

A construção de caminhos para ampliar a eficácia dos direitos fundamentais sociais: uma discussão à luz da obra de Michael J. Sandel

The construction of ways to increase the effectiveness of fundamental social rights: a discussion in the light of Michael J. Sandel's work

Heloisa Borella Zamboim*
Vinicius Gomes Casalino**

Resumo: Apesar da grande gama de direitos sociais, econômicos e culturais assegurada no texto constitucional brasileiro, diversos deles ainda enfrentam um grave problema de eficácia. Assim, valendo-se do método hipotético-dedutivo, esse artigo procurou entender se os atuais limites de aplicabilidade dos direitos de segunda dimensão no Brasil podem ser reduzidos por meio da aplicação das correntes de justiça discutidas na obra de Michael J. Sandel. As conclusões indicaram que a política do bem comum, ideia de justiça construída por Sandel, apesar de apresentar incompletudes, pode ser uma nova via para tentar ampliar a eficácia dos direitos de segunda dimensão no país.

Palavras-chave: Direitos de Segunda Dimensão, Correntes da Justiça, Michael Sandel..

Abstract: Despite the wide range of social, economic and cultural rights guaranteed in the Brazilian Constitution text, several of them still face a serious problem of effectiveness. Thus, using the hypothetical deductive method, this article sought to understand whether the current limits of applicability of second dimension rights in Brazil can be reduced through doctrines the application of the currents of justice discussed in the work of Michael J. Sandel. The conclusions indicated that the politics of the common good, ideia of justice constructed by Sandel, despite its incompleteness, would be a new way to try to increase the effectiveness of second dimensional rights in the country.

Keywords: Second dimension rights, Currents of Justice, Michael Sandel.

Recebido em: 01/07/2023
Aprovado em: 14/12/2023

Como citar este artigo:
ZAMBOIM, Heloisa Borella;
CASALINO, Vinicius
Gomes. A construção de
caminhos para ampliar a
eficácia dos direitos
fundamentais sociais: uma
discussão à luz da obra de
Michael J. Sandel. *Revista
da Defensoria Pública do
Distrito Federal*, Brasília,
vol. 5, n. 3, 2023, p. 51-76.

* Pontifícia Universidade
Católica de Campinas
(PUC-Campinas).

** Pós-Doutor (FEA-USP).
Professor titular da
Faculdade de Direito
(PUC-Campinas).

Introdução

A Constituição Federal de 1988 pode ser considerada um exemplo de avanço do sistema democrático. Contudo, apesar da grande preocupação com a garantia de direitos, seja por conta das normas onde eles se alocam, seja devido a argumentos financeiros, algumas categorias de direitos ainda possuem sua eficácia reduzida. Este é o caso da classe dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Exemplificativamente temos o direito à saúde, à educação e à moradia, direitos esses essenciais para a manutenção do bem-estar humano e minoração de disparidades sociais, e que, ao serem desatendidos, resultam no afastamento de alguns ideais, como os de igualdade e justiça material.

Destaca-se que o alcance da justiça material sempre foi um dos problemas enfrentados dentro do Direito. Contudo, por vezes, fora solucionado por meio de teorias da justiça as quais não necessariamente surtiram o efeito prático necessário diante das disparidades existentes no mundo fático. A teoria baseada no utilitarismo, defendida por Benjamin Bentham (1996), por exemplo, entendia que fazer justiça seria alcançar o bem-estar da maioria. Contudo, ao fazê-lo, acabava por excluir determinadas minorias, e, por esta razão, falhava na construção do alcance da justiça a todos.

Por outro lado, a teoria libertária, defendida por teóricos como Robert Nozick (1974) e Friedrich Hayek (1983), ao incentivar tão somente a proteção de direitos individuais, acabava por estimular a concentração de riquezas na mão de poucos. Em consequência disso, enfraquecia os laços de cidadania e se afastava dos ideais de construção da justiça material.

Assim, apesar de haver a tentativa de outros filósofos em solucionar problemas fáticos os quais envolvem a justiça, é tão somente na obra de Sandel (2015) que se propõe um modelo de justiça prático. Isto é, propõe-se em seu modelo a possibilidade de reformular a lógica de funcionamento da redistribuição de bens no sistema capitalista atual, sem, contudo, excluí-lo por completo.

Dessa forma, ao resgatar a corrente de justiça defendida por Aristóteles (1998), a qual se baseia na virtude, ou seja, considera que a justiça deve ser analisada sob um viés político e de construção de civilidade, Sandel (2015) propõe uma reestruturação social. Com isso, percebe-se a relevância de construir e ampliar os debates a respeito de como sua obra pode refletir na aplicação, ampliação e eficácia de direitos fundamentais sociais.

Neste âmbito, o presente artigo tem como objetivo perpassar pelo conceito e atuais limites dos direitos fundamentais de segunda dimensão no Brasil, de maneira a compreender se suas restrições de eficácia podem ser reduzidas a partir da aplicação da vertente de justiça desenvolvida pelo filósofo e professor norte-americano Michael Sandel em sua obra: “*Justiça: o que é fazer a coisa certa*” (SANDEL, 2015).

Desse modo, a hipótese a ser colocada à prova é a de que a concepção de justiça baseada na construção de uma política do bem comum, defendida por Sandel (2015), seria uma nova via para ampliar a eficácia aos direitos sociais no Brasil, se comparada às demais trazidas em sua obra. Nesse sentido, No intuito de testar a falseabilidade da hipótese proposta, este artigo foi dividido em três partes. Na primeira, foram apresentadas as dificuldades terminológicas, bem como os atuais limites enfrentados para a aplicação dos direitos de segunda dimensão no Brasil.

Na segunda parte, de maneira a tentar minorar os problemas apontados, foram abordadas três diferentes correntes da justiça que percorreram a História, baseadas na liberdade, virtude e utilidade, de modo a compreender os pontos fortes e as debilidades de cada ideia trazida. Por fim, na terceira parte, analisa-se a possibilidade de se aplicar uma nova proposta de justiça derivada da virtude, a de Sandel (2015).

Para tanto, o estudo foi guiado pelo método hipotético-dedutivo, o qual parte, inicialmente, da identificação de um problema. A partir deste problema, formulam-se uma ou mais hipóteses para solucioná-lo. Estas hipóteses são então submetidas ao falseamento, para que, ao final, se chegue a conclusões acerca das hipóteses levantadas.¹

1. Conceito, demarcação e barreiras de eficácia dos direitos fundamentais de segunda dimensão no Brasil

Antes de delimitar o conceito de direitos fundamentais de segunda geração, é necessário entender o que pode ser considerado um direito fundamental e o porquê da adoção dessa nomenclatura para o estudo. Partindo deste ponto, destaca-se, de início que, as discussões as quais envolvem o assunto são permeadas por múltiplos entendimentos². Dessa forma, se iniciam com a

¹ Este método foi desenvolvido pelo estudioso Karl Popper, na obra: *A lógica da pesquisa científica* (2013)

² A problemática conceitual dos direitos fundamentais é um longo debate, envolvendo diferentes entendimentos, a depender de qual diploma normativo o direito foi consagrado. Para maior aprofundamento acerca do assunto, consultar

dificuldade de fixar uma nomenclatura universal para essa classe de direitos tidos como essenciais a todo e qualquer ser humano.

A título de exemplo, passa-se a uma breve análise do texto constitucional brasileiro. Dentro dele, os direitos fundamentais recebem diversos nomes, como “direitos e deveres individuais e coletivos” (Título II), “garantias fundamentais” (Título II) e “direitos humanos” (art. 5º, §3º). Com relação à distinção entre as terminologias “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, Sarlet (2018, p. 30) argumenta que os direitos apenas receberão o nome de “direitos fundamentais” após passarem pela internalização e incorporação ao direito interno do país. Antes disso, a nomenclatura que o autor considera mais adequada, sendo ele acompanhado da doutrina dominante,³ é a de “direitos humanos”.

Já no que diz respeito à nomenclatura “direitos individuais e coletivos”, vê-se que a Constituição Federal de 1988 realiza uma divisão entre a funcionalidade desses direitos, alocando-os em diferentes classes, como a das liberdades individuais, a dos direitos sociais e a dos direitos políticos (SARLET, 2018). Nesse ponto, é gerado um entrave ainda maior para o alcance da harmonia e consenso terminológico.

Dada a grande gama de termos os quais podem ser utilizados para se referir a este vasto grupo de direitos, optou-se por acatar, para fins de desenvolvimento do estudo, a nomenclatura “direitos fundamentais”. Tal escolha deu-se devido ao enfoque do artigo em analisar o direito interno brasileiro e vai ao encontro dos ensinamentos de Sarlet (2018, p. 29), o qual elege este termo devido a uma questão de direito positivado e constitucionalmente adequado.

Escolhida a nomenclatura a ser utilizada, é preciso, ainda, compreender no que consistem os direitos fundamentais, bem como quais são os requisitos para um direito ser enquadrado nessa categoria. Neste caso, preferiu-se utilizar o conceito de George Marmelstein (2014), o qual define os direitos fundamentais como:

[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado

a obra: “*A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, de Ingo Wolfgang Sarlet, 2018.

³ Nesse sentido, estão autores como André de Carvalho Ramos: “os “*direitos humanos*” servem para definir os direitos estabelecidos pelo *Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais* sobre a matéria, enquanto a expressão “*direitos fundamentais*” delimitaria aqueles direitos *reconhecidos e positivados* pelo *Direito Constitucional* de um Estado específico” (RAMOS, 2014, p. 45); também nesta perspectiva reconhece Sidney Guerra: “Levando em consideração os aspectos relativos ao tempo e ao espaço é que se costuma adotar as expressões “*direitos humanos*” para estudo consagrado no plano internacional ou universal e “*direitos fundamentais*” no plano interno ou estatal” (GUERRA, 2013, p. 37).

Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2014, p. 17).

Analisando de maneira aprofundada o conceito dado pelo autor, Marmelstein (2014, p. 16-17) indica que há duas dimensões inerentes aos direitos fundamentais, as quais denomina de dimensão ética e dimensão normativa.

A dimensão ética está ligada à ideia desses direitos serem contramajoritários, isto é, protegerem o próprio funcionamento do sistema democrático. Ao guardarem essa característica, pode-se dizer que os direitos fundamentais visam proteger a todos, especialmente as minorias, que se encontram em uma condição de hipossuficiência social.

Com isso, vê-se que esta faceta dos direitos fundamentais se mostra intrinsecamente relacionada à ideia destes direitos poderem ser tidos como valores básicos para uma vida digna e, portanto, exercerem o papel de restringir o poder (MARMELSTEIN, 2014, p. 18). Esta restrição de poder é essencial não somente para evitar arbitrariedades no que diz respeito ao uso da força estatal, como também para que a normas criadas não legitimem restrições a direitos fundamentais.

Já a dimensão normativa mantém relação com a ideia de que apenas pode ser considerado um direito fundamental se este direito for reconhecido pelo ordenamento jurídico, o que demandaria a sua positivação. Mais ainda, essa positivação deve possuir uma força jurídica intensificada. Isso implica dizer que esse tipo de direito deve ter força supralegal, de modo que não possa ser facilmente suprimido (MARMELSTEIN, 2014, p. 17). No sistema brasileiro, esta proteção especial está presente no artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal, o qual inclui os direitos fundamentais dentro do rol das cláusulas pétreas. Ao alocá-los neste rol, foi lhes conferida posição jurídica diferenciada, de modo que caso o texto constitucional venha a ser modificado, estes direitos não sejam excluídos.

Ademais, analisando o conceito de maneira mais ampliativa, é preciso entender quais características esse conjunto de direitos devem deter para serem considerados um meio de legitimar o ordenamento jurídico. Isto é, para que esses direitos sejam considerados fundamentais no Brasil, eles devem ser dotados de três características, quais sejam: a) possuir aplicação imediata, a qual é conferida pelo art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988; b) ser cláusula pétrea, o que ocorre por força do art. 60, IV, CF.; c) possuir hierarquia constitucional, de modo que nenhuma lei infraconstitucional tenha poder de afastá-lo (MARMELSTEIN, 2014, p. 15).

No que tange esta segunda característica, surgem duas controvérsias, as quais são trabalhadas por Barroso (2018, p. 114-117). A primeira diz respeito à possibilidade ou não de existirem direitos fundamentais para além dos quais estão alocados no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Já a segunda controvérsia versa acerca da inclusão ou não dos direitos fundamentais sociais e econômicos no rol de cláusulas pétreas, uma vez que o art. 60, IV, do mesmo texto constitucional, aloca de maneira expressa apenas os direitos e garantias individuais.

De acordo com Barroso (2018, p. 117), a primeira controvérsia já foi sanada pelo Supremo Tribunal Federal em decisão da ADI 1945/MT (2021). Essa reconheceu o princípio da anterioridade da lei tributária como um direito intangível, transformando-o em cláusula pétrea e conferindo-lhe, por consequência, a proteção contra reformas constitucionais que visem a aboli-lo ou diminuir seu âmbito de proteção.

A segunda controvérsia se baseia na discussão da presença de três diferentes dimensões de direitos, os quais podem ser segmentados de acordo com sua funcionalidade. Os de primeira dimensão, por exemplo, possuem uma característica de proteção individual, os quais exigem, em certa medida, uma abstenção estatal, como o direito à liberdade (BARROSO, 2018, p. 115).

Na segunda dimensão, e, agora, delimitando o objeto do presente artigo, estariam aqueles considerados comumente como direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos. Nesse sentido, como propõe Sarlet, “podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas” (SARLET, 2018, p. 48). Desse modo, implica dizer que há uma proteção da coletividade quando há a proteção desses direitos.

Sob outra visão, Ramos (2018, p. 70) define esta classe de direitos como uma categoria de escolhas e posicionamentos jurídicos. Por meio desses, alguém pode demandar prestações ou abstenções da sociedade ou do Estado, de maneira a garantir condições mínimas de existência. Assim, pode-se dizer que estes direitos, apesar de receberem a nomenclatura de “sociais”, atuam também na esfera individual de cada um. Nesse sentido, cada pessoa individualmente considerada pode ter um direito garantido pelo Estado. Esse é o caso do direito à saúde, por exemplo.

Já na terceira dimensão, estão abrangidos os direitos transindividuais, os quais mantêm relação com grupos ou segmentos mais amplos de pessoas, como direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (RAMOS, 2018, p.70). Neste âmbito, Mendes (1997, p. 85-86), defende a interpretação restritiva das cláusulas pétreas, com o argumento de que esse tipo de norma possui natureza excepcional. Não cabendo, portanto, uma extensão do rol de direitos fora das garantias individuais. Considera-se que este seria um tipo de raciocínio perigoso, pois, ao retirar

os direitos de segunda e terceira dimensão do rol das cláusulas pétreas, se excluiria também sua característica formal de fundamentalidade perante o ordenamento jurídico. Dessa maneira, Se admitiria a possibilidade de alterá-los ou até mesmo excluí-los.

De maneira diversa, outros autores, como Barroso (2018, p. 116), entendem ser possível a utilização de um critério de interpretação mais expansivo, o qual considera a fundamentalidade material do direito. Desse modo, pode ser entendida como cláusula pétrea se esse direito protege valores especiais e necessários à dignidade humana, o que incluiria, portanto, os direitos de segunda e terceira dimensão.

Ressalta-se que esta discussão, apesar de já avançada na doutrina, até o presente momento, não passou por uma decisão ou pronunciamento oficial e unânime do Supremo Tribunal Federal. Isso reflete na dificuldade em saber se há efetivamente uma equiparação normativa entre todas as dimensões de direitos, sobretudo se explorados os tipos de normas onde eles estão alocados.

Pela clássica divisão de Silva (2007, p. 82), as normas constitucionais são divididas em três classes: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada/reduzida. Segundo o autor, na primeira categoria estão incluídas normas as quais detém o poder de produzir efeitos desde logo, pois o legislador concedeu poder normativo suficiente para que elas possuíssem eficácia plena, aplicabilidade direta, imediata e integral. Este é o caso do art. 14 da Constituição Federal de 1988, o qual versa sobre o sufrágio universal.

Na segunda categoria, apesar de também serem normas aptas a produzir efeitos, são rodeadas de certos limites, seja porque dependem de regulamentação, seja porque estão sujeitas a sofrer com algum tipo de óbice (SILVA, 2007, p. 83). Isso faz com que elas tenham aplicabilidade direta, imediata, mas não integral. A título de exemplo, esse tipo de norma se encontra no art. 5º, VII, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe sobre assistência religiosa.

Na terceira categoria, muito diferentemente das anteriores, seriam aquelas que não possuem a capacidade de produzir efeitos por si só, uma vez que carecem da normatividade necessária para tanto (SILVA, 2007, p. 82-83). Dentro desta categoria estão as normas de princípio programático (matéria ético-social), a exemplo do art. 196, do texto constitucional e as normas declaratórias de princípios organizativos (normas organizativas), a exemplo do art. 90, §2º, também da Constituição Federal de 1988.

As normas programáticas, por não terem suficiente normatividade, frequentemente são dotadas de menor atenção tanto pelo legislador, bem como pelo administrador, responsável por

formular políticas concretas⁴. Posto que um considerável número de direitos sociais e econômicos são positivados por meio deste tipo de norma aberta e com alto nível de abstração, isso gera impactos negativos em sua eficácia. É justamente neste ponto que surge, portanto, a primeira barreira da eficácia dos direitos sociais, qual seja, o tipo de norma constitucional em que são consagrados.

Ainda, outra questão que permeia a aplicação e eficácia dos direitos de segunda dimensão é a dos custos. Neste universo, alguns estudiosos defendem a existência da chamada “reserva do possível”. A teoria da reserva do possível consiste, de acordo com Krell (2002, p. 52), em uma adaptação da jurisprudência alemã, a qual entende que o direito subjetivo ao fornecimento de serviços públicos pelo Estado depende da disponibilização de recursos financeiros estatais suficientes para tanto. Ou seja, compreende-se que a prestação efetiva de um determinado direito está condicionada a limites orçamentários os quais devem necessariamente ser observados.

A primeira vez que se utilizou o termo “a reserva do possível” foi em um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o qual debatia se o Estado seria obrigado a fornecer vagas em universidades a todos os candidatos⁵. No entendimento firmado pelo Tribunal, concluiu-se que o Estado não deveria ser obrigado a fornecer as vagas, vez que o indivíduo não pode exigir acima de um certo limite básico social. (KRELL, 2002, p. 52). Nota-se que a partir desta teoria se reconhece a presença de um obstáculo financeiro, o qual justificaria o não fornecimento de determinado direito, justamente por não ser razoável ao indivíduo exigi-la.

No Brasil, a defesa da utilização da reserva do possível é feita por estudiosos como Sarlet e Figueiredo (2008, p. 30), que entendem a sua aplicação como algo que possa ser benéfico no que diz respeito a eficácia de direitos fundamentais:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação - desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais - da

⁴ Vale lembrar que as políticas concretas, também chamadas de políticas públicas, podem ser consideradas, um dos mais importantes instrumentos de intervenção estatal na distribuição de recursos estatais (CASALINO, 2021, p. 632). Deste modo, sem mecanismos normativos suficientes que regulamentem a sua criação e aplicação, menores são as chances de distribuir de maneira mais equânime os recursos.

⁵O caso debatido tem como identificação: BVerfGE nº 33, S 303. BVerfge é uma abreviação para *Bundesverfassungsgerichts*, o qual, em sua tradução, significa: Tribunal Constitucional Federal. Decisão pode ser encontrada na obra Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de Jurgen Schwabe, p. 656.

indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 30)

Como pode ser notado, para os autores, a utilização da reserva do possível, se feita com cautela, poderá servir como um meio de proteção da essência de todos os direitos fundamentais, sem que nenhum deles seja descartado.

Contudo, conforme dita Andreas Joachim Krell (2002), é questionável a aplicação desta teoria ao Brasil, sobretudo porque “os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia” (KRELL, 2002, p. 53). Assim, é necessário ressaltar que devido a muitos direitos sociais possuírem um caráter eminentemente prestacional e, portanto, exigirem recursos para serem empregados, a má utilização da reserva do possível tende a fortificar barreiras para sua aplicação.

Isso é justamente o que já ocorreu em determinados casos já anteriormente julgados pelos Tribunais Superiores brasileiros, como, por exemplo, a IF 3773 RS. Nela, o STF decidiu que o não pagamento de precatórios pelo Estado não configura atuação dolosa, vez que devem ser garantidas a eficácia a outras normas de caráter constitucional, tais como a manutenção da continuidade dos serviços públicos. Importante pontuar que este julgado prioriza o argumento da reserva do possível e deixa de lado o pagamento dos precatórios, os quais muitas vezes constituem verba de caráter alimentar.

No mais, cabe dizer que a limitação financeira pode ser agravada a partir das escolhas políticas realizadas pelos governantes e não simplesmente como uma consequência natural da arrecadação insuficiente de receitas. Isto pois todos os direitos, independentemente da sua natureza, possuem um custo para o Estado (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 116).

Nessa perspectiva, é possível concluir que a desatenção aos direitos fundamentais de segunda dimensão tende a ocorrer, muitas vezes, de forma proposital, pois ambas dependem de explícita deliberação política⁶.

Assim, como fora apresentado neste tópico, atualmente há no Brasil duas grandes barreiras que dificultam a eficácia dos direitos sociais, quais sejam, a normativa e a financeira, ambas

⁶ Neste âmbito, ressalta-se que qualquer tipo de decisão política, até mesmo uma que acarrete a omissão, representa uma escolha nítida no sentido de regular ou não as forças de distribuição que decorrem da economia de mercado. Ou seja, infere-se que nenhum tipo de política pública ou tomada de decisão pode ser considerada como neutra (CASALINO, 2021, p. 633).

dependentes da deliberação política dos governantes. Se a deliberação política for desfavorável, a concessão de um direito social tende a ficar condicionada a decisões a serem dadas pelo Poder Judiciário.

Observando a problemática de maneira ampliativa, nota-se, como resultado deste alheamento aos direitos sociais, a possibilidade até mesmo de se alimentar a desestabilização do sistema democrático:

Contemporaneamente, os direitos sociais básicos, uma vez desatendidos, se tornam os grandes desestabilizadores das Constituições. Tal acontece sobretudo nos países de economia frágil, sempre em crise. Volvidos para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da ordem social, esses direitos se inserem numa esfera de luta, controvérsia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime. Alojados na própria Constituição concorrem materialmente para fazê-la dinâmica, sujeitando-a ao mesmo passo a graves e periódicas crises de instabilidade, que afetam o Estado, o governo, a cidadania e as instituições. (BONAVIDES, 2011, p. 380).

Diante da tamanha proporção que a desatenção aos direitos de segunda dimensão pode tomar, há uma urgência em repensar novos modos de ampliar a eficácia desta classe de direitos, sem que os demais tenham sua eficácia reduzida. Para tanto, é necessário adentrar as formas de entender, bem como concretizar, a justiça dentro do Estado Social.

2. As correntes da justiça na obra de Michael Sandel

Com o objetivo de tentar construir sua própria concepção do que seria necessário para o alcance da justiça, Michael Joseph Sandel (2015) discute em sua obra, “Justiça: o que é fazer a coisa certa”, três ideais: maximização do bem-estar, respeito à liberdade e virtude.

Sandel (2015, p. 14) argumenta que as ideias mais antigas de justiça estão geralmente ligadas à virtude. Já as correntes mais contemporâneas se ligam à liberdade. Dessa forma, é possível inferir que o histórico das ideias de justiça se relaciona com o tipo de modelo político e/ou econômico que prevalecia no momento. A título de exemplo, as ideias baseadas na virtude justificam o modelo de governo aristocrata que prevalecia na Grécia Antiga. Já as ideias baseadas em ideais libertários auxiliaram a fortalecer o modelo capitalista.

Tecida essa consideração, parte-se para o estudo e discussão de cada uma das três correntes da justiça debatidas por Sandel (2015). A primeira é a do utilitarismo. Para Bentham (1979, p. 03), principal autor defensor desta corrente, há dois elementos soberanos presentes na natureza: o prazer e a dor, ambos responsáveis por estipular o que será feito na vida real. Partindo deste pressuposto, Bentham (1979, p. 04) fixa o princípio da utilidade, entendido como aquele que possui o poder de alargar ou reduzir a alegria de quem está com seus interesses em discussão. Ou seja, produz efeitos no aumento ou redução da felicidade.

Aplicando esta lógica sob o ponto de vista estatal, o legislador deve ter como principal objetivo ampliar os prazeres e dificultar as dores. Já a missão dos que governam seria proporcionar a felicidade num âmbito geral (BENTHAM, 1979, p. 16-19). Nesse sentido, realizar justiça seria promover a maximização do bem-estar da sociedade, vista como um só corpo.

Contudo, imaginar o bem de muitos pode ser custoso para aqueles que não se enquadram dentro do grupo que é favorecido. Para ilustrar tal situação, Sandel (2015, p. 42-43) aborda o conto “*The Ones Who Walk Away from Omelas*”, ou “Aqueles que Abandonaram Omelas”, em tradução livre, de Ursula Guin (2000). A história trata de uma cidade chamada Omelas, na qual todos os habitantes são felizes, com exceção de uma criança que habita em um porão. Essa criança é infeliz e mal-nutrida. Porém, se for retirada desse local e receber um bom tratamento, todo o encanto daquela cidade acabará.

A partir deste conto, é possível visualizar que a concepção de justiça utilitarista tende a ser extremamente cruel por poder privar determinados indivíduos de direitos básicos. Violando estes direitos, ela se torna contrária às atuais noções de dignidade da pessoa humana, sendo esta entendida como:

[...] qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente. (SARLET, 2011, p. 23).

Dessa maneira, ofendendo a dignidade, fere-se, por consequência, a eficácia de muitos outros direitos fundamentais individuais, como a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, direitos estes considerados invioláveis pela Constituição Federal de 1988. Ao serem violados, dificulta-se igualmente a ampliação da eficácia de outros direitos, como os sociais e

econômicos. Por esta razão, entende-se que este tipo de abordagem da justiça seria prejudicial para um Estado Democrático de Direito.

Já a segunda corrente discutida por Sandel (2015), a libertária, possui uma lógica bem diferente da anterior. Para os teóricos que a defendem, como Hayek (1983), não seria possível separar a democracia da liberdade e do debate. Nesse âmbito, para a democracia ser mantida viva, é preciso que haja a adoção de uma concepção do que é justo e isto não ocorre a partir necessariamente da opinião do povo acerca de determinadas questões (HAYEK, 1983, p. 134). A partir desta perspectiva, depreende-se que a justiça pode estar dissociada do entendimento popular, logrando ser encontrada a partir da maneira com que o Estado se organiza.

De maneira exemplificativa, Hayek (1983, p. 134) faz um comparativo entre os países no Pós Guerra. O autor argumenta que sociedades ricas se estagnaram devido a utilização de uma política que visasse a igualdade. Por outro lado, países pobres, mas que tinham grande nível de competitividade, acabaram por se tornar progressistas. Deste modo, nota-se na defesa de sua argumentação que o alcance da justiça pode vir dissociado da igualdade, vez que a desigualdade social não é vista como um fator que prejudique o alcance da justiça e do progresso.

Já para outro teórico da corrente libertária, Nozick (1974), a justiça não requer, para seu funcionamento, um Estado mais amplo que o Estado Mínimo: “O Estado Mínimo é o mais extenso que se pode justificar. Qualquer outro mais ampla viola direitos da pessoa” (NOZICK, 1974, p. 171). A partir deste ponto de vista nota-se que há uma supremacia no que diz respeito à liberdade e garantias individuais. Mais do que isso, pode-se dizer que o alcance da justiça seria sinônimo de respeito às liberdades e direitos individuais. Assim, embora haja discordância acerca de quais seriam os direitos a serem considerados mais importantes, há uma alta valorização da proteção dos direitos (SANDEL, 2015, p. 22).

Ademais, para esta linha de pensamento, o indivíduo deve ser livre para realizar todas as suas escolhas, especialmente as que dizem respeito a seu próprio corpo (SANDEL, 2015, p. 71). Por este ângulo, intervenções estatais não podem ultrapassar determinados limites, como interferir na estrutura física e autonomia das pessoas.

Nesse contexto estão as discussões que permeiam, por exemplo, as “*bodyarts*” ou “artes do corpo”, práticas de suspensão por “*piercings*”, atingindo até mesmo a possibilidade de ser amputado por vontade própria⁷. Se analisadas pela perspectiva libertária, essas hipóteses deveriam

⁷Essas possibilidades de discussão acerca da autonomia da vontade são profundamente discutidas na obra de Anderson Schreiber, que analisa casuisticamente algumas formas de regulação acerca do próprio corpo do indivíduo, como o caso da amputação voluntária, também chamada de “*amputees by choice*” (2013, p. 35-45)

ser amplamente permitidas, uma vez que ao Estado não cabe formular leis que enfraqueçam as faculdades dos indivíduos.

Dando continuidade à discussão, Sandel traz também algumas situações por meio das quais se poderiam visualizar a aplicação desta concepção da justiça. Uma delas é a implementação de taxas para os ricos, de modo que haja redistribuição de riquezas. Para os libertários, taxar as pessoas sem seu consentimento pode ser considerado até mesmo um meio de roubo (SANDEL, 2015, p. 62). Isto porque se estaria criando uma compulsoriedade. Não se estaria conferindo às pessoas o poder de escolha para que fruam dos ganhos e lucros os quais decorreram de seu trabalho. Muito pelo contrário, se estaria criando a obrigatoriedade de contribuir para o Estado, pelo simples fato de terem uma renda elevada. Isto afasta o princípio da autodeterminação, pois não seria dada a chance para as pessoas tomarem atitudes totalmente autônomas acerca de como usar seus ganhos.

Seguindo esta linha, Sandel (2015, p. 65) cria uma situação hipotética, a qual envolve a taxação das riquezas do famoso jogador norte-americano de basquete, Michael Jordan. Caso o jogador tenha lutado contra a aprovação de uma lei para implementar novos impostos para os ricos, seria justo ele ter que cumpri-la apenas por conviver em um sistema democrático? A simples convivência em sociedade como cidadão, pode forçar o indivíduo a abrir mão de riquezas para entregá-las à maioria?

Para os libertários, como Nozick (1974) e Hayek (1983), a resposta para ambas as perguntas seria negativa. Esta corrente, portanto, apesar de proteger os direitos fundamentais individuais, facilmente incentiva o afastamento das classes sociais e a acumulação de riquezas. Por consequência, se enfraquece o conceito de cidadania, tendendo a uma redução na aplicação de políticas de seguridade social, igualmente importantes para o bem-estar e desenvolvimento da população.

Assim, necessário partir do ponto de que na contemporaneidade o Estado Social detém o papel de produzir a igualdade fática, provendo, se necessário, os meios para tanto (BONAVIDES, 2011, p. 378). Dessa forma, reduzir o seu papel potencializaria a promoção de desigualdades, pois os que mais dependem da atuação estatal são os que menos detêm riquezas.

Isso faz com que a corrente libertária, apesar de poder ser benéfica para a defesa de direitos individuais, se afaste da concretização de outros direitos que fortificam a coletividade, como os sociais e transindividuais. Portanto, não seria a melhor via para ampliar a eficácia dos direitos fundamentais como um todo.

Por fim, a última corrente da justiça discutida por Sandel (2015, p. 180-200) a qual ele se manifesta adepto, enxerga a justiça associada à virtude. Esta corrente é teorizada por Aristóteles (1998), e entende que a justiça não deve ser compreendida como neutra. Pelo contrário, ele considera que debates acerca da justiça envolvem, necessariamente, discussões sobre virtude, honra e natureza de uma boa vida. À vista disso, um Estado justo, para o filósofo, seria, sob um aspecto político, sinônimo de: “aquele que tem por base a igualdade proporcional com relação ao mérito e a vontade geral de dar a cada qual o que lhe é devido”. (ARISTÓTELES, 1998, p. 150).

Segundo Sandel (2015, p. 184), a forma de raciocínio de Aristóteles (1998) acaba sendo uma espécie de raciocínio teleológico, pois o filósofo acredita que, para ocorrer a justa distribuição de um determinado bem, é preciso encontrar um propósito para tal. Exemplificativamente, se observarmos um instrumento cirúrgico, como o bisturi, o propósito para distribuir esse bem deve se basear na excelência dos cirurgiões. Os mais habilidosos devem utilizá-lo. Fornecer o instrumento para aqueles que nem sequer possuem a sabedoria e tampouco a habilidade em operações cirúrgicas, não seria justo.

Encontrado o propósito, ainda é preciso um elemento indispensável para executá-lo: a política. Para Aristóteles (1998) a finalidade da política, ao contrário de criar apenas um sistema neutro de direitos, seria constituir cidadãos adequadamente, bem como semear o bom caráter. Nesse sentido, o autor faz uma analogia dos cidadãos aos marinheiros. Ele argumenta que, não obstante cada um dos marinheiros de um navio exercerem atividades diferentes, as quais possuem uma virtude particular, todos eles possuem uma virtude comum, uma vez que todos possuem como meta principal proteger a navegação. De igual lado, os cidadãos, apesar de cada um ocupar diferentes funções na comunidade, todos trabalham para que sua comunidade e Estado sejam preservados. Seria em relação a este interesse que a virtude do cidadão deveria estar relacionada (ARISTÓTELES, 1998, p. 35).

Em síntese, para alcançar este modelo que propõe Aristóteles (1998), é preciso cultivar a virtude cívica, por meio da qual aconteceria a partir do empenho de todos em desenvolver hábitos que floresçam a cidadania (SANDEL, 2015, p. 192). Apesar disso, ressalta-se que esta corrente também é passível de críticas.

Sob essa perspectiva, determinar quem merece o quê, pode se tornar muito difícil na prática, dado que essa determinação pode resultar em uma prática pouco inclusiva. Este seria o caso de um indivíduo o qual possui virtudes para atuar na política, mas também carrega consigo ideias radicais. Essas ideias, então, podem levá-lo ao cultivo do fanatismo e de preconceitos,

ambos prejudiciais para o exercício do sistema democrático. Assim, infere-se que a aplicação desta corrente pode não ser benéfica para a democracia se aplicada a casos extremos.

3. Michael Sandel e uma nova concepção de justiça: a política do bem comum

Apresentadas as três principais correntes da justiça que percorreram a história da humanidade, bem como suas falhas, parte-se para análise de uma nova proposta de justiça que deriva também da virtude, a de Sandel (2015).

Para o autor, a justiça “não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas” (SANDEL, 2015, p. 252). Com isso, entende-se que, para além do cultivo da virtude, também é necessária uma adequação do discurso, de modo a promover o bem a todos. Dessa forma, Sandel (2015) acredita que a aproximação da ideia de justiça exige a criação de uma política do bem comum. Esta política seria composta de quatro elementos essenciais.

O primeiro deles seria o cultivo da virtude cívica. Esse cultivo viria por meio da preocupação com o conjunto, o todo. Para tanto, seria preciso afastar ideais os quais remetem a uma vida boa, mas que conjuntamente se ligam ao egoísmo.

Um exemplo de cultivo da virtude cívica para o autor seria a implementação do ensino cívico dentro das escolas. Esse ensino seria implementado por meio da convivência de estudantes das mais diversas classes sociais e credos (SANDEL, 2015, p. 253-254). A partir dessa ideia de convivência diária com a diversidade, cresceria a noção de solidariedade entre os seres humanos com maior facilidade, fortalecendo-se a ideia de cidadania.

Considera-se que essa nova proposta de Sandel (2015), qual seja, a de pensar institucionalmente a formação dos alunos, tende a ser um caminho de maior inclusão. Isso porque esse modelo, além de distribuir igualmente o mesmo ensino, impulsiona o diálogo. Além disso, conforme pontua o autor, uma vez que os mais ricos estariam inseridos neste modelo, os serviços públicos tenderiam a receber maiores investimentos e os professores, maiores salários, o que beneficiaria a qualidade do ensino.

O exemplo da educação utilizado por Sandel consiste em um tema que hoje no Brasil vem sendo muitas vezes objeto de judicialização, em prol de que lhe seja conferida eficácia. Como mapeado por Wang (2008, p. 14), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito

do tema da educação se construiu a partir de ações, que no seu todo eram de origem do Ministério Público, no exercício de sua atribuição de proteger o direito dos menores. Estas ações, como analisado pelo autor, possuíam como foco o compromisso dos entes municipais em colocar à disposição o atendimento a crianças e adolescentes, conferindo-lhes acesso a creches e pré-escolas.

Já na última década, como identificado por Scaff e Pinto (2016, p. 450) em estudo mais recente, houve um aumento no número de ações judiciais que visavam a efetivação da educação básica, especialmente devido a motivos como: a) alterações na lei que contribuíram no aumento da garantia do direito à educação; b) no crescimento do papel do Poder Judiciário em atuar na área de políticas públicas.

Contudo, conforme analisado pelos autores (SCAFF, PINTO, 2016, p. 443-444), apesar de haver unanimidade da Corte do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a educação como direito fundamental social, todas as demandas que foram apreciadas se referiam a pleitos individuais. Ou, ainda que não o fossem, consistiam em ações judiciais em que os seus autores pudessem ser devidamente individualizados.

Desta forma, pode-se dizer o desafio atual no Brasil encontra-se para além do reconhecimento individual do acesso à educação por meio do Poder Judiciário. É preciso, de modo a ampliar a sua eficácia, pensá-lo de maneira coletiva. O mesmo é válido para demais direitos sociais prestacionais sujeitos a forte judicialização, tal como o direito a saúde.

Desse modo, a proposta de Sandel (2015), de um novo modelo no qual não se precise pensar na utilização do Poder Judiciário como meio de coerção e de prover eficácia a um direito fundamental social pode surgir como uma nova via, que facilita seu acesso mais amplo.

De maneira a ilustrar o funcionamento do ensino cívico, toma-se como exemplo a experiência de Portugal. Em 18 de janeiro de 2001 foi emitido em Portugal um Decreto (Decreto-Lei nº6), o qual fora responsável por integrar no currículo escolar a área de Formação Cívica. Essa área, conforme dispunha o Decreto, visava o desenvolvimento de uma consciência cívica aos alunos. Em pesquisa empírica, Maria Adelaide Pereira (2010) demonstrou as benesses da aplicação deste tipo de ensino aos alunos:

Os resultados positivos obtidos no estudo confirmam o exposto no Decreto-Lei nº6/2001, alínea c) do ponto 3, art. 5º, que define a área de Formação Cívica, como “espaço privilegiado para o desenvolvimento da educação para a cidadania, visando o desenvolvimento da consciência cívica dos alunos (...)”, isto é, a área de Formação

Cívica como espaço privilegiado para a análise, reflexão e discussão das situações com vista à resolução ou prevenção de problemas surgidos na turma. Assim, e no estudo a professora-investigadora, seguiu a proposta de Praia (2001) ao criar experiências educativas que se desenrolem numa atmosfera de questionabilidade levando professor e alunos, a tomar consciência de si próprio, potencializando assim, as suas capacidades para o entendimento e a ação. (PEREIRA, 2010, p. 83)

Vê-se, desta forma, que o primeiro elemento que compõe o ideal de justiça de Sandel, possui aplicabilidade prática positiva, vez que é capaz de trazer maior pensamento crítico tanto aos alunos, bem como aos professores.

Já o segundo elemento essencial para a política do bem comum seria a implementação de limites morais sobre o mercado. Acerca disso, Sandel (2015, p. 255) expõe que essa é uma questão a qual deve ser colocada a debate público, uma vez que os mercados podem ser benéficos para a desenvoltura de atividades de maneira produtiva. Contudo, quanto a este ponto, o autor faz uma ressalva. Ele defende que instaurar limites apenas funcionaria se o debate público for capaz de construir uma regulação perante o mercado, e não o contrário.

Esse elemento da política do bem comum é mais bem trabalhado em sua obra “O Que O Dinheiro Não Compra: Os Limites Morais Do Mercado”. Neste trabalho, Sandel (2016, p. 222-223) defende que a única forma de colocar limites ao mercado seria discutir de maneira pública e aberta o conceito dos bens e práticas que damos valor socialmente. Ou seja, é preciso debater o que é valorado, de maneira a criar a regulação adequada sobre o mercado. Limitar os malefícios que o mercado pode causar tende a ser um modo de evitar um aumento na exclusão social.

No mais, Sandel (2016, p. 223) aponta que, conforme a quantidade de coisas que o dinheiro é capaz de comprar aumenta, menor será o número de chances para pessoas de diferentes classes sociais se encontrarem. Desta forma, o debate público deve evitar que esse tipo de cenário seja ampliado.

No Brasil, um exemplo de funcionamento benéfico do debate público para regular o mercado aconteceu na discussão da ADI 1.946/DF, julgada em 2003, a qual debateu uma situação de discriminação indireta no mercado de trabalho. Nessa ação, o ponto de controvérsia versou sobre quem deveria pagar os benefícios da licença maternidade caso a trabalhadora mulher recebesse um salário superior a R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais). Neste caso, se fosse decidido que caberia ao empregador, a decisão teria um efeito discriminatório, pois iria desestimular a contratação de mulheres pelas empresas (RAMOS, 2014, p. 434).

Porém, a tese firmada na ação supramencionada foi no sentido de que cabe à Previdência Social suportar o encargo previdenciário, isso porque não se pode aumentar a discriminação já presente no mundo fático (ADI nº 1.946. Julgamento em Plenário. Relator Ministro Sydney Sanches. Julgamento em 03 de abril de 2003).

Portanto, no caso acima apresentado, a Corte do Supremo Tribunal Federal foi responsável por estabelecer limites para a regulamentação do mercado, restando benefícios a sociedade. Entretanto, nota-se mais uma vez que as decisões que permeiam o debate político acabam por desaguar no Poder Judiciário, ficando este responsável por solucionar conflitos que se originaram de debates sociais.

Acredita-se que Sandel (2015), ao propor o elemento do debate para regulação dos mercados, visa uma maior participação democrática no processo, não devendo as questões serem tratadas de forma individual e sob o arbítrio de poucos julgadores.

Deste modo, as ideias trazidas pelo autor visam resgatar o debate político acerca dos valores dos bens, de modo a analisar de qual maneira eles são responsáveis por afastar pessoas de diferentes classes sociais. Trazer o debate social acerca dos bens e dos limites do mercado faria com que se pudesse construir um novo meio de ultrapassar a barreira de convivência consolidada e alimentada pelo sistema capitalista. O aumento do debate público, por exemplo, poderia se iniciar dentro do ensino cívico, expandindo-se para o campo político, o que poderia beneficiar a todos.

O terceiro elemento da política do bem comum seria a redução da desigualdade. Fato é que a desigualdade gera diversos prejuízos, tanto fiscais, como cívicos. Com ela, se degradam os serviços públicos e, por consequência, os ricos se afastam deste ambiente, dificultando a criação do hábito de uma cidadania democrática (SANDEL, 2015, p. 256).

Diante disso, Sandel (2015) acredita que apenas a distribuição justa de renda não é suficiente para superar a desigualdade, vez que esse tipo de raciocínio não cria mobilização suficiente para sensibilizar os cidadãos acerca do problema. Sob este pretexto, o autor expõe que a chave seria o fortalecimento do uso do espaço público:

Uma política do bem comum teria como um de seus principais objetivos a reconstrução da infraestrutura da vida cívica. Em vez de se voltar para a redistribuição de renda no intuito de ampliar o acesso ao consumo privado, ela cobraria impostos aos mais ricos para reconstruir as instituições e os serviços públicos, para que ricos e pobres pudessem usufruir deles igualmente. (SANDEL, 2015, p. 256)

Em suma, a finalidade da política do bem comum seria o compartilhamento igualitário do espaço público. Sobrevindo isso, haverá uma mobilização para resolver o problema da desigualdade. Nota-se, portanto, que Sandel (2015) defende o fortalecimento estatal. Maximizar os serviços públicos seria uma forma de aproximar as classes, na medida em que todos estariam frequentando os mesmos espaços.

Desta forma, nota-se que a política do bem comum, ao prezar pelo fortalecimento do convívio entre as classes no espaço público poderia, a longo prazo, ser utilizada como alternativa a diversos problemas hoje tratados individualmente no Poder Judiciário, vez que se estaria criando consciência acerca da necessidade de compartilhamento.

Em outras palavras, ampliando a utilização do espaço público de maneira igualitária, bem como fortalecendo os serviços públicos, se estaria criando um ambiente com propensão a redução de conflitos sociais acerca de sua frequência. Como consequência, poderia haver outros benefícios, tais como a redução na taxa de crimes, atração de investimentos e melhora na saúde pública. Isso, além de auxiliar na redução da sobrecarga ao Judiciário, por consequência, ampliaria a eficácia dos direitos sociais.

Por fim, o último elemento da política do bem comum seria a criação do comprometimento moral. Sandel (2015) argumenta que, por muito tempo, não foram postas para o debate as convicções morais e religiosas, o que significa reprimir as diferenças e não as superar. Diante disso, o autor acredita que o caminho mais saudável seria a dedicação mais direta a estes assuntos. Somente com o aprendizado, o qual derivaria do debate, seria possível criar uma estrutura para uma sociedade mais justa.

De fato, o debate pode gerar bons resultados. Contudo, ressalta-se que esta tarefa só poderá ser executada se antes seja cultivada a tolerância e a promoção do conhecimento dentro das instituições estatais, como as escolas. Por isso mais cita-se mais uma vez a importância da desenvoltura do ensino cívico.

Um exemplo dessa discussão entre ensino e religião foi tema da ADI 5.256/MS debatida no STF e julgada em 2021, a qual teve como Relatora a Ministra Carmén Lúcia. A decisão foi responsável por firmar a tese de que são inconstitucionais os dispositivos de legislação estatal responsáveis por tornar obrigatória a presença de Bíblias pagas pelos cofres públicos nas instituições da rede de ensino público. O fundamento da decisão foi baseado no princípio da isonomia e da liberdade de religião e demonstra a importância da garantia dos direitos

fundamentais individuais como forma de não discriminação no momento de fornecimento de um direito social. Aqui, no caso, a educação.

Ademais, ao observar a decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal sob o prisma da obra de Sandel (2015), pode-se dizer que o debate acerca da religião deveria ser feito de modo diverso e mais amplo. Nesse diapasão, não bastaria apenas evitar a imposição de uma religião. Deve-se, por meio da inclusão do debate da religião no sistema de ensino regular, criar um ambiente de fortalecimento mútuo da convivência entre as crenças, fortalecendo o ambiente social e, por consequência, ampliando direitos de segunda e terceira dimensão.

Apresentados todos os elementos os quais compõem a política do bem comum, nota-se que, ao longo de sua obra Sandel (2015), defende uma reestruturação social. Nessa reestruturação, de todos os elementos presentes, o autor traz como propostas mais concretas a implementação do ensino cívico, o aumento do compartilhamento do espaço público, bem como a fortificação dos serviços públicos.

Atendida esta fortificação dos serviços, por exemplo, seria possível desenvolver ideias de solidariedade, estando justificadas práticas como a cobrança de impostos dos mais abastados. Seus impostos seriam coletados com intuito de serem revertidos a todos, inclusive para eles mesmos, uma vez que toda a população se beneficiaria dos serviços fornecidos pelo Estado. Neste âmbito, a existência do Direito, ao invés de simplesmente ter o intuito de manter a paz social, poderia ser vista como uma forma de promoção da aspiração de correção, como propõe Alexy (2015, p. 15).

Mais além, é possível enxergar que neste modelo trazido por Sandel (2015) os direitos fundamentais sociais se enquadram como peça indispensável para reforçar o cultivo da virtude cívica. Exemplificativamente, valorizar o fornecimento de segurança pública, por meio do reforço do treinamento de agentes, pode reduzir os casos de uso abusivo da força policial. Subsidiar o acesso a museus e passeios culturais, tem o potencial de cultivar o lazer e, por consequência, o próprio desenvolvimento pessoal dos indivíduos. Desse modo, maximizar o acesso aos serviços públicos, não deixando que a aplicação dos direitos sociais esteja condicionada ao tipo de norma que eles se encontram, pode ser um grande passo para ampliar sua eficácia.

Assim sendo, estando todos da sociedade submetidos à utilização dos mesmos serviços estatais, como propõe política do bem comum, o seu modelo de justiça, dentre todos os outros trazidos, é o que mais se aproxima da igualdade fática, tendo um grande potencial de ampliar direitos fundamentais.

Porém, destaca-se que, para que este modelo proposto por Sandel (2015) funcione, seria também preciso pensar acerca de uma variável que não discute em sua teoria e que afetam a eficácia dos direitos sociais: os custos sociais que seriam gerados a partir da maximização dos serviços públicos. Essa variável precisa ser inserida, uma vez que a eficácia de diversos direitos sociais é altamente condicionada à utilização de recursos financeiros estatais.

Acerca desse ponto, entende-se que seria preciso ter transparência acerca dos gastos governamentais, de modo que eles sejam distribuídos de uma maneira justa. Mais do que isso, os gastos devem passar por uma supervisão da população, como defendem Stephen Holmes e Cass Robert Sunstein (2019):

Numa democracia, os gastos coletivos devem ser objeto de uma supervisão coletiva. Uma vez que a imposição de direitos básicos pressupõe o dispêndio de dinheiro público, que é escasso por definição, o público tem o direito de saber se esse dispêndio está valendo a pena, ou seja, se os benefícios recebidos são mais ou menos equivalentes aos gastos incorridos. Na medida em que é custeada pela comunidade, uma determinada constelação de direitos deve ser justificada perante essa mesma comunidade, com salvaguardas apropriadas para os membros de grupos minoritários. Não basta que a relação custo-benefício seja positiva; também é preciso que ela seja percebida como tal. (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 218)

Em face disso, além dos elementos já apresentados por Sandel (2015), defende-se que seria também necessário haver uma maior participação democrática nas decisões orçamentárias. Isso porque inserir a colaboração da população nesse tipo de tomada de decisão também pode ser uma forma de fortalecer o cultivo da virtude cívica.

Diante do exposto, pode-se dizer que condicionar a eficácia e aplicabilidade de direitos sociais presentes na Constituição Federal de 1988 ao Poder Judiciário como vem sendo visto na prática dos últimos anos, pode ser uma prática amplamente arriscada. Primeiro, porque as decisões tendem a ser dadas apenas a alguns indivíduos, não ampliando os direitos de segunda dimensão em si. Segundo, porque as decisões judiciais funcionam como um remédio, por vezes, tardio. Isto pois é necessário que haja o descumprimento do direito para seu acionamento, o que, sob uma perspectiva social, não é benéfico.

Por esta razão, reforça-se que a concepção de justiça defendida por Sandel (2015) deva ser mais amplamente discutida, vez que a aplicação prática dos elementos da política do bem comum

tem o potencial de alcançar diversos benefícios a sociedade, conforme os exemplos abordados neste tópico.

4. Considerações finais

Diante do que foi discutido, notou-se, de início, uma grande complexidade para definir o conceito e o que pode ser considerado um direito fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro. A falta de um consenso terminológico que permeia textos normativos, bem como a abertura do texto constitucional, fazem com que se encontre uma dificuldade em entender com precisão quais direitos podem ser dotados de uma normatividade mais elevada.

De maneira ainda mais aprofundada, se adentradas as categorias de direitos fundamentais, comumente segmentadas em dimensões, ainda é possível se deparar com correntes que entendem que os direitos de segunda dimensão, uma vez que não se enquadram dentro da regra do art. 60, IV, da Constituição Federal de 1988, não podem ser assim considerados. Com isso, ao não se saber ao certo se todos os direitos fundamentais possuem a mesma normatividade, pode-se estar criando uma espécie de hierarquização de direitos, a partir da qual se desfavorece os direitos de segunda dimensão.

Além disso, também chama a atenção o tipo de norma em que cada direito foi consagrado. Não raras vezes os direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos são dispostos em forma de normas programáticas. A partir disso, é possível induzir que o próprio sistema do Estado Social os garantiu, mas não criou mecanismos os quais fossem suficientes para equiparar sua eficácia aos direitos e garantias individuais.

Como resultado, há uma grande incerteza quanto à força normativa dos direitos sociais, bem como em relação à intenção do Estado Social em aplicá-los, sobretudo se observada a controversa questão dos gastos que a aplicação destes direitos gera. Todos esses limites impactam diretamente o alcance de alguns ideais, sendo um deles o alcance da igualdade e da justiça.

Ao serem discutidas as correntes de justiça, foi possível perceber que algumas delas, ao prezarem pelo bem de maioria, acabavam por privar alguns de sua dignidade, como é o caso da teoria utilitarista. No outro extremo, ao se defender indistintamente a defesa da liberdade, igualmente se acabava prejudicando o exercício de muitos direitos sociais, uma vez que a defesa

de sua aplicação voluntária não seria suficiente. Já com relação às ideias de justiça que se baseiam na virtude, há que se estar atento para que seu exercício não se torne autoritário ou abusivo.

Especialmente no que diz respeito à ideia de Sandel (2015), foi possível notar que sua teoria, a qual preza por desenvolver a política do bem comum, traz quatro diferentes elementos, quais sejam: cultivo da virtude cívica, implementação de limites morais sobre o mercado, redução da desigualdade e criação de comprometimento moral.

A partir da observância de todos os elementos, extrai-se que Sandel (2015) defende uma ideia de justiça baseada no fortalecimento do cultivo da virtude cívica. Este fortalecimento, na ideia no autor, viria por meio da aplicação de algumas práticas: a) resgate do diálogo e da convivência entre pessoas de diferentes classes sociais e crenças; b) ampliação dos serviços públicos; c) implementação de um modelo de ensino cívico, o qual potencialmente auxiliaria na construção de todos os demais pilares.

Assim, defende-se que as ideias de Sandel (2015) não devam ser vistas tão somente como um norte principiológico, mas sim como um caminho prático de ampliação de direitos. Isto pois alguns de seus elementos já chegaram a ser implementados isoladamente em outros países e geraram resultados positivos, como é o caso do ensino cívico.

Desta forma, apesar de se reconhecer que sua teoria apresentar incompletudes, vez que ela não aborda acerca dos custos que a incrementação dos serviços públicos pode gerar, é possível dizer que se está diante de um novo modelo prático de tentar alcançar a justiça e igualdade fática. Conforme os exemplos dados, atualmente no Brasil o Poder Judiciário vem sendo responsável por resolver os mais diversos tipos de conflitos sociais de maneira individualizada e tardia, o que, por sua vez, vem sendo insuficiente para conferir a devida eficácia aos direitos de segunda dimensão.

Portanto, é preciso reconhecer que dentre todas as ideias de justiça que Sandel discute em sua obra, a sua teoria, apesar de não ser completa, pode ser considerada um ponto de partida em direção a novas maneiras de reduzir o problema da eficácia dos direitos sociais no Brasil. Comprovando-se, deste modo, a hipótese levantada para realização deste estudo. Isto pois sua proposta defende que os serviços públicos sejam necessariamente custeados e utilizados por todos. Isso promoveria um maior diálogo entre pessoas de diferentes classes econômicas e tenderia a incentivar investimentos em direitos de segunda dimensão, como educação, segurança, saúde e lazer.

Destaca-se, por fim, que o presente artigo não visou esgotar a discussão sobre o conceito de direitos fundamentais e tampouco encerra as construções e reflexões que podem ser feitas a

partir da obra de Sandel (2015). Muito pelo contrário, considera-se as discussões aqui trazidas tenham demonstrado que, a partir do resgate do pensamento da justiça baseada na virtude, é possível possa rever o modo como vem se conferindo eficácia aos direitos fundamentais de segunda dimensão no Brasil. Em conclusão, espera-se que as ideias aqui apresentadas não sejam vistas como um roteiro pronto de aplicação, mas sim como o início da construção de novos rumos para ampliar o exercício de direitos já garantidos constitucionalmente.

Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Org. e trad. de Luís Afonso Heck. 4 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ARISTÓTELES. *A política*. Edição bilingue. Tradução de Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. 1. ed. Belo Horizonte. Editora Vega, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CASALINO, Vinícius Gomes. Economia de mercado e políticas públicas: elementos de epistemologia à luz da obra de Theodore J. Lowi, *Revista de Direito Público*, Brasília, vol. 18, n. 98, 615-644, mar./abr. 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4723/0>. Acesso em 04 mar. 2022.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAYEK. Friedrich August Von. *Os fundamentos da Liberdade*. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. 1.ed. Goiânia: Editora Visão, 1983

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

LE GUIN, Ursula Kroeber. “The Ones Who Walked Away from Omelas”, em Richard Bausch, ed., Norton Anthology of Short Fiction (Nova York, W. W. Norton, 2000).

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. 1 ed. Rio de Janeiro, 1974.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Limites da Revisão Constitucional. *In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais*, ano 5, n. 21, out. – dez, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Maria Adelaide Valério Carrapiço Serra. *Formação Cívica e Interculturalidade: Um estudo de Investigação/Ação*. 2010. 138 f. Dissertação (Mestrado em Educação)- Instituto da Educação, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010. Disponível em <<https://repositorio.ul.pt/handle/10451/2922>>. Acesso em 29 jun. 2023.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2013

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANDEL, Michael Joseph. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANDEL, Michael Joseph. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang; BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 11-53.

SCAFF, Elisângela Alves Da Silva; PINTO, Isabela Rahal De Rezende. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. *Revista Brasileira de Educação*, v. 21, n. Rev. Bras. Educ., 2016 21(65), p. 431–454, abr. 2016.

STF. ADI nº 1.946. Julgamento em Plenário. Relator Ministro Sydney Sanches. Julgamento em 03 de abril de 2003.

STF. ADI nº 5.256. Julgamento em Plenário. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgamento em 25 de outubro de 2021. DJE nº 217, divulgado em 04/11/2021.

STF. IF nº 3773. Julgamento em Plenário. Relator Marco Aurélio. Julgamento em 03 de abril de 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF, *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, dez. 2008.