outra coisa: *admitindo-se que o direito possua uma legitimação*, ela deve ser diferente da simples capacidade *inercial* do ‘sistema’” (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 344). O que não se compreende é como um possível agigantamento da atividade judicial possa revelar alguma fonte *segura* de legitimação do Direito ou, em outros termos, como consentir com a lógica legitimadora de algo que sempre existiu, a saber, a dinâmica política da atividade judicial, pelo simples fato dela vir a tornar-se ainda mais intensa e, conseqüentemente, mais nebulosa e imprecisa em função da conflitiva contraposição de interesses no caso concreto, na qual a *fragmentariedade decisória*, numa perspectiva global, vai corporificar um verdadeiro mosaico de contradições na pretensão de revelar um direito justo e único para cada caso.

47 CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y División de Poderes Hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 247. Nesse ponto, cumpre destacar que a atuação judicial deveria limitar-se às necessárias intervenções para “eliminar as obstruções do processo democrático” (ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 156), todavia, a eventual dinâmica *corrosiva* das maiorias sobre os direitos das minorias faz ganhar espaço o entendimento de que: “Numa democracia complexa que respeite o pluralismo, deve haver não somente instituições representativas, donde se impõe a maioria, mas também instituições de controle” (SOLÍS, David Ordóñez. *Jueces, Derecho y Política*. Los poderes del juez en una sociedad democrática. Navarra: Aranzadi, 2004. p. 61). A questão, agora, é saber qual o limite desse controle, questão, aliás, que extrapola os estreitos limites deste artigo.

inexitosas, devem partir de compreensões sistêmicas sobre o universo da problemática apresentada e, nesse sentido, resta pouco compreensível que a solução dos problemas sociais, notadamente da eficácia dos direitos sociais, deva ser concebida a partir da atividade judicial, essa perspectiva mutilante de pensamento sobre a aplicação dos direitos, por certo, vai acarretar ações igualmente mutilantes no meio social⁴⁸ e, desse modo, incapazes de conceber a complexidade que encerra eventual prognóstico sobre uma sociedade complexa. Por isso, as teses a serem defendidas partem da compreensão de que o *problema* dos direitos é, sobretudo, decorrente de uma problemática complexa sobre uma realidade social igualmente complexa, não despontando, assim, a atividade judicial como o fim do curso dessas inquietações, mas, tão-somente, uma eventual passagem de uma longa e discursiva questão político-social.

Com relação à primeira tese, afirma-se que a racionalidade das políticas públicas requer a estabilidade das decisões políticas na alocação dos recursos públicos e, principalmente, a manutenção do planejamento administrativo relativo às decisões políticas do gestor, senão a supremacia do existencial pode corporificar um grande obstáculo na eficácia dos direitos sociais.

Aliás, isso é fácil de explicar: a defesa da ingerência judicial nos prognósticos da atuação administrativa, fundada na defesa dos direitos fundamentais, pretensamente universais, fará com que a dinâmica do planejamento administrativo sofra inevitáveis desvios, seja pela redução dos recursos na manutenção e/ou expansão na prestação dos serviços, seja pela redução da capacidade operacional da máquina administrativa, pois labor dispendido na prestação dos serviços públicos é vertido para o cumprimento de demandas específicas e extremamente onerosas, fazendo com que a supremacia do existencial sobreponha-se à execução orçamentária que garanta melhor nível de bem-estar social, numa perspectiva global, aos cidadãos de uma comunidade. Parece ser uma escolha simples e igualmente legítima: entre a casuística judicial e o planejamento administrativo. Só que, nem de longe, é uma escolha simples, em verdade, numa ambiência de escassez de recursos, não se revela aceitável que os prognósticos do gestor público sejam preteridos pela atividade judicial. E pretensa universalidade dos direitos sociais e a defesa deles? Ora, o planejamento administrativo destina-se a negar os direitos fundamentais? E os direitos fundamentais são, por acaso, pretensamente mais universais que o princípio democrático da gestão pública e da separação dos poderes? Portanto, quando se defende,

48 MORIN, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Introducción y traducción de Marcelo Pakman. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 34.

por um lado, que a ingerência judicial consagra a defesa de um direito fundamental; por outro lado, isso pode representar simplesmente a ineficácia de vários outros direitos fundamentais. Não é uma matemática, é uma questão de opção política, aliás, bem razoável e, nesse sentido, plenamente aceitável pelos membros da comunidade política. “O Direito pode ser o caminho para conjugar soluções moralmente justificadas e economicamente eficientes”⁴⁹, todavia, tal propósito não se revela fácil, porque “[n]ossa época não é pós-moderna nem moderna, mas *moralmente emotivista*, porque a modernidade terá assumido um longo processo de des-racionalização, que terá desembocado no emotivismo como teoria do uso – não do significado – da linguagem moral”⁵⁰, donde ressoa a conhecida tiraria dos valores, por meio do Direito, na alocação dos recursos públicos.

Por outro lado, nem mesmo a ausência de planejamento administrativo, por si só, consagraria a ingerência judicial, porquanto o planejamento não poderia ser levado a cabo pelo magistrado, pois, em última instância, ainda que os fins da ação política fossem normativamente estabelecidos pela via judicial, tem-se que a concretização deles ensejaria sempre um necessário recurso às vias administrativas. Portanto, a questão da concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário é um verdadeiro mito. A concretização dos direitos exige *o pôr a mão na massa* e isso, efetivamente, não é tarefa de nenhum magistrado.

No que se refere à segunda tese, a *esclerose institucional*⁵¹, decorrente ou intensificada pelo casuísmo das decisões judiciais, inevitavelmente vai acarretar maior custos das políticas públicas e não se trata de uma afirmação retórica, a despeito de ser até mesmo intuitiva, se o cronograma da atividade administrativa é afetado pela execução casuística dos direitos, potencializando-se os custos públicos da execução orçamentária, com

49 GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 346.

50 CORTINA, Adela. *Ética sin moral*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 100.

51 Ela pode ser compreendida por diversos aspectos, dentre outros, os seguintes: (a) no campo da contratualidade administrativa, por meio da aquisição de bens ou contratação de serviços mais onerosos e não necessariamente demandados para projetos de longa execução orçamentária, sem falar, ainda, na ausência de contratação administrativa para demandas verdadeiramente existentes, ainda que menos onerosas; (b) no campo da gestão de pessoas, geralmente em função de demanda imediatas e descontinuadas na condução da atividade administrativa; e (c) no campo das metas estratégicas, infelizmente, com a pulverização da alocação dos recursos, fazendo com que resultem inexitosos vários projetos, seja pela concomitância dos esforços administrativos, seja pela escassez de recursos, tornando a execução administrativa descontínua e, desse modo, ineficiente em função da multiplicidade de demandas, que, sem uma atuação prioritária, rende-se ao desespero das ações públicas emergenciais ou contingenciais.

possível e, às vezes, inevitável sacrifício de medidas consideradas prioritárias pelo Poder Público. Por exemplo, se o saneamento básico é prioritário num dado contexto, não é possível considerar que a alocação de recursos seja destinada para construção de uma praça, por mais que uma praça tenha fundamental importância numa ambiência comunitária e no bem-estar geral de uma comunidade. Essa é uma questão que vai além de qualquer atuação judicial, é, sobretudo, uma opção política legítima do gestor público. Nesse contexto, uma intervenção judicial gera uma verdadeira balbúrdia na execução orçamentária, porquanto mutila a linha de atuação prioritária do gestor público⁵².

Agora, com relação à última tese, pode não parecer, mas é, sem dúvida, a mais preocupante, aliás, por diversas razões. Por que a tecnocracia judicial, por um lado, não preocupa a mente dos incautos defensores da justiça do caso concreto; por outro, por que a tecnocracia administrativa é sempre enxergada com redobrada desconfiança? Talvez porque já exista uma compreensão de que a tecnocracia administrativa nem sempre esteja a serviço do povo. Então, por que ainda persiste a ideologia de que a tecnocracia judicial sempre esteja a serviço do povo? Trata-se de uma imagem vendida nos livros e reproduzida nos discursos judiciais e, claro, parece convencer muita gente. Todavia, não é bem assim. Observa-se um inegável esforço de muitos magistrados em servir de instrumento para promoção de uma sociedade melhor, como que assumindo a posição de um *bandeirante* constitucional no vasto e inóspito terreno da inércia administrativa, todavia, o problema é a forma que anima esse propósito: alijando as *massas incultas* da autogovernança democrática⁵³. É possível também gizar que há magistrados que não tenham essa mesma preocupação, dentre outras hipóteses, quando os interesses lastreados na teoria dos direitos fundamentais colidem com a perspectiva corporativa de determinados grupos sociais e, claro, econômicos⁵⁴.

52 No largo exercício de uma função pública, é possível afirmar que exemplos dessa natureza, e os mais diversos matizes, são praticamente inumeráveis.

53 Nesse ponto, primorosa e inquietante é a colocação a seguir: "Se não há que se registrar na história do Poder Judiciário a radicalidade da vocação democrática, quais razões, que não de ordem ideológica, autorizam-se a crer que o conflito entre Judiciário versus Legislativo/Executivo pode ser construtor da renovação do pacto constituinte celebrado entre nós em 1988 e na direção de defesa do dirigismo de nossa Constituição" (LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *Judiciário versus executivo/legislativo: dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia*. Pensar. Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006. p. 189-190), vê-se que a rediscussão do pacto constituinte, como medida subjacente aos extremos da ingerência judicial, passa longe das reflexões dos arautos da juristocracia brasileira.

54 A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF, sem sombra de dúvida, representa um bom exemplo disso, porquanto, por meio de decisão judicial, as poderosas empresas de tabaco impediram os pretendidos efeitos da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 14, de 15 de março de 2012, que

Só que a questão vai muito além de meras intenções pessoais, muito mesmo. Não há como transformar o Poder Judiciário em um novo poder moderador, inclusive, com regular exercício em todas as instâncias políticas, como que assumindo as vestes régias de um superpoder na ordem constitucional. Precisa-se de um Poder Judiciário forte, porém é prescindível que ele se sobreponha aos demais Poderes. Quando a reserva política do Estado não estiver mais consagrada na dinâmica decisória dos representantes do povo, contanto que o povo assuma uma atitude emancipatória, portanto, não se revele mero ícone⁵⁵ na estrutura legitimante do poder político, tem-se a preocupante sensação de uma tutela judicial do Estado e não se tem notícia, na história mundial, de um país tenha superado os desafios socioeconômicos do seu povo a partir dos julgamentos dos seus tribunais.

No próximo tópico, a toada quimérica dos direitos sociais espalha-se na questão do governo paternalista, aliás, sempre bem-vindo numa democracia de poucas possibilidades políticas de transformação social. Afinal, quando tudo der errado, é exigido do Estado que também faça o seu (maior) erro. Será um governo paternalista o responsável pela inflação dos direitos sociais? Aliás, trata-se de uma das questões a serem delineadas no próximo tópico.

2 DIREITOS SOCIAIS E GOVERNO PATERNALISTA

Como seria um governo sem a pretensão de proteção dos direitos? Impensável, por certo. Afinal, um Estado que não protege os cidadãos é, sem sombra de dúvida, um não Estado. Conceber um Estado sem qualquer dinâmica protetiva é simplesmente defender o imponderável, mais que isso: é negar toda a historiografia sobre a existência e a razão de ser um Estado *soberano*.

Pois bem. E como conceber um Estado que protege excessivamente os cidadãos? Aqui, a questão ganha novos ares, a lógica que o Estado não

restringe o uso de aditivos em produtos derivados do tabaco comercializados no Brasil. Obviamente, não se trata de exemplo isolado, muitos outros podem ser citados, inclusive em causa própria, emanados do Poder Judiciário.

55 Com bem retrata essa passagem: “O *povo como ícone*, erigido em sistema, induz a práticas extremas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘desrealizar’ [entrealisieren] a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência – ‘notre bon peuple’” (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* A questão fundamental da democracia. Introdução de Ralph Christensen. Tradução de Peter Naumann. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 55).

deve proteger é impraticável, o assombro é inevitavelmente revelado, agora, quando ele protege demais a sonoridade é outra, afinal, poucos não são os defensores de um Estado: *tutela da minha vida*. Nisso reside o risco de *infantilização* da população⁵⁶, considerar que as medidas estatais sejam sempre necessárias ou adequadas à boa qualidade de vida dos cidadãos. Cogitando-se, ainda, que essa forma de atuação estatal estimula uma *desejosa* irresponsabilidade dos cidadãos no meio social, uma vez que são pretensamente alijados da sua autonomia pessoal e, mais isso, da própria decisão sobre os seus fins numa ambiência comunitária.

Por outro lado, considerando os regulares serviços públicos ofertados pelo Estado brasileiro e, mesmo assim, com a parca compreensão popular sobre a essencialidade de tantos outros serviços, dificilmente poderia ser defendida a tese de que o governo brasileiro é paternalista, especialmente se o entendimento de um governo paternal lastreie-se na ideia de possíveis mimos públicos⁵⁷.

Porém, no caso brasileiro, a questão não pode ser vista deste modo. Explica-se: a dinâmica de um governo paternal não se vincula à linear compreensão de que ele promova largas benesses públicas, mas, sim, que não estimule o regular exercício das liberdades públicas, cambiando a lógica da autonomia pessoal por um inarredável direcionamento público sobre os desígnios dos membros da comunidade política. E o que se revela ainda pior: faz exsurgir uma ambiência pública de verdadeiro domínio

56 A ideia de infantilização não se prende necessariamente à noção de imbecilização dos cidadãos, a dinâmica é diversa: assenta-se na ideologia *meu Estado, minha vida*, criando, assim, uma desmedida influência do Estado nos rumos da sociedade, ferindo, ainda que sub-repticiamente, a autonomia pessoal dos cidadãos. Veja-se o inusitado caso da educação brasileira: criou-se o imaginário de que a exigência de um ensino superior supera todas as possíveis demandas no mercado e, claro, na busca pelo conhecimento (Lei nº 11.096/2005 – Prouni), inclusive com expressivo investimento estatal no setor privado; mas, por outro lado, a nação encontra-se carente dos profissionais técnicos, principalmente em áreas estruturais, para alavancar o desenvolvimento econômico do País, de maneira que apenas, recentemente, a expansão do ensino técnico ganhou maior relevo na sociedade brasileira (Lei nº 12.513/2011- Pronatec). O que mudou no mercado? Nada, pois o mercado sempre demandou profissionais técnicos. Teve-se, tão-somente, o reconhecimento estatal de que o ensino técnico é tão importante quanto o ensino superior. E, assim, a sociedade *vive* o remanso das decisões estatais sobre as questões que o mercado e a autonomia pessoal deveriam precipuamente decidir, conforme os desígnios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano (artigo 170, *caput*, da CF/88).

57 A compreensão sobre uma intervenção legítima do Estado, evidentemente, vai além da mera consagração de serviços públicos essenciais, porquanto eles são impositivos pela ordem constitucional vigente e, nessa qualidade, a visão paternalista, se empreendida, encontra amparo na legislação e, somente partir daí, é que é possível cogitar/refletir se uma lei excedeu ou não o necessário limite da salvaguarda da autonomia pessoal e da liberdade dos cidadãos.

sobre os projetos privados, inclusive por meio de ludibriantes concessões públicas, nos quais frustram expectativas legítimas da sociedade civil.

A tônica não é o que a sociedade civil carece, mas o que o governo paternal entende ser necessário à sociedade civil. Portanto, inexistente uma conjuntura de perspectivas rivais, isto é, como modelos paralelos e complementares de atuação na sociedade, assentada numa arena de possíveis projetos públicos e privados, mas, infelizmente, o predomínio das ideologias governamentais sobre a autonomia dos interesses legítimos dos membros da comunidade política. Daí que não é preciso muito esforço para perceber que a inflação de direitos sociais representa um ponto chave de um governo paternalista, a saber, o *paternalismo legal*, no qual pode comportar *benesses*, numa perspectiva geral e abstrata, inclusive incompatíveis com autonomia dos destinatários da lei, no que recai numa evidente pretensão de corrigir, de modo possivelmente intencional, falha de julgamento do indivíduo⁵⁸. Aqui, por certo, mora a difícil questão de saber até onde reina a teia paternalista e, claro, até onde configura uma simples, e nada rara, desproporção do parâmetro legal editado. Por isso, é preferível adotar a terminologia governo paternalista a paternalismo legal, porquanto afasta a compreensão do problema somente a partir da atividade legislativa do Estado⁵⁹, admitindo-se, portanto, outras formas de atuação governamental. Desse modo, a dinâmica do governo paternalista é sempre mistificadora da atuação legislativa do Estado⁶⁰.

Dessas considerações resulta o entendimento de que a definição de um governo paternalista compreende a identificação de três elementos, quais sejam: (a) a intervenção governamental empreende alguma forma de restrição da liberdade ou da autonomia individual; (b) esta restrição

58 LE GRAND, Julian; NEW, Bill. *Government Paternalism*. Nanny State or Helpful Friend? Princeton: Princeton University Press, 2015. p. 26. Notadamente, a questão da intenção legislativa é sempre um campo cercado de enormes dificuldades e incertezas, fazendo com que eventuais projeções ou análises sejam, na maioria dos casos, sequer aproximados das reais intenções dos agentes políticos.

59 *Ibidem*, p. 26.

60 Nesse ponto, cumpre lembrar-se a Lei nº 12.990/2014 consagrou uma perspectiva paternalista, e também eleitoreira, ou se simplesmente consagrou uma desproporcional forma de ação afirmativa? De qualquer sorte, se paternalista ou desproporcional, o fato é que a lei não foi nada feliz. Em verdade, a situação mais se enquadra numa dinâmica eleitoreira que precisamente paternal. Contudo, a inegável dificuldade dos negros na estrutura social brasileira, por mais que deva ser reconhecida e combatida, não é fator justificador de um tratamento legal tão desarrazoado e que, infelizmente, apenas consagra um novo colorido à discriminação racial. O negro não precisa de benesses particulares, mas, sim, de garantias gerais de tratamento equânime por parte do Estado e da sociedade.

empenha-se na promoção de um bem do próprio indivíduo; e, obviamente, (c) inexistente consentimento individual desta intervenção⁶¹.

Aliás, esse último elemento é claramente despiendo, pois a ideia de consentimento é, na hipótese, incompatível com a noção de restrição indevida do governo⁶². Portanto, a necessidade de tutela do cidadão, por acreditar na falha de julgamento sobre os seus bens ou interesses, é uma clara característica de um governo paternalista, o mesmo se diga quanto à crença de que o cidadão não teria o mesmo êxito sem a intervenção estatal⁶³.

Um exemplo claro de uma indevida intervenção paternalista do governo brasileiro, inclusive com graves consequências no meio escolar, é a questão da orientação sexual das crianças e dos adolescentes. Em verdade, não se trata de orientação ou opção sexual, mas, simplesmente, de uma questão de identidade e que, portanto, apenas demanda, conforme o curso do tempo, o regular exercício da autonomia pessoal. Não há espaço para o Estado nessa questão.

Em contraponto ao posicionamento, acima, não se pode negar que intervenções paternalistas também são defendidas, inclusive, algumas vezes, com o jugo da inevitabilidade, em função da nada extraordinária capacidade das pessoas errarem na defesa dos seus interesses e, claro, dos seus direitos⁶⁴. Isto é, geralmente o exercício da autonomia pessoal compreende erros imperdoáveis na dinâmica protetiva dos direitos dos cidadãos. A questão de fundo, contudo, é saber se o fato de as pessoas errarem justificaria uma intervenção de um governo paternalista.

Defende-se que não. Ora, se o cidadão não saberia qual a melhor decisão relativa aos seus interesses ou direitos, por que razão o governo saberia?⁶⁵ As projeções das escolhas baseadas na autonomia pessoal exige uma decisão num singular marco temporal e, com isso, a dinâmica dos acertos ou erros vai bem além daquilo que se possa prospectar no momento da decisão⁶⁶. Assim, é um equívoco sustentar uma intervenção paternalista

61 LE GRAND; NEW, op. cit., 2015, p. 22.

62 Ibidem, p. 23.

63 Ibidem, 2015, p. 22.

64 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*. Washington, v. 93, n. 02, p. 175-179, May 2003. p. 177.

65 HILL, Claire A. Anti-Anti-Anti Paternalism. *New York University Journal of Law & Liberty*. New York, v. 02, n. 03, p. 444-454, 2007. p. 445.

66 Ibidem, p. 446.

do governo baseada na ideia de erro decorrente do exercício da autonomia pessoal, até porque nem mesmo o governo, baseado nas mesmas premissas temporais e conjunturais, costuma acertar sobre os melhores destinos da gestão pública.

Noutro giro, o que não se discute, pelo menos de forma ampla, é como um governo paternalista, de poucos recursos, numa sociedade declaradamente democrática, pode simplesmente limitar a autonomia dos cidadãos. Ora, governo sem recursos pode ser consequência de um fluxo econômico fraco ou inexpressivo, fazendo com que a atividade financeira do Estado esteja nas margens da desolação econômica; logo, é justamente nesse contexto, de prementes necessidades sociais, que o governo paternalista passa a exercer maior influência sobre a vida dos cidadãos.

Afinal, como interferir, exitosamente, sobre as escolhas particulares numa ambiência de forte autonomia econômica dos cidadãos? Numa palavra: os limites da socialidade encontram-se sempre mais claros num contexto de adversidade econômica. É nesse contexto que a mistificadora inflação dos direitos sociais demonstra sua força, isto é, sua capacidade de manipular os prognósticos legislativos e, desse modo, efetivamente criar símbolos da atividade legislativa sem comprometimento na efetivação dos direitos, muito embora capazes de induzir comportamentos sociais desejáveis a uma perspectiva paternalista de governo.

Por outro lado, vale destacar que o governo paternalista não é uma figura única e facilmente identificável no universo político, possuindo características bem particulares em função do lugar e, claro, de cada povo. Desse modo, não é possível conceber ou compreender o governo paternalista brasileiro a partir das mesmas vestes de eventual gestão pública paternalista nos Estados Unidos, onde reina uma fortíssima perspectiva liberal, ou nos países nórdicos. Os limites econômicos, sociais e políticos de uma sociedade, sem sombra de dúvida, sempre revelarão o colorido de uma gestão pública paternalista, até mesmo em função do avanço ou atraso das conquistas socioeconômicas de cada povo.

Um dos claros problemas do paternalismo estatal é a sua capacidade de direcionar indevidamente a atividade econômica, inclusive com sérias consequências no campo social. No Brasil, não raras vezes, um empreendedor *prospecta* a atuação da sua empresa em função da contratualidade estatal e não necessariamente em função das potencialidades econômicas do mercado, perdendo, assim, o verdadeiro foco de sua atuação e, claro, tornando-o refém de eventuais contingências políticas, aliás, sempre tão

entregues aos ruidosos processos de captação de recursos. Atualmente, várias empresas estão no limiar da falência em função dos expressivos cortes⁶⁷ nos investimentos estatais, em outros termos, por conta de atraso no pagamento das empresas contratadas, fato que não ocorreria se o foco da atuação econômica fosse efetivamente as opções de mercado, isto é, o fluxo de sua atividade econômica fosse predominantemente entregue ao *sistema produtivo* não estatal.

Por outro lado, o governo brasileiro persiste numa insustentável política assistencialista, certamente pelos pomposos dividendos políticos que ela proporciona, porém, possui o inconveniente de sobrecarregar o setor produtivo em duas frentes: (a) com a majoração tributária; e (b) com a deficiência de investimentos em infraestrutura. Essa política não se sustenta por longo período, pelas seguintes razões: (a) o controle da dívida pública demanda expressivos recursos e romper com os credores da dívida pública é simplesmente admitir um calote institucional do Estado, cujas consequências foram e ainda são visíveis na Argentina; (b) a estrutura administrativa, comumente chamada de máquina pública, demanda recursos, sem falar na insatisfação generalizada dos servidores públicos, fazendo com que eventuais greves gerem ainda mais custos ao Estado; (c) as pautas sociais, nos quais se incluem os orçamentos da seguridade social, demandam mais e mais recursos, pois, sem empregabilidade, a dependência do Estado torna-se ainda maior; (d) os investimentos são expressivamente reduzidos, inviabilizando, portanto, qualquer transformação estrutural da atividade econômica, logo a depressão econômica torna-se inevitável.

Portanto, o modelo assistencialista é um verdadeiro suicídio estatal, muito embora, inicialmente, seja capaz de galgar votos. Toda estrutura paternalista de Estado é uma forma imperiosa de estabelecer uma prisão da sociedade por meio da hipertrofia estatal e, claro, a possibilidade de enxergar nela a única via possível de salvação.

Nesse contexto, os direitos sociais são reduzidos efetivamente a uma pauta mínima: *não passar fome*. Todavia, isso verdadeiramente não garante mobilidade social, pelo contrário, aprisionam os hipossuficientes, tornando-os reféns de um processo político aprisionador da autonomia

67 A Administração Pública federal, dentre outros malabarismos orçamentários, passou a substituir a expressão *corte no orçamento* para *teto de pagamento*. Depois das famigeradas *pedaladas fiscais*, exsurge, aqui, um verdadeiro *elástico orçamentário*, porquanto o dinheiro até chega, mas *imediatamente* volta. Considerando a pujança de dribles do futebol brasileiro e a particular capacidade que o governo federal possui de reproduzi-los, sem sombra de dúvida, a Lei de Responsabilidade Fiscal não resistirá por muito tempo, o mesmo se diga quanto à Lei nº 4.320/1964.

pessoal, afinal, como exercê-la sem uma perspectiva concreta de romper os limites do conhecimento e da empregabilidade. Desemprego, inflação e recessão econômica não são ingredientes destinados à efetivação dos direitos sociais. Repita-se: sem fluxo econômico não há Estado Social, quicá Estado paternalista, mas jamais Estado Social. Desse modo, em país com enorme parcela da população declaradamente pobre, a assistencialidade é forma de atuação mais rasteira de um governo paternalista⁶⁸.

Então, qual o motivo de o governo paternalista ser tão tentador para governantes e governados? Ora, porque a *conta* é sempre do outro. Os governados, impulsionados pela inflação de direitos sociais, consideram as possibilidades normativas uma cogente imposição jurídica a ser cumprida pelo Estado. Os governantes, na dantesca compreensão da gestão fiscal do Estado, porque considera que a concessão de benesses normativas ou materiais sempre rende dividendos políticos, sem falar que o agigantamento do Estado é outra forma de fortalecimento político do partido gestor e seus aliados. Então, quem paga a conta? A sociedade, claro. Evidentemente, que os segmentos da sociedade entregue à formalidade e, portanto, inseridos no universo da reduzida ou inexpressiva erosão da base tributária, sofrem de forma mais efetiva os custos do governo paternalista.

Assim, os extremos, de um modo ou de outro, são os defensores do governo paternalista: os hipossuficientes, porque veem nele a salvaguarda mínima dos seus direitos; as elites político-econômicas, porque também são prestigiadas com benesses da atuação estatal, só que exponencialmente maiores que as concedidas aos hipossuficientes. Então, não é só uma questão de quem paga a conta, mas também de quem goza das prestações sociais. E, nesse quesito, os setores produtivos são imensamente prejudicados, pois, sem capacidade de investimento público e privado⁶⁹, como prospectar o impulso econômico na sociedade e, com isso, superar os obstáculos da concretização dos direitos sociais. Aqui, entra em cena uma discussão geralmente cercada de emotividade política, tratada no próximo tópico, a saber, que a atividade política brasileira não representa o seu povo e, nessa qualidade, não possui

68 Porquanto anestesia a estrutura social pela dependência econômica e sacrifica o setor produtivo. Uma falsa benesse, portanto.

69 A incapacidade de investimento, em verdade, expressa apenas o inevitável receio da proteção jurídica dos investimentos privados. Ora, numa ambiência de insegurança jurídica e claros cotejos de eventuais benesses políticas, todo empreendimento econômico comporta um risco invariavelmente maior, exceto para os empreendedores que se encontrem numa *questionável* zona de conforto, isto é, aqueles que, por servir de instrumento da política paternalista, gozam do melhor dos mundos: as benesses do Estado, também conhecida como proteção econômica do governo, e a segurança de fluxo econômico com contratos administrativos milionários ou financiamentos/empréstimos bilionários. Afinal, agradar os extremos é uma peça chave de todo governo paternalista.

o compromisso de criar mecanismos político-normativos capazes de fincar os fundamentos do desenvolvimento econômico e social da sociedade brasileira.

3 REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA SEM CRISE?

Não obstante as críticas ventiladas neste trabalho sobre a regulamentação dos direitos, sobretudo os sociais, que faz ruir a defesa de que atividade política brasileira seja digna de encômios, ao fim e ao cabo, fazendo-se uma retrospectiva dos últimos 27 anos, indaga-se: apesar de tudo, o Brasil é um país *melhor para todos* em matéria de direitos sociais?⁷⁰ Dito de outro modo: é possível defender uma representatividade política sem crise no Brasil? Antes de responder a essa singela e inquietante pergunta, Paulo Bonavides açoita-nos com esta passagem, possivelmente, atemporal:

Divide-se o Brasil, de último, entre pessimistas e otimistas. Acontece, porém, que o número de pessimistas, à beira do derrotismo ou da descrença total, cresce esmagadoramente, enquanto declina de maneira vertiginosa o número de otimistas, eliminados pela conjuntura da inflação ou pela evidência aterradora de certas estatísticas⁷⁰.

O autor, evidentemente, não retratou um dilema brasileiro deste século, o contexto era outro, período pré-constituente, mas a advertência é atualíssima. Não sem razão, pois, de fato, divide-se o País em dois *mundos*, aliás, com a incompreensível pretensão da incomunicabilidade⁷¹: o dos otimistas e o dos pessimistas. Porém, em quaisquer dos casos, isto é, na perspectiva otimista ou pessimista, considerando-se a pergunta acima, a resposta só pode ser positiva quanto aos elementares prognósticos de realizabilidade dos direitos sociais a partir da CF/88, isto é, os avanços sociais, por diversos fatores, são inegáveis, pois:

(a) a projeção dos direitos sociais para além da mera conquista político-ideológica, mas, sobretudo, normativo-material, é verificada em função dos avanços sociais em diversas áreas, tais como, educação⁷²,

70 BONAVIDES, Paulo. *Constituente e Constituição: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. 2. ed. Fortaleza: Edições Imprensa Oficial do Ceará – IOCE, 1987. p. 619.

71 A posição defendida por membro de um *mundo*, por qualquer razão, é sempre uma posição fadada ao descrédito, já que a *retaliação* é imediata porque qualquer membro do outro *mundo*.

72 No caso da Educação, basta mencionar que, ano 2000, 3,2% do PIB eram destinados à Educação Básica; mais recentemente, no ano de 2013, tal percentual saltou para 4,7% do PIB, no que demonstra um claro indicativo de evolução de investimentos na área, principalmente a partir do ano de 2005, todavia, o atual contexto de crise vai possivelmente frear essa desejosa evolução (Disponível em: <http://

saúde⁷³ *etc.*, porém, isso não quer dizer que esse avanço social seja extensível a toda a sociedade brasileira e nem mesmo que a prestação dos serviços públicos opere com igual qualidade em todo País, basta lembrar que, a depender do Estado-membro de nascimento, um nacional pode ter melhor ou pior educação básica, serviço de saúde *etc.*;

(b) a conquista dos direitos é sempre um horizonte *distante*, especialmente quando se parte de perspectivas sociais absolutamente deficitárias e lastreadas em estruturais sociais extremamente desiguais, até porque todo projeto constitucional assenta-se numa clara idealidade política, de forma que os avanços sociais, já devidamente incorporados na vivência social, ainda que considerados pela sociedade, não representam parâmetros para novas conquistas, pelo contrário, pode até mesmo ser visto como fator de estagnação social, porquanto o decurso do tempo deve sempre exigir e alcançar novos patamares de bem-estar social, por isso, o fato de a sociedade brasileira, legitimamente, reclamar dos serviços públicos, não quer dizer, nem de longe, que não ocorrera uma evolução neles, basta pensar no serviço de telefonia, aviação civil, transporte interurbano *etc.*;

(c) o avanço nos procedimentos legais⁷⁴ é notório, veja-se o caso do Sistema Único de Saúde (SUS)⁷⁵, só que as conquistas não são lineares, muito menos totais, numa dada realidade espaço-temporal, de maneira que as críticas ventiladas neste artigo não as negam, antes as consagram, porém, com a necessária exigência de que há uma larga distância entre os desígnios constitucionais e a realidade da sociedade brasileira, isto é, o *cidadão comum*⁷⁶ ainda padece de serviços básicos. Dito de outro modo, ainda

www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=144#filtros>. Acesso em: 05 jun. 2015).

73 Na Saúde um dado simples é capaz de denunciar um inegável avanço: em 1990, a mortalidade infantil alcançava 53,7 óbitos para cada mil bebês nascidos vivos; agora, no ano de 2010, portanto, vinte anos depois, esse percentual caiu para 18,6 óbitos, aliás, bem perto da meta da ONU, que é de 17,9 óbitos até este ano. (Disponível em: <<http://saudebusiness.com/noticias/ibge-veja-os-indicadores-da-saude-brasileira-em-2013/>>. Acesso em: 05 jun. 2015).

74 A consagração de quaisquer direitos requer procedimentos legais e administrativos, daí que apenas neles a lógica dos direitos resta possível, isto é, efetivamente passíveis de gozo. Além disso, “[o]s procedimentos geram não só conhecimentos permanentes, como também ilusões permanentes. A sua função não consiste em impedir desilusões, mas sim em trazer as desilusões inevitáveis para uma forma última de ressentimento particular difuso, que não pode converter-se em instituição” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Córte-Real. Revisão Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 95).

75 Devidamente disciplinado pela Lei nº 8.080/1990.

76 O cidadão comum da poética canção de Belchior, *Pequeno Perfil de um Cidadão Comum*: “Era feito aquela gente honesta, boa e comovida; Que caminha para a morte pensando em vencer na vida; Era feito aquela

que representatividade política possua seus dilemas, é possível conceber um *velho* Brasil e um *novo* Brasil, este, sem dúvida, após a CF/88, mais democrático e, sobretudo, mais transformador da realidade social, aliás, com grande impacto na pobreza, especialmente na pobreza extrema⁷⁷;

(d) toda conquista social expressa um providencial esforço de uma geração, na qual carrega os pressupostos necessários às conquistas da geração posterior, assim, a perspectiva dos esforços intergeracionais é que, de fato, faz com que as nações alcancem significativas evoluções no nível de bem-estar da sociedade, daí que a *proposta* constitucional exige uma compreensão de que a conquista dos direitos sociais demanda fundados e incessantes esforços intergeracionais, portanto, impossíveis de serem alcançados em pouco mais de duas décadas, menos, ainda, por parte de alguns intranquilos mandatos presidenciais; e

(e) independentemente das crises econômicas, uma vez que elas são cíclicas, mas não são iguais em extensão e profundidade, tem-se observado que a sociedade brasileira, numa perspectiva global, possui maior gozo de direitos sociais após a CF/88 ou, na pior hipótese, goza de maior estrutura orgânico-institucional para levar a cabo os seus reclames, denunciando uma nova ordem constitucional, na qual consagra efetivamente um Estado Social.

O fato é que, inobstante essas constatações, não há como admitir representatividade *sem crise*, mas, sim, representatividade com crise, mas também com avanços sociais, contudo, deve-se considerar que a *dinâmica da crise política* só pode ser compreendida a partir da ação política com as decisões tomadas e os resultados alcançados. De todo modo, excetuando-se as hipóteses de omissão legislativa⁷⁸, regulamentações relevantes foram editadas pela atividade política, pontuando, algumas vezes cedo, outras, mais tarde, o acerto ou a errônea do processo decisório político, contudo, a ideia de crise reside não necessariamente na ausência de regulamentação, mas na qualidade e/ou abrangência delas, isto é, na capacidade de promover os desígnios constitucionais, rompendo os modelos sociais de outra ordem constitucional por meio de reformas legislativas estruturais. “A crise da

gente honesta, boa e comovida; Que tem no fim da tarde a sensação; Da missão cumprida”.

77 DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória incerta*. A Índia e suas contradições. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laíla Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 87.

78 Geralmente, são temáticas entregues a uma ampla conjuntura de fatores, para fins de regulamentação do texto constitucional, nem sempre reunidos numa geração, até porque a exigibilidade dos direitos sempre vai demandar esforços intergeracionais, sem falar, ainda, o alto custo político das decisões legislativas fundamentais, seja porque nem sempre são populares, seja por que altera a atual estrutura de poder na sociedade.

estatalidade social no Brasil não é a crise de uma Constituição, mas da Sociedade, do Estado e do Governo; em suma, das próprias instituições por todos os ângulos possíveis”⁷⁹. Não é, portanto, um problema jurídico, por isso, a solução não pode advir da mera intervenção dos mecanismos estritamente jurídicos, mas, sim, duma imperiosa atuação política, necessariamente renovada pelos impulsos dos avanços da socialidade no Brasil.

A ordem constitucional é um *projeto aberto*, aliás, sempre exigindo reflexão sobre os caminhos percorridos e, claro, os que serão trilhados, daí que a noção de crise política encontra-se justamente na incapacidade de a ação política (a) identificar o melhor caminho a seguir, e (b) pavimentar os rumos do desenvolvimento social e econômico. Por isso, revela-se tão importante a reforma tributária, como expressão de uma política tributária mais justa e racional; a reforma política, no que traria uma nova dinâmica ao processo político efetivamente democrático; a reforma trabalhista, desmistificando a falsa ideia de proteção do trabalhador por meio de relações jurídicas laborais mais seguras e menos onerosas ao sistema produtivo; e, mais uma vez, a forma previdenciária, assimilando os limites atuariais dos regimes previdenciários em função da expectativa de vida da população, da contributividade dos segurados e, claro, da solidariedade dos atores do sistema.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando as posições defendidas no texto e, sobretudo, as proposições levantadas, concluímos que:

(a) a inflação dos direitos sociais, principalmente numa perspectiva horizontalizadora, não contribui para a eficácia dos direitos, porquanto acarreta conflito normativo, isolamento normativo e ineficácia normativa, sem falar, ainda, na possibilidade de firmar uma odiosa perspectiva simbólica dos direitos sociais;

(b) o governo paternalista consagra uma condenável lógica de que a *concessão* de direitos sociais expressa, ou mesmo faz imperar, um regime de tutela estatal sobre a sociedade, limitando, assim, a autonomia dos

79 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 395. É bem verdade que o autor ventila uma tríade de crises relacionadas à atividade político-constitucional, a saber, (a) crise constituinte [crise do (próprio) poder constituinte], (b) crise constitucional (crise da constituição), e (c) crise de inconstitucionalidade, “[...]oda vez que no ordenamento formalmente constitucional, ou que se pretende seja formalizado em bases constitucionais, se perde por inteiro o senso de proporção entre os fins programáticos, cujo exagero faz a sua concretização extremamente penosa, se não impossível, e os elementos de eficácia e juridicidade das regras constitucionais propriamente ditas. O desequilíbrio então promovido determina a inexequibilidade da Constituição” (BONAVIDES, op. cit., 2013. p. 402). Essa, certamente, é a compreensão que melhor se alinha à inegável inflação dos direitos sociais no Brasil.

cidadãos por meio de um regime assistencialista dos direitos. Assim, a intervenção estatal baseada na noção de erro de julgamento dos cidadãos sobre os seus bens e direitos, longe de uma medida protetiva de direitos, apenas confirma uma *curiosa* necessidade governamental de firmar o pleno domínio da sociedade e, com isso, negar a autonomia dos cidadãos;

(c) o projeto político estampado na Constituição Federal de 1988, inegavelmente grandioso, exige um longo curso de esforços intergeracionais, inclusive com a regular compreensão de que os avanços sociais demandam um contínuo fluxo econômico e, claro, uma regular consecução das políticas públicas numa ambiência de escassez de recursos;

(d) ainda que se questionem os prognósticos de realizabilidade dos direitos sociais da gestão pública brasileira, não há como negar, após a Constituição Federal de 1988, os avanços na prestação dos serviços públicos, muito embora os condicionantes sociais da implementação política ainda se afigurem patentes e, portanto, não podem ser negados pela gestão pública e, claro, ser reconhecidos pela própria sociedade; e

(e) não é possível cotejar uma representatividade sem crise, porém, e isso não se revela paradoxal, é imperioso destacar avanços sociais após a CF/88, pontuando-se, a partir da regulamentação dos direitos sociais, a exigibilidade das prestações sociais por meio de políticas públicas mais efetivas, tais como educação e saúde, todavia, e aqui se revela a razão das críticas à atuação política, o prognóstico constitucional da realizabilidade dos direitos, mesmo com os condicionantes econômicos e sociais, estaria menos distante se a atividade legislativa, longe da mera e inócua reprodução de textos legais, promovesse uma discussão mais abrangente sobre os permissivos normativos da realizabilidade dos direitos e, claro, encadeassem as reformas estruturais na sociedade brasileira, sobretudo, política, tributária, previdenciária e trabalhista.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral.

In: VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Derecho y Moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*. Traducción Rodolfo Vásquez. Barcelona: Gedisa, 1998.

BOBBIO, Norberto. A política. In: SANTILLÁN, José Fernández (Org.).

Norberto Bobbio: o filósofo da política. Prefácio de Norberto Bobbio.

Apresentação de José Fernández Santillán. Tradução de César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

_____. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. 2. ed. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará – IOCE, 1987.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública. In: _____ (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CHAUÍ, Marilena. O que é política. In: NOVAIS, Adauto (Org.). *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007. p. 27-53.

CHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y División de Poderes Hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.

CORTINA, Adela. *Ética sin moral*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória incerta. A Índia e suas contradições*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUASTINI, Riccardo. Teoria e Ideologia da Interpretação Constitucional. Tradução de Henrique Moreira Leite. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 08, nº 40, p. 217-256, nov./dez. 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

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. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HILL, Claire A. Anti-Anti-Anti Paternalism. *New York University Journal of Law & Liberty*, New York, v. 02, nº 03, p. 444-454, 2007.

HOLLIDAY, Gustavo Calmon. A constitucionalização do direito no Brasil, o excesso de emendas e as suas consequências. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, p. 151-162, maio/jun. 2011.

LE GRAND, Julian; NEW, Bill. *Government Paternalism*. Nanny State or Helpful Friend? Princeton: Princeton University Press, 2015.

LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. *Judiciário versus executivo/legislativo*: dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. *Pensar*. Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Revisão Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MORIN, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Introducción y traducción de Marcelo Pakman. Barcelona: Gedisa, 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Fragments (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Quem é o Povo?* A questão fundamental da democracia. Introdução de Ralph Christensen. Tradução de Peter Naumann. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Tributos*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SOLÍS, David Ordóñez. *Jueces, Derecho y Política*. Los poderes del juez en una sociedad democrática. Navarra: Aranzadi, 2004.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, Washington, v. 93, n. 02, p. 175-179, May 2003.

VIEIRA, Lucas Pacheco. Uma releitura das contribuições sócias à luz do federalismo fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 115, p. 91-113, mar./abr. 2014.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Prefácio de Manoel T. Berlinck. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.