

Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia¹

RODOLFO ARANGO

Professor da Faculdade de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade de los Andes, Bogotá, Colômbia. Doutor em Filosofia e Direito Constitucional pela Universidade de Kiel, Alemanha.

Sumário: Introdução; I – Defeitos das teorias *standard* dos direitos; 1. O problema da pobreza; 2. Subdesenvolvimento da teoria dos direitos; 3. Uma proposta sensível à realização humana; II – Objetividade das decisões constitucionais v. vontade da maioria; 1. O problema da objetividade; 2. Importante e Urgente: O objetivismo consequencialista; 3. Democracia procedimental v. democracia funcional: a realização de direitos; III – Limitações democráticas sobre os direitos fundamentais: o não-maximalismo moral; 1. Perfeccionismo moral e não-definição da democracia; 2. Correção via controle constitucional; 3. A idéia de ser humano pressuposta na defesa dos direitos fundamentais sociais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A questão de se devem as justiças constitucionais reconhecer direitos fundamentais sociais, nomeadamente direitos à alimentação, abrigo, saúde, educação ou segurança social é especialmente importante para uma análise da relação entre justiça constitucional e democracia. Os direitos sociais são a pedra fundamental da delimitação entre as decisões constitucionais e a política, uma vez que seu reconhecimento judicial afeta tanto a política econômica, como a competência legislativa.

Na Colômbia, das cerca de 1200 decisões tomadas a cada ano pela Corte Constitucional, 60% referem-se ao reconhecimento de direitos fundamentais sociais, e aproximadamente 80% são julgadas procedentes. Diferentemente do que ocorre em sociedades “bem-ordenadas” (Michelman,

¹ Artigo originalmente publicado com o título “Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy”, na *Ratio Juris*, vol. 16, n. 2, de junho de 2003, Oxford-UK. Tradução de Cláudio Ari Mello.

1973, 967,996), onde as liberdades prevalecem sobre a igualdade, no terceiro mundo esta relação se inverte, sendo os direitos sociais vistos como mais importantes que as liberdades individuais (Dasgupta, 1993, 23).

Contudo, o que alguns teóricos consideram um ativismo “bem-vindo” por parte da corte constitucional (Nino, 1993; Diez-Picazo e Ponthoreau, 1991; Michelman, 1996, 7; 1979, 659; Fiss, 1996, 107; Rawls, 1993, 230) que se propõe a assegurar a realização dos direitos fundamentais, para outros representa a destruição do sistema democrático por meio de um populismo judicial (Bockenforde, 1992, 154; Cranston, 1987, 224; Susteain, 1993, 148). De acordo com esses críticos, avanços políticos que seriam impossíveis para vários grupos sociais – mulheres grávidas, operários, pensionistas, doentes – são garantidos por decisões que ilegitimamente reconheceriam direitos a benefícios positivos sem que tenha havido qualquer debate democrático sobre a sua inclusão em textos legais. Este comportamento judicial, segundo esses críticos, representaria a suplantação, pelos juízes, dos órgãos que exercem responsabilidade política (governo e congresso) sobre gastos públicos. Assim – sustentam eles – o discurso dos direitos é usado para instituir um Estado judicial (Bockenforde, 1992, 154).

Essas objeções desafiam seriamente o *status* dos direitos sociais em um estado democrático e constitucional. Em resposta, a tese que será defendida aqui é a de que é possível reconhecer direitos fundamentais sociais de forma objetiva, sem substituir o sistema democrático por um Estado judicial e sem adotar uma posição moralista. A tese que defende o reconhecimento objetivo dos direitos fundamentais sociais pelos juízes será denominada “tese cognitiva dos direitos”. Ela pretende ser a abordagem mais defensável em um Estado constitucional e democrático. Esta tese desafia a legitimidade das concepções relativistas e não-cognitivistas sobre os direitos.

A tese cognitiva dos direitos será apresentada em três passos. Primeiro, irei apontar os defeitos das teorias *standard* dos direitos que servem de base para a filosofia política moderna dos direitos fundamentais. Concluindo esta primeira parte, irei propor um modelo consequencialista para o reconhecimento dos direitos, o qual é o coração da minha tese cognitivista. Segundo, vou tratar do problema da objetividade dos juízes valorativos, e, especialmente, do contraste entre decisões constitucionais e decisões políticas. Terceiro e último, vou mostrar que a tese cognitivista que defendo não resulta no perfeccionismo ou no maximalismo moral. Longe de se fazer dos juízes constitucionais um grupo de moralistas autoritativos, o reconhecimento objetivo dos direitos fundamentais sociais permite a correção de situações extremas, que afetam grupos marginalizados ou discriminados, e assim torna-se crucial em uma teoria constitucional apropriada a países caracterizados por profundas desigualdades econômicas e sociais.

I – DEFEITOS DAS TEORIAS STANDARD DOS DIREITOS

1. O problema da pobreza

As teorias filosóficas dos direitos têm sido de certo ponto “paróquias”. Isso se aplica a liberais progressistas, como John Rawls, como também aos libertários. Tais teorias foram projetadas para sociedades bem-ordenadas ou para sociedades industrializadas com alto grau de racionalização, sem qualquer noção de que elas seriam estendidas para outros países, nomeadamente para países de economia capitalista nascente, caracterizados por níveis elevados de desigualdades. Como resposta a este paroquialismo, John Rawls, em *Political Liberalism*, modificou sua *Teoria de Justiça* (1971), deixando de lado a prioridade estrita da liberdade sobre a igualdade e aceitando o reconhecimento de direitos constitucionais ao “bem-estar”, como consequência da adoção de um mínimo social especificado pelas necessidades básicas nos bens constitucionais fundamentais (*Constitutional Essentials*). (Rawls, 1993, 230: 236).

2. Subdesenvolvimento da teoria dos direitos

O desafio posto pela pobreza crescente tornou evidente que a teoria dos direitos está subdesenvolvida (Shue, 1988, 687). Esse subdesenvolvimento é evidente na sua justificação, na sua estrutura lógica e no reconhecimento judicial dos direitos.

Com relação à sua justificação, desde de uma perspectiva mais realista, que considera os direitos não somente como uma esfera de proteção da liberdade contra a intervenção estatal, mas como posições normativas necessárias para a qualidade e a dignidade da vida humana, não é razoável identificar os direitos com as liberdades, como o fazem Rawls e Jürgen Habermas. (1996, 83).

No que tange à estrutura lógica dos direitos, como tem sido corretamente apontado por Henry Shue, a tese da correlação entre direitos e deveres que subjaz à concepção de vários importantes teóricos do direito, como a de Herbert Hart, é equivocada porque ignora o fato de que para cada direito há não apenas um dever, mas diversas obrigações correspondentes. Por exemplo, o direito à liberdade individual implica não só o dever de todos de respeitar essa liberdade, mas também a obrigação de protegê-la quando ameaçada por outras pessoas, o dever de agir quando ela depende de atos de outros e um dever de promover e assistir no caso de impossibilidade material de fazer uso dessa liberdade.

A teoria da estrutura lógica dos direitos é não apenas errônea, como também oferece uma visão restrita dos direitos, que resulta em afirmações como a seguinte: somente é possível requerer a proteção judicial de direitos

fundamentais de liberdade se a sua existência antecede a existência do Estado e se não envolverem gastos, ao passo em que os direitos sociais não são fundamentais porque eles necessitam ser determinados mediante lei, e o seu custo é elevado. Contudo, uma teoria bem-desenvolvida dos direitos não exclui os direitos sociais dos direitos fundamentais. Pelo contrário, tal teoria pode resolver o problema da proteção judicial desses direitos. O fato de existirem várias obrigações e fatores relevantes envolvidos na satisfação dos direitos sociais não impede sua implementação pelo Poder Judiciário. Essas características dos direitos fundamentais sociais requerem a aplicação de princípios, tais como os princípios da subsidiariedade e da solidariedade, que não são levados em conta pela maioria dos teóricos do direito nem por filósofos políticos que defendem teorias *standard* dos direitos.²

3. Uma proposta sensível à realização humana

Em outro texto, tentei apresentar as limitações de algumas importantes teorias do direito (Arango, 2001, 173). Apesar de suas limitações, as teorias de Frank Michelman, David Wiggins e Thomas M. Scanlon contribuem para a construção de uma teoria dos direitos aplicável a todos os tipos de sociedade. Foi Michelman quem conseguiu convencer Rawls da possibilidade de se posicionar a favor do reconhecimento objetivo dos direitos fundamentais sociais por meio de um argumento coerente, que propõe a substituição do legislador por juízes constitucionais. Wiggins, embora não completamente convincente na sua tentativa de obter um fundamento para os direitos com base no conceito de necessidades absolutas contra necessidades relativas (Wiggins, 1991,31), corretamente relaciona o conceito de direito ao de perigo, e com isso constrói uma ponte entre a teoria dos direitos e a moderna teoria da sociedade de risco (Beck, 1986). Já as reflexões de Scanlon sobre os direitos morais e sua estrutura (Scanlon, 1995, 146) revelam que uma teoria de justiça que não é sensível às consequências do não-reconhecimento de alguns direitos em certas circunstâncias revela-se inadequada e ilegítima política e moralmente. A ligação entre direitos e consequências na concepção de Scanlon reflete a visão de Hart de que nenhuma teoria de direitos é satisfatória se não considerar as contribuições utilitaristas (Hart, 1989, 222).

Um modelo “consequencialista” para o reconhecimento dos direitos desvia a atenção do conteúdo do direito e a conduz a uma situação que

² A justiciabilidade de um direito não deve depender de deveres especiais definidos pela lei, mas de princípios como o da solidariedade e o da subsidiariedade, que permitem a concretização de deveres gerais para certas pessoas de acordo com diferentes situações. A atribuição de deveres exige que se leve em conta princípios de atribuição de deveres para os agentes em questão. Os princípios de atribuição de deveres ainda requerem desenvolvimento por filósofos e juristas interessados em “trazer à terra” o discurso dos direitos humanos e em dar-lhes aplicação prática. Ver Sen, 1982, p. 3-39.

permite a determinação de todos os seus elementos. Tal teoria toma a seguinte definição como ponto de partida:

Um direito é uma posição normativa baseada em argumentos válidas e suficientes, e cujo não-reconhecimento injustificado causa dano àquele que é detentor do direito. (Arango, 2001, 142).

Esse conceito de direito é decisivo para a definição dos direitos fundamentais e humanos (Arango, 2001, 47). Por enquanto, é suficiente afirmar que a teoria aqui defendida é sensível à realização humana, porque começa com as diferenças de capacidades e condições dos indivíduos e evita ver desvantagens naturais ou sociais como limitações objetivas para o reconhecimento e gozo dos direitos. Isso torna a tese cognitiva dos direitos semelhante à tese integrativa dos direitos defendida por Amartya Sen (1996, 24), com a vantagem de não ter que recorrer ao aspecto problemático sobre o que Sen entende por “capacidades” (*capabilities*),³ assim como por não ter que adotar uma posição moral maximalista.⁴

Para completar esta primeira parte, um exemplo da aplicação da tese cognitiva dos direitos pode ser ilustrada com o direito à educação. Para alguns teóricos, este direito é meramente uma meta política, e não propriamente um direito fundamental justiciável (Bockenforde, 1992, 154). Milhares de crianças pedem esmolas nas ruas das cidades da Colômbia. Essas crianças são privadas de comida, abrigo, saúde e educação. Isso é um paradoxo no contexto de uma Constituição que estabelece ensino gratuito e obrigatório em instituições públicas. Porém, por razões práticas, esta determinação tem ficado apenas no papel: não há vagas suficientes nas escolas, nem capital para cobrir custos adicionais que tornariam possível o acesso de todas essas crianças ao ensino público; além disso, em muitos casos, os pais destas crianças vivem em condições de miséria e precisam do dinheiro por elas obtido nas ruas para o sustento familiar, o que conseqüentemente também as priva do acesso à educação. Isso é, em outras palavras, um círculo vicioso: crianças de famílias de baixa renda são condenadas a passar toda a vida na pobreza, pois são privadas da educação formal; como resultado, têm poucas chances de encontrar um emprego que as liberte dessa situação. Portanto, a questão é se as crianças têm o direito fundamental de requerer do Estado não apenas um local para estudar, como também os recursos que tornem possível sua efetiva frequência à escola. As melhores razões constitucionais falam em favor das decisões dos juízes constitucionais que obrigam as autoridades governantes a garantir não apenas a disponibilidade de vagas escolares, mas também recursos materiais que possibilitem o exercício dos direitos fundamentais sociais. As razões contra tais garantias, que são a falta de recursos e de infra-estrutura inadequada,

³ Ver a crítica de Cohen, em Cohen, 1993.

⁴ Ver *infra*, III.1.

além da responsabilidade dos pais, não justificam a recusa do reconhecimento da posição constitucional acima mencionada, pois o não-reconhecimento por parte do Estado acaba por prejudicar o indivíduo, excluindo-o dos benefícios decorrentes do desenvolvimento e condenado-o à marginalização social.

O contra-argumento seria que o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais por juízes constitucionais substituiria as decisões legislativas e a vontade política da maioria.

II – OBJETIVIDADE DAS DECISÕES CONSTITUCIONAIS VERSUS VONTADE DA MAIORIA

1. O problema da objetividade

Conforme a tese cognitiva dos direitos, a diferença entre uma decisão política e uma constitucional é que a segunda está baseada em fundamentos objetivos, enquanto a primeira é produto da vontade da maioria em um determinado ponto do tempo.

A objetividade dos juízos de valor – sejam eles principiológicos ou normativos – é um tema difícil na filosofia moral e política. Existem muitos posicionamentos quanto à objetividade dos juízos de valor (Putnam, 1995, 5; Coleman, 1995, 33-68; Dworkin, 1996, 87; Staupoulus, 1996). Tendências subjetivistas e relativistas rejeitam qualquer possibilidade de uma fundamentação objetiva. Para os defensores dessas concepções, juízos de valor são apenas desejos, ideais, esperanças, interesses ou valores individuais (Mackie, 1977). Por outro lado, alguns propositores do não-cognitvismo insistem que alguém que rejeita a “ontologia do valor” está rejeitando conseqüentemente a possibilidade de saber quando um juízo de valor é objetivo.⁵ Por exemplo: o reconhecimento de um direito a criação de escolas e financiamento dos custos da educação é baseado numa convicção ideológica do julgador, e este juízo é então imposto às autoridades democráticas responsáveis pela correspondente decisão política.

Não é necessário adotar uma tese forte do objetivismo da moral ou dos juízos de valor (Habermas, 1999) na defesa da objetividade de decisões tomadas por juízes constitucionais no que concerne à proteção judicial dos direitos fundamentais sociais. É suficiente aceitar uma teoria conseqüencialista que torna possível demonstrar que a recusa de um juiz em reconhecer uma posição normativa válida e bem-fundada é incompatível com um Estado democrático e constitucional. Para aceitar a tese cognitiva dos di-

⁵ Existem diferentes versões de não-cognitvismo. Pode-se distinguir, por exemplo, uma versão indiferente à existência de valores, mas que insiste na possibilidade de conhecer qualquer coisa sobre valores.

reitos não é, portanto, necessário adotar uma posição especificamente metafísica ou aceitar a existência de um conjunto de valores objetivos. Ao contrário, as conseqüências de certos eventos constituem a base para determinar quando uma ação ou omissão será objetivamente necessária sob um ponto de vista constitucional. O problema que se apresenta é saber se contraria a constituição privar crianças do direito à educação devido à pobreza de suas famílias ou do Estado, ou ainda em decorrência da omissão do legislativo em tomar as medidas necessárias para garantir esse direito. E a resposta correta neste caso é que estes fatores não são fortes o suficiente. A Constituição não deixa os necessitados desprotegidos. Se um Estado se denomina social, constitucional e democrático não se pode permitir que permaneça cego diante de situações de discriminação, marginalização e desvantagem material.

2. Importante e Urgente: O objetivismo conseqüencialista

A principal reserva para o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais – por exemplo, direito à alimentação adequada, assistência médica, educação, etc. – é de que sua realização requer um certo grau de desenvolvimento econômico na sociedade, tanto quanto da vontade política do povo em relação à distribuição de recursos e à definição de prioridades. Afirma-se que se um juiz reconhece o direito à educação e determina a uma autoridade pública que dê subsídios para alimentação, estará em verdade impondo a sua decisão à vontade da maioria. Se o subsídio não estivesse assegurado em lei, não poderia um juiz reconhecê-lo e assegurá-lo. No caso em exame, as crianças de famílias carentes não têm acesso à educação por falta de condições mínimas de sobrevivência, e suas famílias não teriam como sobreviver sem o dinheiro de sua mendicância.

Essa objeção tem como ponto de partida uma visão materialista das relações sociais e uma abordagem voluntarista da ação estatal. Afirma-se que o acesso efetivo à educação para crianças carentes depende da distribuição de recursos “dos que têm para os que não têm”, assim como depende também da decisão da maioria de aprovar tal distribuição. Esta visão da vida social é não só redundante como incompatível com a Constituição. As relações sociais vão além de trocas materiais. Uma sociedade sem dignidade humana, acostumada com o sofrimento e a degradação e que ignora a marginalidade e a discriminação não é uma sociedade que possa aspirar a ser identificada como um Estado de direito constitucional, democrático e social.

Embora a Constituição não seja uma “lâmpada de Aladin” que torne imediatamente possível a transformação de nossos ideais em realidade, os juízes devem levar a sério a Constituição quando violações da dignidade da

pessoa humana, particularmente violações de direitos humanos fundamentais estiverem em jogo. O que torna possível ao juiz constitucional intervir de um modo objetiva, razoável e controlável no reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, sem cair na tentação de substituir o legislador? A resposta é que sua decisão deve se fundar em princípios objetivos que não o permitam agir arbitrariamente. Um desses princípios é o da urgência (Scanlon, 1975, 655 e ss.), que não envolve a autonomia da vontade humana, mas é pressuposta em um Estado constitucional e democrático.

Na maioria das vezes, senão sempre, a importância de um indivíduo, de uma situação ou de um objeto só pode ser estimada em situações extremas. É nesse tipo de situação que a idéia de perder algo manifesta sua verdadeira importância. Como se diz coloquialmente: as pessoas só valorizam as coisas depois que as perdem. Esse fenômeno, além de ser culturalmente real, é crucial no estabelecimento da objetividade de um juízo baseado em valores, que entende as perdas e danos como uma situação contrária ao que era esperado e que só pode acontecer sob pena de violação da Constituição. A urgência da situação ensina a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Observar a prática da proteção dos direitos fundamentais sociais é ver que a Constituição da Colômbia de 1991 (Cepeda, 1993, 199) oferece a possibilidade, em situações objetivas de urgência, de preservar a dignidade humana.

Nós poderíamos ser questionados se o fato de permitir que crianças fiquem nas ruas pedindo esmolas para ajudar seus pais a garantir a sobrevivência de suas famílias viola o direito fundamental à educação e demais direitos fundamentais destas crianças. Negar que exista uma violação neste caso é abandonar qualquer possibilidade de um futuro digno, pacífico e próspero para nossa sociedade. A consequência da recusa de agir e a exclusão de milhões de pessoas do bem-estar e da cultura são contrárias ao Estado constitucional e democrático.

3. Democracia procedimental *versus* democracia funcional: a realização de direitos

Muitos dos principais filósofos políticos concordam que sem assegurar as condições materiais mínimas para uma vida digna não é possível exercer direitos. Além disso, alguns deles pensam que a garantia de tais condições não necessita ser automática, e que não deveria estar nas mãos de juízes constitucionais, já que o fórum natural para seu desenvolvimento é a arena política (Habermas 1996a, 406). Fosse de outro modo, teríamos uma situação em que a concepção de bem de uns poucos prevaleceria sobre a visão de todos os outros, o que negaria a liberdade de escolha individual e a democracia. Assim, Habermas oferece um fundamento absoluto dos

direitos civis e políticos, em contraste com um fundamento apenas relativo dos direitos sociais e ecológicos. Esses direitos dependem da mudança do paradigma de direito e devem ser definidos através da participação política. Contudo, com a diferenciação histórica entre os direitos de primeira e de segunda geração agora elevada a uma diferença nos fundamentos filosóficos dos direitos, Habermas rejeita a necessidade de assegurar a liberdade *de facto*, a fim de que nenhuma visão específica do mundo seja imposta aos indivíduos e à comunidade. No que diz respeito a esta liberdade *de facto* (Alexy 1996, 377 e ss.), nenhuma visão específica do mundo é imposta sobre o indivíduo ou a comunidade. Todos podem ter a opção real de escolher a forma de vida que desejam levar, incluindo a recusa de bens materiais que lhes são fornecidos ou oferecidos. Não aceitar essa liberdade *de facto* equivaleria a defender uma noção idealista de liberdade, que não leva em conta as condições de desigualdade inerentes à realidade.

Algo similar ocorre com respeito à concepção de democracia sustentada por Habermas. Trata-se de um conceito idealizado, que pressupõe a existência de direitos à autonomia e à participação política, mas que não se preocupa em assegurar as condições materiais necessárias para que a autonomia e a participação política sejam efetivamente exercidas por todos os indivíduos. A democracia de Habermas é uma democracia procedimental, que não pressupõe a garantia dos direitos fundamentais sociais (Habermas 1996a, 427 e ss.). A tutela desses direitos representa antes um resultado possível da ação política que uma condição para ela.

Por outro lado, teorias como as de Frank I. Michelman (1973, 962 e ss.; 1975, 319 e ss.; 1979, 659 e ss.) ou Martha Nussbaum (1990, 152 e ss.) defendem um conceito de democracia funcional. Eles não estão dispostos a contentar-se com uma democracia nominal, na qual os atores sociais podem participar, sob sua própria iniciativa, na vida política. Opondo-se a esta concepção, estes autores defendem que somente uma concepção de democracia que garanta as condições materiais para o exercício efetivo das liberdades civis e políticas tornará possível atingir uma democracia real.

Finalmente, é preciso enfrentar a questão de por que a tese cognitivista dos direitos não leva à adoção de uma posição maximalista que seria moral e juridicamente inaceitável.

III – LIMITAÇÕES DEMOCRÁTICAS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O NÃO-MAXIMALISMO MORAL

Até aqui, tenho defendido a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais a partir do ponto de partida da tese cognitivista dos direitos. Essa tese transforma a urgência em uma constante fundamental do reconhecimento pelos juízes de acordo com a situação concreta da pessoa que reivin-

dica a violação do direito. Críticos dessa estratégia dizem que ela leva a uma posição minimalista em relação aos direitos fundamentais sociais e assim prejudicaria a sua defesa e a sua promoção. Recentemente, Luciano Sanín criticou o uso do critério da urgência na determinação da justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais, aduzindo o argumento de que tal critério corresponde ao que, na política social, é chamado focalização, e que, considerando a justiciabilidade de direitos econômicos, sociais e culturais, poderia ser chamado de “miserabilista”, porque somente seria possível a proteção daqueles que pertencem a grupos marginalizados, e não de todos os sujeitos destes direitos (Sanín 2001).

Eu gostaria de responder a esta objeção. Se fosse aceita, ela contaria contra a realização adequada dos direitos fundamentais sociais em um Estado constitucional, democrático e social.

1. Perfeccionismo moral e não-definição da democracia

A crítica minimalista da tese cognitivista dos direitos é inaceitável quando ela se dirige ao minimalismo moral. A crítica é inválida se ela se refere ao minimalismo político. Confirmando minha adesão ao minimalismo judicial. Se não temos uma teoria melhor que possa assegurar a objetividade das decisões constitucionais que reconhecem direitos fundamentais, será suficiente ter uma decisão compatível tanto com a dignidade da pessoa humana quanto com a democracia. Vamos examinar três possibilidades de uma crítica “minimalista” contra a teoria que eu defendo: moral, política ou judicial.

Primeiro, maximalismo moral significaria que estamos obrigados a satisfazer as necessidades de cada um em qualquer sentido. Essa imagem é próxima de um mundo pleno de bondade e desprovido de egoísmo. Esse ideal não é defensável. Nenhum máximo moral é aceitável se ele elimina a autonomia do indivíduo. A eliminação da autonomia significaria, ao mesmo tempo, a eliminação da moralidade. Portanto, o maximalismo moral leva necessariamente ao autoritarismo, porque somente por meio do controle absoluto da alocação de direitos e deveres, tanto quanto na distribuição de bens e responsabilidades, seria viável satisfazer de forma exaustiva as necessidades humanas. O minimalismo moral, pelo contrário, deixa espaço suficiente para a autodeterminação humana. O que pode ser moralmente exigido dos outros, da família, da comunidade ou do Estado é o que é necessário para evitar a degradação de não ser capaz de viver sob condições materiais e culturais básicas, e compete a cada indivíduo melhorar sua situação, seja material, espiritual ou intelectual.

A defesa do minimalismo moral no reconhecimento de direitos sociais fundamentais é compatível com o maximalismo político, com o qual eu

concordo. A ação política para o reconhecimento pleno e a realização dos direitos a alimentação, abrigo, saúde, educação, etc. é inteiramente justificada, porque é no curso do debate e da negociação que concessões são feitas. O que não pode ser feito é confundir os aspectos moral e político, ou o aspecto político com o jurídico, ainda que eles estejam inerentemente relacionados.

Por fim, o minimalismo judicial referente ao reconhecimento de direitos fundamentais sociais é justificado por uma série de razões. Primeiro, a estratégia judicial não deve visar à suplantação da estratégia política. O oposto seria fazer da luta pelos direitos sociais uma questão entre o Estado e o poder judiciário, e isso seria contraprodutivo. Por exemplo: quais seriam as consequências de obrigar-se o Estado a fazer o impossível? Certamente isso levaria à desvalorização do discurso dos direitos humanos ou a uma mudança na orientação social do Estado. Segundo, há algum sentido em atribuir a competência de determinar prioridades e alocar recursos materiais a entidades democráticas de acordo com propósitos ideológicos ou objetivos sociais específicos? Nenhuma decisão de uma corte constitucional pode ser um substituto para a autodeterminação política, que expressa diversidade de pensamento e modos de vida. A realização máxima dos direitos fundamentais sociais deixaria pouco, ou mesmo quase nada, para o legislador fazer. O exercício da democracia pressupõe áreas de não-definição material que precisamente requerem a deliberação pacífica e a confrontação de idéias. A imposição do maximalismo moral pela via do maximalismo judicial seria como pedir a um tribunal para ordenar a felicidade humana.

2. Correção via controle constitucional

Em um Estado de direito constitucional e democrático, a justiça constitucional não deve substituir os órgãos de expressão política. Ela deve propor-se a corrigir os excessos e omissões que são contrários a uma percepção mais elevada que orienta, em seu conteúdo, os atos de todas as autoridades. Essa orientação também é válida na realização dos direitos sociais em geral. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais toma como seu ponto de partida uma tese sobre a teoria da justiça que apenas pode ser esboçada aqui, porque seu pleno desenvolvimento tomaria muito mais espaço do que disponho. Refiro-me à tese que sustenta que os direitos fundamentais sociais estão associados com a justiça compensatória, e não com a justiça distributiva. Isso é compatível com a função de correção exercida pelo controle de constitucionalidade.

Exporei brevemente esta tese. Na filosofia política do último terço do século XX, especialmente sob a influência de John Rawls, a questão do

“mínimo social especificado pelas necessidades básicas” – o que está diretamente relacionado com os direitos fundamentais sociais (Alexy 1997, 263 e ss.) – foi sempre entendida como uma questão de justiça distributiva. A razão é simples. Qualquer reconhecimento de direitos fundamentais sociais implica redistribuição econômica. Essa visão explica por que o fórum perfeito para o reconhecimento desses direitos era o próprio parlamento, de acordo com o princípio *no taxation without representation*. Entretanto, a crítica do modelo liberal progressista levantada por teóricos republicanos, feministas, comunitaristas, neo-marxistas e neo-aristotélicos mostrou que o foco distributivo relacionado aos direitos, especialmente os direitos sociais, é muito limitado (Habermas 1996a, 345 e ss.). A razão é óbvia. Não é razoável promover uma distribuição nominalmente igual, quando aqueles que supostamente se beneficiarão dela encontram-se vivendo em condições totalmente diferentes. Amartya Sen, responsável pela mudança nos índices para medir a pobreza humana, mostrou que não é o mesmo distribuir a mesma quantia de recursos para cada um onde as diferenças entre as capacidades das pessoas de fazer desses recursos “liberdade efetiva” são muito evidentes (Sen 2000). Não é o mesmo dar um quilo de arroz para A e um quilo de arroz para B, quando A queima duas vezes mais calorias do que B. Esse exemplo simples mostra que uma distribuição genuinamente igual deve levar em conta as condições de cada pessoa, por exemplo, se um sofre discriminação devido a suas origens ou se outro tem desvantagens geográficas ou naturais e assim requer alguma forma de compensação. Esse último conceito é precisamente a chave para a relação entre justiça e direitos fundamentais sociais. Toda distribuição de recursos deve ser feita por uma correção através da compensação das desvantagens objetivas das pessoas. Se isso não acontece, qualquer distribuição, não importa quão justa e igual possa ser, não leva em conta os fatores relevantes para a alocação de direitos e para a distribuição de responsabilidades públicas. Essa tese, que reconhece os direitos fundamentais sociais como parte da justiça compensatória, é na verdade baseada em uma idéia mais realista de ser humano do que a adotada pela maioria dos filósofos liberais.

3. A idéia de ser humano pressuposta na defesa dos direitos fundamentais sociais

Qual é a idéia de ser humano que subjaz à teoria cognitivista dos direitos e permite o reconhecimento judicial dos direitos fundamentais sociais? Gostaria de responder essa questão com uma citação de uma decisão recente da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação de crianças de rua, a qual nos dá idéias sobre como resolver o problema das crianças que mendigam nas ruas da Colômbia. A Corte Interamericana disse:

Nos últimos anos, as condições de vida de extensos segmentos da população dos Estados que fazem parte da Convenção deterioraram-se notoriamente, e uma interpretação do direito à vida não pode abstrair-se dessa realidade, sobretudo quando disser respeito a crianças em situação de risco nas ruas dos nossos países da América Latina. (...) Uma pessoa que em sua infância vive, como em muitos países da América Latina, na *Degradação da Miséria*, sem nem mesmo as condições mínimas de criar seu projeto de vida, experimenta um estado de sofrimento que equivale a uma morte espiritual; a morte física que se segue àquela, em tais circunstâncias, é o ponto culminante da destruição total do ser humano. Essas ofensas tornam vítimas não somente aqueles que as sofrem diretamente, em seu espírito e em seu corpo; elas projetam-se dolorosamente às suas pessoas queridas, em particular a suas mães, que geralmente também estão em estado de abandono. (...) O direito à vida implica não apenas a obrigação negativa de não privar ninguém da vida de modo arbitrário, mas também a obrigação positiva de adotar todas as medidas necessárias para assegurar que os direitos fundamentais não sejam violados. (...) A privação arbitrária da vida não é limitada, portanto, ao ato ilícito do homicídio; ela se estende igualmente à privação do direito à vida com dignidade. Essa perspectiva conceitua o direito à vida como pertencendo, ao mesmo tempo, ao domínio dos direitos civis e políticos e aos direitos sociais, econômicos e culturais, iluminando assim a inter-relação e a indivisibilidade dos direitos humanos.⁶

Essa citação é bem explícita. As palavras da Corte Interamericana de Direitos Humanos começam com um conceito compreensivo de indivíduo. O indivíduo não é mais considerado um simples agente da liberdade, mas um ser dependente de tudo o que o cerca. A vida humana não é apenas subsistência. Ela é uma existência que se dignifica em situações onde um indivíduo pode atingir o seu máximo potencial. A plena realização dessa idéia é o objetivo de uma visão enriquecida dos direitos fundamentais, mas também de uma democracia realmente efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- ; John Rawls. *Theorie der Grundfreiheiten*. In: *Zur Idee des politischen Liberalismus: J. Rawls in der Diskussion*. B. Homburg and W. Hirsch. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 263–303.
- Arango, Rodolfo. *Der Begriff der sozialen Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 2001a.
- . *On Constitutional Social Rights*. In *Human Rights in Philosophy and Practice*. B. M. Leiser and T. D. Campbell, 141–52. Aldershot: Ashgate, 2001b.
- . *Regionaler und internationaler Schutz sozialer Menschenrechte. Von der Philosophie zur Kodifizierung*. In *Soziale Menschenrechte-die vergessenen Rechte?* T. Frank et al., 43–64. Berlin: Köster, 2001c.
- Beck, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Series C: Decisions and Judgments n. 63. *Villagran Morales et Al Case* (The “Street Children” Case). Julgamento de 19 de novembro de 1999. Voto concorrente dos juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e Alirio Abreu Burelli, p. 6, 9, 9, 2, 3 e 4.

- Böckenförde, Ernst W. *Staat, Verfassung, Demokratie*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- Cepeda, Manuel J. *Participatory Democracy and Respect for Human Rights. Colombia's New Constitution*. Bogota: Presidency of the Republic of Colombia-Office of the Advisor for the Development of the Constitution, 1993.
- Cohen, Gerald A. Equality of What? On Welfare, Goods, and Capabilities. In *The Quality of Life*. Ed. M. Nussbaum and A. Sen, 9–29. Oxford: Clarendon, 1993, p. 152
- Coleman, Jules L. Truth and Objectivity in Law. *Legal Theory* 1: 33–68, 1995.
- Cranston, Maurice. Kann es soziale und wirtschaftliche Menschenrechte geben? In *Menschenrechte und Menschenwürde*. E. Böckenförde and R. Spaemann, 224–41. Stuttgart: Klett, 1987.
- Dasgupta, Partha. *An Inquiry into Well-Being and Destitution*. Oxford: Clarendon, 1993.
- Diez-Picazo, Luis M.; Marie C. Ponthoreau. *The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks*. Florence: European University Institute.
- Dworkin, Ronald. 1996. Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. *Philosophy & Public Affairs* 25: 87–139, 1991.
- Fiss, Owen. Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophy & Public Affairs* 5: 107–77, 1976.
- Habermas, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996a.
- . *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996b.
- . *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- Hart, Herbert. L. A. Between Utility and Rights. In H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 198–222. Oxford: Clarendon, 1983.
- Mackie, John L. *Ethics. Inventing Right and Wrong*. London: Penguin, 1977.
- Michelman, Frank I. On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment. *Harvard Law Review* 83: 7–59, 1969.
- . In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice. *University of Pennsylvania Law Review* 121: 962–1019, 1973.
- . Constitutional Welfare Rights and "A Theory of Justice". In *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice*. N. Daniels. Oxford: Blackwell, 1975.
- . Welfare Rights in a Constitutional Democracy. *Washington University Law Quarterly* 3: 659–693, 1979.
- Nino, Carlos S. On Social Rights. In *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*. A. Aarnio et al., 295–9. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
- Nussbaum, Martha. Nature, Function, and Capability: Aristotle on Political Distribution. In *Aristoteles' "Politik." Akten des XI. Symposium Aristotelicum*. Ed. G. Patzig, 152–86. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1990.
- Putnam, Hilary. Are Moral and Legal Values Made or Discovered? *Legal Theory* 1: 5–19, 1995.
- Rawls, John. *Political Liberalism*. New York, N. Y.: Columbia University Press, 1993.
- Sanfín, José L. *Economic, Social and Cultural Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court*. Unpublished, 2001.
- Scanlon, Thomas M. Preference and Urgency, *The Journal of Philosophy* 19: 655–669, 1975.
- . Rights, Goals, and Fairness. In *Theories about Rights*. 6. ed. J. Waldron. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- Sen, Amartya. Rights and Agency. *Philosophy & Public Affairs* 11: 3–39, 1982.
- . The Right Not to be Hungry. In *The Right to Food*. P. Alston and K. Tomasevski, 69–81. Boston: Nijhoff, 1984.

- . Welfare Economics and Two Approaches to Rights. In *Current Issue in Public Choice*. J. Casas and F. Schneider, 21–39. Cheltenham: Elgar, 1996.
- . *Development as Freedom*. New York, N. Y.: Anchor, 2000.
- Shue, Henry. *Basic Rights*. Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1980.
- . The Interdependence of Duties. In *The Right to Food*. P. Alston and K. Tomasevski, 83–95. Boston: Nijhoff, 1984.