

DIREITOS FUNDAMENTAIS: A CRISE DA EFETIVIDADE EM NOVOS PATAMARES EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA

FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CRISIS OF EFFECTIVENESS AT NEW LEVELS AS A RESULT OF THE PANDEMIC

Carlos Alberto Ferri¹
Estevão Schultz Campos²

RESUMO: O artigo aborda a construção dos direitos fundamentais como historicamente conquistados pelos indivíduos e sociedade organizada. O Estado deve sempre primar pela efetividade dos direitos fundamentais independente da vontade do governante, que apenas lida com o direcionamento da vontade geral na escolha do melhor método e modelo de implementação desses direitos fundamentais. O instrumento previsto na Constituição de 1988 é complexo e carregado de normas que tratam da efetividade dos direitos fundamentais à democracia fiscal. A crise surgida na atualidade pela pandemia do COVID-19 pode ser a mais tenebrosa da nossa geração. A sociedade deve manter-se coesa na busca da continuidade efetiva e impedimento ou minoração da regressão no modelo Constitucional de Direitos Fundamentais, que visa a preservação da dignidade da pessoa humana. Em conclusão, o texto apresenta a impossibilidade do retrocesso em razão da limitação orçamentária do Estado em momento pandêmico.

Palavras-Chave: covid-19; direitos fundamentais; interpretação constitucional; mínimo existencial; reserva do possível.

ABSTRACT: The article addresses the construction of fundamental rights as historically conquered by individuals and organized society. The State must always strive for the effectiveness of fundamental rights, regardless of the will of the ruler, who only deals with the direction of the general will in choosing the best method and model for implementing these fundamental rights. The instrument foreseen in the 1988 Constitution is complex and full of norms that deal with the effectiveness of the fundamental rights to fiscal democracy. The crisis that has arisen today because of the COVID-19 pandemic may be the darkest of our generation. Society must remain cohesive in the search for the effective continuity and impediment or lessening of the regression in the Constitutional model of Fundamental Rights, which aims at the preservation of the dignity of the human being. In conclusion, the text presents the impossibility of regression due to the budgetary limitation of the State in a pandemic moment.

Keywords: constitutional interpretation; covid-19; existential minimum; fundamental rights; possible reserve.

1 Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito pela Unimep. Professor e Coordenador no Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa de diagnóstico da tutela jurídica dos impactos ambientais do parcelamento do solo urbano do município de Engenheiro Coelho/SP. Advogado. Conciliador Judicial e membro da comissão de Direitos Humanos da OAB/Campinas. E-mail: carlos.ferri@ucb.org.br.

2 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Bolsista CAPES/PROSUP. Professor de Direito nas áreas de Direito Civil e Constitucional do Centro Universitário Adventista (UNASP). Advogado. E-mail: estevaoadv@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico desenvolvido em qualquer país tem sempre origem na vontade humana. O conceito de constitucionalismo pode ser indicado como movimento que busca, a partir do estabelecimento da Constituição, a garantia da liberdade humana com a criação de instituições para limitar o poder político opondo-se a governos autoritários.

A norma constitucional é vetor importante da estabilização das relações sociais, limitadora da ação estatal e, por fim, orientadora da vontade social. A norma constitucional material regula a estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos fundamentais, estando no texto constitucional ou não³.

O presente artigo analisará a compreensão dos Direitos Fundamentais e sua construção axiológica-dogmática para a contribuição da organização social. Ademais, os direitos fundamentais como modelo interpretativo no Estado Democrático de Direito e que não podem ser afastados em qualquer situação, mesmo diante de uma crise iminente. Todas as instituições democráticas devem efetivar a propagação desses direitos fundamentais, sob pena de se admitir o retrocesso.

Metodologicamente, define-se a pesquisa como teórico-conceitual, o que parece adequado por balizar suas avaliações na envergadura histórico e cultural de pesquisa, tendo em vista que busca rediscutir as bases do fundamento teórico para propor novas discussões constitucionais, sem, no entanto, implicar uma imediata mudança jurídico-doutrinária.

Nessa perspectiva, o texto foi construído em torno da definição dos direitos fundamentais, a evolução desses direitos, a interação com as finanças públicas e limitações na efetividade.

2 PELA DEFINIÇÃO DO TERMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

De início, há de se questionar quais as características, conceito, natureza e alcance dos direitos fundamentais.

Equivocadamente, usa-se de modo unívoco a expressão “direitos fundamentais” como sinônimo de “direitos humanos”. Os anglo-americanos utilizam o termo direitos humanos ou do homem, por outro lado, os publicistas alemães lançam mão do termo direitos fundamentais. Para essa perspectiva publicista alemã, advoga Hesse que os direitos fundamentais são os insculpidos pela Constituição e, deve a própria norma maior limitar os direitos fundamentais, de forma clara e precisa, evitando-se a dogmática imprecisa ou geral⁴. Na perspectiva de Carl Schmitt, os direitos fundamentais nada mais são que aqueles direitos designados como tais no texto constitucional⁵.

3 “Para DROMI, o futuro do constitucionalismo “deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização”. Importa salientar, aqui, o constitucionalismo da verdade. Nesta referência existem duas categorias de normas a serem analisadas. “Uma parcela, que é constituída de normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados; e uma outra sorte de normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis.” “As primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidades utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas do Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução do interesse público vertido nas cláusulas constitucionais.” (TAVARES, André R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553625792. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625792/>. Acesso em: 20 abr. 2023, p. 16).

4 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. alemã por Lucas Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 250.

5 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducion Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial Textos, 2009, p.179.

A primeira roupagem desses direitos fundamentais é observada com o reconhecimento, incontestemente, da liberdade controlável para que se evite conflitos entre os particulares e ilimitada da perspectiva do indivíduo frente ao Estado. A importância da liberdade traz à baila a compreensão de certo absolutismo da liberdade com pouquíssimos momentos de relativização do conteúdo de proteção.

O modo de implicação da liberdade para o contexto dos direitos fundamentais resgata a concepção natural de direito inerente ao ser, que garante a essência da dignidade humana e sua contribuição histórica e filosófica para a condução universal da liberdade, direitos fundamentais e direitos humanos.

Ao analisar a terminologia, Perez Luño⁶ informa que os direitos humanos são declarações de determinados momentos históricos que concretizam, dentre diversos direitos, a liberdade. A compreensão de Cunha quanto a essa perspectiva é que os direitos humanos, assim denominados, compreendem as prerrogativas universalmente aceitas para garantia da vida humana, no entanto a expressão direitos fundamentais deve ser utilizada por abarcar de modo genérico todas as espécies de direitos⁷. A cabo dessa digressão, Bobbio⁸ supõe que todas as tentativas de se definir o melhor termo são tautológicas e gravitam a essência: o sujeito. O direito fundamental é ferramenta jurídica garantidora do direito de liberdade inerente ao ser humano no âmbito do ordenamento jurídico humano⁹.

Materialmente, os direitos fundamentais têm sua circunscrição na dignidade da pessoa humana, como vetor de compreensão das evoluções dos direitos e garantias fundamentais do Sujeito.

2.1 A evolução dos direitos fundamentais

Os direitos humanos fundamentais vinculam-se à liberdade e à dignidade da pessoa humana no *modus* histórico e filosófico de afirmação dos valores culturalmente construídos em sociedade. A constatação universal desses direitos insculpidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789, é responsabilidade direta da Revolução Francesa.

Ao analisar o período, De Cicco¹⁰ destaca a importância dos séculos XIX e XX para os momentos posteriores vividos pela humanidade: A Revolução Francesa representa o triunfo da burguesia sobre a nobreza, o triunfo do político e social e seus princípios igualitaristas, nos mesmos motes que da Reforma Protestante do século XVI. Em 5 de maio de 1789, na Assembleia dos Estados Gerais, o Rei Luís XVI reuniu os trezentos representantes do clero, trezentos representantes da nobreza e seiscentos membros do terceiro estado na tentativa de acalmar os ânimos sociais e corrigir os graves problemas financeiros administrativos. Ocorre que em 14 de julho de 1789, os representantes do Terceiro Estado proclamaram a queda da

6 LUNO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948, p.32. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

7 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 569.

8 “A maioria das definições são tautológicas: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.” Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.” Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.” E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização.” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.17).

9 ISHIKAWA, Lauro. *O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2008. 147 f. Dissertação, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p.40.

10 DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 7. ed. rev.. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.157-159.

Bastilha. Essa foi a motriz da fermentação política-revolucionária. Em 26 de agosto de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem reuniu os expoentes ideais de Locke e Rousseau.

A Declaração dos Direitos do Homem exprime os direitos fundamentais como “naturais, inalienáveis e sagrados”, lembrando o caráter dos Direitos Naturais repisados por Hugo Grócio. Liberdade, igualdade e fraternidade, esses foram os princípios basilares do teor da universalidade da Declaração e que marcam o início dos direitos fundamentais.

Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade. Tais direitos foram os primeiros a serem expostos na norma constitucional na forma de direitos civis e políticos.

No Constitucionalismo brasileiro, apenas na Constituição de 1891, no art. 72, garantiu-se as liberdades vinculadas aos direitos civis e políticos. Percebe-se que esses direitos são acoplados pelos Estados num processo dinâmico que permite ao sistema do Ordenamento Jurídico a constante percepção existencial das mudanças sociais, por mais que em alguns Estados esse processo seja tardio sem, no entanto, negar que a percepção desses direitos tem sempre espaço para novas implementações.

A grande característica dos direitos de primeira geração é ter o indivíduo que se opõe ao Estado. São direitos subjetivos que auxiliaram o sujeito/indivíduo na compreensão da liberdade, como inalienável.

Os direitos fundamentais de segunda geração aparecem no século XX, em decorrência da primeira geração. Os direitos dessa nova fase são direitos sociais, culturais e econômicos. Esses direitos de segunda geração foram introduzidos de diversas formas no Constitucionalismo no molde de Estado Social e, logo depois, ganharam contornos de reflexão antiliberal¹¹. A segunda geração de direitos fundamentais surge de modo filosófico e no contexto político emergente de luta por desigualdades que não foram respondidas pelo Estado Liberal. Os contextos máximos normativos de constatação Constitucional são observados na Constituição de Weimar de 1918 e na Constituição do México de 1916.

De início, há de se declarar que os direitos sociais, embora essas Constituições acima tenham dado juridicidade, não encontraram no contexto universal a mesma aceitação dos direitos fundamentais de primeira geração. Durante épocas a juridicidade dos direitos sociais foi objeto de embate quanto sua aplicabilidade. O ponto de toque está na percepção da inexistência do indivíduo – o ser – sem a garantia da concretização dos direitos de primeira geração, ou seja, não há de se falar em direitos individuais sem o concretizar/efetivar. Daí, decorrem as discussões teóricas que os direitos fundamentais de primeira geração têm eficácia imediata e os direitos de segunda geração tem eficácia mediata¹².

Quando se analisa o Constitucionalismo brasileiro, percebe-se que os direitos de segunda geração são implementados na Constituição de 1934. A proposta revolucionária eclode da busca da implementação de preceitos sociais, não observados na Constituição de 1891. O modelo escolhido pela Assembleia Constitucional de 1933 tendeu aos preceitos do *Welfare State*¹³.

11 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.564.

12 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.568: “Se na fase da primeira geração os direitos fundamentais consistiam essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a lei maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras. Cresceu, pois, com a introdução dos direitos fundamentais da segunda geração o juízo de que esses direitos representam de um certo modo valores, compondo uma unidade de ordenação valorativa que alguns juristas temes possa ressuscitar ou correr o risco de ressuscitar a rejeitada concepção de sistema, à qual, segundo Scheuner, os direitos fundamentais seriam irredutíveis.”

13 BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Paz e Vida, 1991, p.326-327: “Mas não padece dúvida que a tônica da Constituição de 34 recaiu sobre o Estado social. O novo pacto, sobre a inviolabilidade do direito à subsistência, não mantinha como as Constituições anteriores o direito de propriedade em toda a sua plenitude, senão que ao garanti-lo assinalava que ele não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, sujeitando-o assim às limitações que a lei determinasse. O preceito sobre desapropriação por necessidade pública, mediante previa e justa indenização, não dispunha que ela se faria dinheiro, como depois a constar da Constituição de 46, art. 141, §16, que tanto obstaculizou a concretização da reforma agrária no país.”

Os direitos fundamentais da terceira geração consubstanciam-se na conscientização de um mundo desenvolvido e subdesenvolvido. A constância não está apenas em entender os direitos individuais e coletivos, ou seja, os direitos individuais e sociais. Ao final do século XX a percepção é da necessidade de afirmação do gênero humano e sua existência. Emerge dessa nova fase a fraternidade como modelo de direito ao desenvolvimento, conforme exposto por Karel Vasak, analisado por Bonavides¹⁴.

Por outro lado, Etienne-R. Mbaye, formula a percepção que os direitos de terceira geração podem ser reconhecidos como direito ao desenvolvimento e, sua caracterização maior é a solidariedade. Nessa perspectiva, o direito ao desenvolvimento afirma que Estados e indivíduos sempre terão à vista a descoberta de novos direitos.¹⁵⁻¹⁶

Em nosso modelo Constitucional, apenas em 1988 lograram reconhecimento normativo-constitucional os direitos inerentes a fraternidade ou solidariedade, insculpidos como direito ao meio ambiente equilibrado, art. 225; direito à paz mundial, art. 4º, VI e VI e direito ao desenvolvimento, art. 3º, II.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão estão em fase de formulação na doutrina Constitucional. Paulo Bonavides decreta que essa fase é caracterizada pelo fim do neoliberalismo nascente da derrocara da soberania estatal como teoria de determinação da vontade absoluta do Estado. Com isso, apresenta-se uma nova dimensão de direitos fundamentais não adstritos ao território, ou seja, há direitos fundamentais globalizados. Na perspectiva globalizada apresentam-se o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Os direitos de quarta geração têm como vetor não o reconhecimento interpretativo, mas a concretização¹⁷.

3 A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao analisar a questão, Sarlet declara a íntima relação da existência dos direitos fundamentais e a indissociável noção de Constituição e Estado de Direito. Na Declaração dos Direitos do Homem, no artigo 16, é pronunciado que toda a “sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”¹⁸. Essa afirmação é a base das Constituições escritas. Materialmente, há determinação da existência de um núcleo que delimite a atuação do poder estatal. Os direitos fundamentais são alçados ao patamar determinante da existência simbiótica de Estado e indivíduo¹⁹.

Essa perspectiva faz com que se prospere o Estado Ideal formatado pela Constituição, Estado de Direito e Direitos Fundamentais.

Como conquista da humanidade, o Estado Democrático de Direito representa a percepção social da necessidade de organização. Essa perspectiva surge em decorrência das diversas classes sociais que foram se instaurando com as afirmações dos grupos sociais.

14 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.569.

15 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.570.

16 Ao analisar a perspectiva do direito ao desenvolvimento, afirma o professor Lauro Ishikawa: “Com efeito, seguindo a afirmação de Bobbio de que ‘o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los’ e à clara advertência de que ‘para protegê-los, não basta proclamá-los’, pois ‘o problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos’, [...]”. (ISHIKAWA, Lauro. *O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2008. 147 f. Dissertação, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, p.40).

17 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.571.

18 ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 58.

A arrematação do modelo percebe-se com a criação de estratos sociais que se privilegiaram de suas posições e, em decorrência, estabeleceram desigualdades sociais²⁰.

Os conflitos sociais levaram a busca pela democracia como resistência à concentração do poder, ou seja, a participação coletiva na construção social. Pela democracia, governos começaram a garantir igualdade efetiva na forma de direitos que perfazem a dignidade da pessoa humana, no molde de direitos fundamentais²¹.

Da perspectiva sistêmica, o Ordenamento Jurídico pátrio incorporou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1988, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Antes da adesão formal ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, em 1992, curiosamente, o Brasil promulgou a Constituição Federal da República em 1988. Tida como Constituição Cidadã, a Lei Fundamental do Estado do Brasil destaca no Título II os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. É possível sustentar que dentre as características fundamentais encontradas nos seres humanos há conjugação entre autonomia e dignidade para a determinação da ação ética, na sistemática Kantiana²².

Importa reconhecer a aptidão humana de expressar adequadamente seus sentimentos e de definir e organizar sua conduta, visando atingir objetivos pré-determinados, já que essa aptidão induz ao poder de interferir com a realidade, de modo a obter liberdade. O Direito emana da vontade humana como expressão desse poder de autodeterminação.

A Constituição Federal de 1988 é a exata representação da instrumentalização do poder na escolha democrática dos valores éticos-sociais que conduzirão a sociedade na efetivação dessas garantias individuais. Os direitos fundamentais, conforme ensina Canotilho, são expressões da evidência da norma como justa, ética e válida²³, ou seja, passam a interagir com o sistema normativo como fonte axiológica para criação, efetivação e moderação dos direitos.

Nessa perspectiva, é válido o ensinamento de Bonavides ao considerar a quarta geração de direitos fundamentais como: i) a universalidade ao direito de concretização da

20 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado democrático e social de direito*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coords. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-1/estado-democratico-e-social-de-direito>.

21 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado democrático e social de direito*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coords. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p.5. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-1/estado-democratico-e-social-de-direito>. “Em rápidos traços foi essa a caminhada histórica que levou, no século vinte, às concepções dos direitos humanos individuais e sociais como direitos fundamentais da pessoa humana, de todas as pessoas humanas sem qualquer discriminação. E isso foi consagrado em documentos de natureza política e jurídica, de origem e alcance nacional, como a Constituição, e de alcance internacional, como as Declarações, os Tratados, as Convenções e outros documentos que definem direitos e obrigações dos Estados signatários. No plano internacional tem especial importância, pelo caráter de universalidade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas-ONU em 1948, proclamando no art. 1º que ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos’.”

22 BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010, p.18: “Os dois outros conceitos imprescindíveis são os de autonomia e dignidade. A autonomia expressa a vontade livre, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar, em conformidade com a representação de certas leis. Note-se bem aqui, todavia, a singularidade da filosofia kantiana: a lei referida não é uma imposição externa (heterônoma), mas a que cada indivíduo dá a si mesmo. O indivíduo é compreendido como um ser moral, no qual o dever deve suplantar os instintos e os interesses. A moralidade, a conduta ética consiste em não se afastar do imperativo categórico, isto é, não praticar ações senão de acordo com uma máxima que possa desejar seja uma lei universal. A dignidade, na visão kantiana, tem por fundamento a autonomia. Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no “reino dos fins”, como escreveu –, tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. Tal é a situação singular da pessoa humana. Portanto, as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade. Como consectário desse raciocínio, é possível formular uma outra enunciação do imperativo categórico: toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia.”

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.115.

democracia; ii) direito à informação; e, iii) pluralismo²⁴. Com isso, o Estado precisa rediscutir a efetividade dos direitos fundamentais e a implementação de fato daquilo que a escolha democrática-constitucional já determinou.

A Constituição representa a unidade sistêmica do ordenamento jurídico, em especial, quanto a expressão dos seus valores materiais que vinculam todas as tomadas de decisões da sociedade²⁵, ou ainda, com a Constituição e sua perspectiva normativa-fundamental garantidora dos direitos fundamentais, qualquer decisão contrária representa retrocesso à dignidade do ser.

4 DEMOCRACIA, FINANÇAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se trata da aplicação dos direitos fundamentais, parte da doutrina ressoa a construção dogmática da reserva do possível, utilizada como critério interpretativo jurisprudencial²⁶ para delimitar os deveres estatais, principalmente os relacionados aos direitos socioeconômicos. A figura da reserva do possível (*Vorbehalt Möglichen*) nasceu na decisão *Numerus Clausus* do Tribunal Constitucional Alemão. Sobre a conjunção dos direitos sociais e econômicos, a doutrina alemã aplica-a respeitando-se a possibilidade orçamentária para distribuição dos recursos²⁷.

A jurisprudência brasileira assim se posicionou pela contextualização da questão orçamentária latente no Estado Democrático de Direito, isso porque a democracia desce às minúcias da escolha das políticas sociais adotadas pelo governo eleito. Torres eleva a perspectiva ao patamar de declarar a existência de um Estado Democrático Fiscal²⁸.

Aqui, a democracia representa o poder de escolha que a sociedade teve ao optar pela política fiscal-orçamentária escolhida pelo Governante, desde que tenha sido eleito pelas vias democráticas. A democracia deve ser substancial de modo a proporcionar efetividade participativa. Ao Governo cabe orientar essa participação, escolhendo políticas públicas que atendam aos anseios da sociedade, inclusive à minoria vencida no processo eleitoral.

Ao analisar a Alemanha da década de 1960, Habermas já destacava que a rígida separação entre o público e o privado estava a se desfazer, isso porque uma maior simbiose entre Estado e sociedade passou a existir. A (des)legitimação do Estado se fez pelo déficit orçamentário, tendo em vista a limitação natural na produção de bens pela sociedade financiadora do Estado, vez que este não produz riqueza. Em razão da progressiva análise realizada por Habermas, ao final da década de 80 o filósofo aponta a impossibilidade de o Estado Social Democrático atender a todas as demandas geradas pela sociabilização dos recursos públicos, que são limitados²⁹.

24 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571.

25 JUCÁ, Francisco Pedro. *Finanças Públicas e Democracia*. São Paulo: Atlas, 2014, p.13.

26 ADPF 45 MC/DF, Decisão de 29.04.2014, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo nº 345: ADPF – Políticas Públicas – Intervenção Judicial – “Reserva do Possível”.

27 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: v.I: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.291: “Perspectiva asseverada por Canotilho, a conjunção ocorrerá: 1) pela graduação de sua realização; 2) pela dependência financeira do orçamento do Estado; 3) pela liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização de tais direitos; 4) por serem insuscetíveis de controle jurisdicional os programas políticos-legislativos, a não ser quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou quando apresentam dimensões pouco razoáveis”.

28 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: v.I: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.19: “O Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988 (art.1º), por conseguinte, afirma-se sobretudo na via do orçamento, com o controle dos gastos públicos, o redirecionamento das despesas vinculadas às políticas sociais e certa regulação do social e do econômico, configurando-se como Estado Democrático Fiscal”.

29 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: v.I: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 14.

Surge, na perspectiva de Torres a influência do Orçamento na condução da democracia ao atentar para redução da desigualdade social, efetivando os direitos fundamentais³⁰.

Dessa forma a jurisprudência brasileira interpreta que os direitos sociais estão sujeitos à lei, com relevância da importância da normatividade orçamentária³¹.

A crise econômica do Estado não pode ser enfrentada como de menor importância para implementação do sistema público de assistência social ou de políticas públicas específicas. Isso não significa que haja espaço para retorno ao Estado Mínimo, mesmo o apreciado por Nozick³². Por contrário, deve permitir respostas não unívocas para a problemática da crise econômica³³.

O Estado como primado máximo da organização social deve, até certo ponto, estabelecer o padrão mínimo existencial para que o indivíduo exista. Sem o ser/indivíduo não há razão de existir do Estado³⁴.

O orçamento é o espelhamento representativo do consentimento dado pelos contribuintes ao Governo³⁵. O orçamento prevê a programação econômica da administração pública na condução dos diversos setores em atos de execução. A Constituição Federal do Brasil estabelece, no art. 165, §1º, que é obrigação do Estado instituir plano plurianual regionalizado, que garanta a execução de programas continuados para integração nacional³⁶. A integração nacional, no âmbito orçamentário, insere-se no plano plurianual apreciado pelo Congresso Nacional, art. §4º do art. 165, da CF; para fazer cumprir o combate “gelo econômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais” (art. 43 da CF). O desenvolvimento da Sociedade, com vistas ao bem comum de todos tem lastro em nossa norma fundamental. A implementação das políticas públicas tem viés material, na forma diretiva do art. 174 da Constituição Federal.

Como unidade política-federativa, o Estado Brasileiro, por meio da outorga Constitucional do art. 43 da norma máxima, busca meios de “realização das tarefas que poderão atingir o objetivo fundamental de erradicar pobreza e diminuir desigualdades sociais ao passo que se promove o desenvolvimento nacional”³⁷.

30 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: v.I: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.18: “Do ponto de vista orçamentário procura o equilíbrio entre a receita e a despesa pública e serve de fiador da redistribuição de rendas. O Estado Orçamentário atual, por conseguinte, tem o seu perfil tributário perfeitamente delineado e a sua vocação direcionada para os gastos relacionados com a garantia dos direitos humanos. Não abandona, porém, a responsabilidade pela proteção dos direitos sociais, senão até que serve de árbitro para a sua concessão, eis que tais direitos existem sob a “reserva do possível”, isto é, sob a reserva da soberania orçamentária”.

31 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: v.I: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.292.

32 NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.67: Seria moralmente inadmissível que as pessoas mantivessem o monopólio no Estado ultramínimo sem oferecer serviços de proteção a todos, mesmo que isso exigisse uma ‘redistribuição’ específica. Os administradores do Estado ultramínimo têm o dever moral de criar o Estado mínimo.

33 SANTOS, Estevão Campos dos. *O Liberalismo de John Rawls e a Constituição Federal do Brasil: o princípio da distribuição de Rawls e o Federalismo Fiscal Tributário*. São Paulo: FADISP, 2017, p.153.

34 SANTOS, Estevão Campos dos. *O Liberalismo de John Rawls e a Constituição Federal do Brasil: o princípio da distribuição de Rawls e o Federalismo Fiscal Tributário*. São Paulo: FADISP, 2017, p.153: “A perspectiva traçada impõe uma Constituição que transponha a simples barreira da organização administrativa e reflita nos fatores reais (incluindo as relações de poder) de determinado país, para um texto nobre e efetivo. A Constituição Federal de 1988 buscou propor a visão de transcendência entre assegurar a simples determinação clássica e avançar para minuciosidades determinantes na essência, representadas aqui como o mínimo existencial de cada pessoa. Sendo esse mínimo determinado pelos princípios da igualdade e redistribuição dos recursos, na forma do princípio da diferença.”

35 KIYOSHI, Harada. *Direito financeiro e tributário*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 96.

36 “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: § 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2020).

37 SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004, p.125.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias, na forma do §2º, do art. 165, da Constituição Federal, corresponderá às metas e prioridades da administração pública federal. A natureza da LDO é incluir nas despesas os gastos para o exercício financeiro do ano posterior, antecedendo à lei orçamentária anual. Por seu turno, a Lei Orçamentária Anual ou Orçamento Anual inclui em seu bojo as despesas e receitas das esferas do exercício do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário³⁸.

Em se tratando de tempos normais, a operacionalização do orçamento no Brasil se dá com regras dispositivas e impositivas para que se obedeça ao teto constitucional de gastos e, não haja o superendividamento do Estado pelos diversos motivos acima expostos. Isso faz com que as finanças públicas respeitem a regra de ouro, ou seja, não pode o Estado realizar desembolso financeiro superior ao previsto pelo equilíbrio orçamentário³⁹.

Por fim, nessa análise, a regra de ouro fica condicionada, não mais às questões de déficit e superávit, mas sim às questões conjunturais que “humanizam” o desembolso e aplicação para desenvolvimento da sociedade.

4.1 Direitos fundamentais e Covid-19: a crise da efetividade em novos patamares

Em 31 de dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, a Organização Mundial de Saúde (OMS) foi comunicada de casos surgidos de pneumonia decorrente de nova cepa denominada SARS-CoV-2, que provoca a doença COVID-19. De escalada progressiva, o alerta da OMS em 11 de março de 2020, declarou a nova síndrome como uma pandemia, caracterizada pela propagação mundial da doença⁴⁰.

No Brasil, os dados oficiais apontam o registro do primeiro caso em 27 de fevereiro de 2020. As informações atualizadas, concentradas e geridas pelo Ministério da Saúde, indicam 438.238,00 (quatrocentos e trinta e oito milhões, duzentos e trinta e oito mil) casos confirmados, 26.754,00 (vinte e seis mil, duzentos e cinquenta e quatro) óbitos confirmados até 28 de maio de 2020⁴¹. Esses são apenas alguns dos dados da dramática situação que enfrenta a humanidade, e em especial, a condição do Brasil.

Dentre as medidas adotadas em consonância com as regras da OMS, o distanciamento social é utilizado para diminuição do contágio e freio na taxa de ocupação das Unidades de Terapia Intensiva. Tal fato reverbera em outro aspecto relevante para a vida em sociedade: a *questão econômica*. Desse ponto, urge a análise perfunctória dos direitos fundamentais.

Em tempos normais, como no ano último, a República Federativa do Brasil

38 Em resumo: “O orçamento anual assume características de um programa de ação do governo interagindo com a lei do PPA e a LDO. A lei do PPA define o plano estratégico do governo a longo prazo, que fica mais no plano abstrato. A LDO seleciona as estratégias a serem implementadas. Aquela representa estratégia enquanto que esta representa a tática. A LDO estabelece um elo entre o PPA e a LOA que confere ao PPA um caráter dinâmico-operativo disponibilizando os recursos financeiros para a execução do plano estratégico definido pela LDO”. (KIYOSHI, Harada. *Direito financeiro e tributário*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.102).

39 Em especial atenção a Emenda Constitucional 94, de 15 de dezembro, de 2016, apelidada de PEC dos Gastos Públicos, limitou por vinte anos os gastos públicos. O texto aprovado prevê que a definição dos gastos públicos levará em conta a despesa primária do ano anterior acrescida de inflação c/c Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). A regra do teto de gastos não se aplica às transferências de recursos da União aos Estados e Municípios, previstos pelo federalismo fiscal, bem como ao desembolso financeiro destinado ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação Básica (Fundeb).

40 Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:Covid19&Itemid=875#historico. Acesso em: 28 mar. 2020.

41 Para os dados completos que são atualizados diariamente: Disponível em: <https://Covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 28 mar. 2020.

democraticamente estabeleceu o Plano Plurianual (PPA) pela Lei 13.971/2019, para o triênio 2020-2023. Dentre as diretrizes estabelecidas no art. 3º, propôs-se “a articulação e a coordenação com os entes federativos, com vistas à redução das desigualdades regionais.”⁴²

Em decorrência da PPA, a LDO previu meta de déficit fiscal primário de R\$ 118.910.000.000,00 (cento e dezoito bilhões novecentos e dez milhões de reais), sendo R\$ 124.100.000.000,00 (cento e vinte e quatro bilhões e cem milhões de reais) para os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e R\$ 3.810.000.000,00 (três bilhões oitocentos e dez milhões de reais) para o Programa de Dispêndios Globais⁴³. Para a Seguridade Social, especificamente, a estimativa de receita prevista da LOA, corresponde a R\$ 905.014.734.432,00 (novecentos e cinco bilhões, quatorze milhões, setecentos e trinta e quatro mil, quatrocentos e trinta e dois reais)⁴⁴.

Embora estratosféricas, as diretrizes fiscais para atendimento da Seguridade Social, apenas por parte da União, foram previstas, propostas e aceitas democraticamente para tempos de normalidade.

O direito à seguridade social é mais diretamente relacionado ao homem como indivíduo na sociedade, a fim de preconizar o bem-estar e sanar as deficiências sistêmicas, ou seja, está inserida na perspectiva de abrangência das garantias fundamentais.

A Constituição abordou entre os arts. 196 e 197 o direito de acesso ao Sistema Único de Saúde a todos, a ser garantido pelo Estado através de políticas sociais e econômicas. O regime de previdência social destina-se ao previdenciário geral com o fito de salvaguardar a sociedade em casos extremos, como doença, invalidez, morte etc., previstos nos arts. 201 e 202, da Constituição Federal. Encerrando a trinca da seguridade social, a assistência social é tida como processo universalizante do direito à seguridade por proporcionar a todos em situação de extrema necessidade, independente de contribuição e proteção material para subsistência.

Claus-Wilhelm Canaris, em suas conclusões sobre a primazia dos direitos fundamentais, apresenta que: i) o destinatário dos direitos fundamentais é o sujeito que detém a autonomia e o direito de autopreservação e; ii) os direitos fundamentais servem para controlar atos da administração pública⁴⁵. Pela perspectiva de Canaris, os direitos fundamentais não se limitam pela gerência/vontade do Estado. Em realidade, as gerações dos direitos fundamentais coadunam em reconhecer as garantias fundamentais e sua ocorrência oblíqua do conflito do indivíduo versus o absolutismo do Estado, o Estado Liberal Clássico, o Estado Socialista e tantas outras formas de limitação da liberdade, democracia e institucionalização constitucional.

Apontou-se anteriormente que predomina em nossa jurisprudência a teoria da reserva do possível como limitação da garantia da eficácia na aplicação instantânea dos direitos e garantias fundamentais. O direito administrativo, matéria de operacionalização da administração pública, admite a reserva do possível em termos de concretização administrativa dos tantos direitos sociais previstos na Constituição.

Fato é que quando se trata da reserva do possível como limitação da efetividade, de modo oblíquo, trata-se do mínimo existencial. Conforme a construção apresentada,

42 Lei Nº 13.971, de 27 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/plano-plurianual-ppa/arquivos/Lein13.971de27dedezembrode2019.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

43 Lei Nº 13.898, de 11 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/ldo/LDO2020/Lei_13898/Texto_Lei.pdf.

44 Lei nº 13.978, de 17 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2020/Lei/Lei13978-2020.pdf>.

45 CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 52.

diferentemente de uma teoria socialista, o mínimo existencial é necessário para preservar a qualidade do ser quanto ser⁴⁶.

A cooperação tem que se dar de forma a impor a todos a mesma participação, seja por questão moral – muitos têm morrido em meio a pandemia – seja por questão racional – quanto antes o fim chegar, mais rápido o Brasil reorganizará a busca pelo mínimo existencial.

De modo provocativo, a Constituição Federal garante seguridade social a todos que integram a sociedade brasileira e que estejam em situação de extrema necessidade e carentes de proteção material para subsistência.

A equanimidade do direito de assistência social como proteção material para o mínimo existencial, na perspectiva teórica de Rawls, tem como premissa maior proporcionar o previsto para toda a universalidade sem qualquer distinção, ou seja, não o melhor disponível no mercado para determinado indivíduo, porque se assim o fosse estar-se-ia diante do Estado Socialista⁴⁸.

O necessário deverá ser entregue na medida que recursos sejam disponibilizados e signifique distribuição equânime, não privilegiando grupos ou indivíduos, tendo em vista que se tal ocorrer o sistema projetado na Constituição se torna ineficaz.

Qualquer atitude contrária do Estado em garantir o mínimo existencial *em tempos de crise*, não encontra respaldo na interpretação principiológica da reserva do possível. Embora pareça óbvio, o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei do Orçamento Anual, na atual conjuntura, não deve guiar o modo de atuação do Estado, sob risco de irromper em contrariedade aos princípios máximos conformadores da Constituição, do Estado de Direito e dos Direitos Fundamentais.

O modelo interpretativo deve guiar-se por premissas distintas, mas, existem razões outras de afastabilidade da reserva do possível em tempos de crise? Sim, por óbvio, que sim: a) “possível” não se trata de grandeza aferível quanto à atuação do Estado. O Estado pode utilizar de diversas medidas para tornar possível uma prestação. Isso se dá com a reorganização das prioridades orçamentárias, a racionalização das despesas e a possibilidade de contrair empréstimos; b) ao Judiciário cabe declarar inconstitucionais as opções orçamentárias e as políticas públicas dos demais Poderes se houver critério para tanto, objetivado pela norma constitucional. Em tempos de normalidade, a intervenção indevida que não diz respeito a garantia dos direitos fundamentais, pode gerar instabilidade

46 SANTOS, Estevão Campos dos. *O Liberalismo de Jonh Rawls e a Constituição Federal do Brasil: O princípio da distribuição de Rawls e o Federalismo Fiscal Tributário*. São Paulo: FADISP, 2017, p.139: “A equidade de Rawls no contrato social tem toda relação com o retratado até o presente por relacionar a legitimidade governamental ao provimento de direitos políticos, civis e econômicos, dentro da realidade liberal. O segundo princípio estabelece a premissa de redistribuição de riqueza e rendimento para garantir igualdade com benefícios a todos. No preceito de igualdade, o determinante consiste na cooperação social. De modo prático, a democracia introduziria o próprio sistema de equidade social para cidadãos livres: ‘Serem os sujeitos pessoas iguais, quer dizer aptos a cooperar socialmente. Rawls afirma que as pessoas são livres em virtude do que podemos chamar de capacidades morais e capacidades da razão. Tais capacidades morais decorrem do facto de que eles são capazes de participar de um sistema equitativo de cooperação social e desdobram-se na capacidade para ter um senso de justiça, isto é, ‘na capacidade de entender, de aplicar e de agir segundo a concepção pública de justiça e a capacidade de adoptar uma concepção de bem – de formar e de racionalizar uma concepção racional do bem’.”

47 “Rawls salienta em especial a função de afectação de recursos traduzida na manutenção do sistema de preços, visando garantir uma concorrência eficaz, impedindo o desenvolvimento anômalo dos mercados e a identificação e correção de desvios à regra da eficiência resultantes das incapacidades dos mercados através de impostos e subsídios. É dentro desta função que concebe a fixação de um mínimo social fixado a partir da articulação entre as carências existentes. [...] Além da função de afectação de recursos, Rawls refere a função de distribuição cuja obrigação ‘é manter uma situação justa no que respeita à distribuição, através da tributação e dos necessários ajustamentos dos direitos reais’.” (CATARINO, João Ricardo. *Redistribuição tributária: estado social e escolha individual*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 92).

48 “Rawls salienta em especial a função de afectação de recursos traduzida na manutenção do sistema de preços, visando garantir uma concorrência eficaz, impedindo o desenvolvimento anômalo dos mercados e a identificação e correção de desvios à regra da eficiência resultantes das incapacidades dos mercados através de impostos e subsídios. É dentro desta função que concebe a fixação de um mínimo social fixado a partir da articulação entre as carências existentes. [...] Além da função de afectação de recursos, Rawls refere a função de distribuição cuja obrigação ‘é manter uma situação justa no que respeita à distribuição, através da tributação e dos necessários ajustamentos dos direitos reais’.” (CATARINO, João Ricardo. *Redistribuição tributária: estado social e escolha individual*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 92).

49 Sobre o tema sugiro a leitura do artigo: CAMBLER, Everaldo Augusto; DOS SANTOS, Estevão Campos; DE ALVARENGA, Robson. A dignidade dos animais e o ativismo judicial. *Revista Pensamento Jurídico*, v.11, n.1, 2017. Acesso em: 08 ago. 2017.

institucional⁴⁹. Ao Judiciário não cabe determinar qual a melhor política pública e sim ao Estado-Executivo defini-la. Ao Judiciário cabe declarar a omissão de políticas públicas; c) a impossibilidade de o Estado atender às demandas de despesas não serve como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social. As leis orçamentárias podem ser objeto de análise do STF, desde que antes se estabeleça critérios para tanto. É dever do Estado-Executivo apresentar, de acordo com a situação fática, a impossibilidade orçamentário-financeira além de garantir ao aplicar a proporcionalidade, o atendimento de direitos e garantias vinculadas aos destinatários dos direitos fundamentais⁵⁰.

Tanto assim que em razão da crise econômica, mesmo com algumas ressalvas e resistências governamentais, o Congresso Nacional em junção de forças com o Executivo Nacional, tramitou e aprovou em tempo recorde a Emenda Constitucional Nº 106, de 7 de maio de 2020, que instituiu o regime fiscal extraordinário para o desempenho de despesas tendentes a enfrentar a calamidade pública decretada em razão da pandemia. Não se trata do possível, e sim do necessário para manutenção da vida humana. Os direitos fundamentais não conhecem limitação quando se trata da preservação da vida humana.

Nessa mesma toada, a Medida Provisória 937/2020 aprovou crédito suplementar para a criação do auxílio emergencial para indivíduos de baixa renda, conforme regulamentado Lei 13.982/20, que alterou a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC). Embora a efetividade do auxílio emergencial seja altamente criticável em razão do grande número de brasileiros que ainda não conseguiu receber os valores mínimos, a previsão legal alenta, mas não por completo.

A democracia fiscal é o redirecionamento das despesas vinculadas às políticas sociais, axiologicamente. Sua aplicação, que visa a garantia da existência do ser, não depende de Emenda Constitucional como fonte integradora do sistema. A maior de todas as fontes é a existência do ser digno⁵¹.

Não há sociedade sem indivíduos. Não há cooperação sem sociedade. Não se fala de leis orçamentárias, normas constitucionais ou regra de ouro sem a existência e preservação do ser. Isso acontece com o constante e incessante desvelar dos direitos fundamentais que em tempos difíceis são redescobertos.

O caminho proposto por Rawls indica que o liberalismo permite a diferença social desde que não atinja patamar indesejável pela ótica dos princípios escolhidos e expostos na Constituição, ou ainda, “compete à função das transferências a fixação de um mínimo social. [...] A função de distribuição visa manter uma situação relativamente justa no que respeita à distribuição, por meio da tributação [...]”⁵²

Estabelecer a garantia do mínimo necessário, mesmo com transferência direta de recursos em situações gravosas, não tem correlação com a implantação do socialismo, isso porque “a ética da redistribuição distingue-se, [...] porque enfoca precisamente a moralidade da redistribuição”⁵³.

50 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.99.

51 Nessa perspectiva Rawls: “Então, embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito bem como por uma identidade de interesses. Há uma identidade de interesses porque a cooperação social possibilita que todos tenham uma vida melhor da que terias qualquer um dos membros se cada um dependesse de seus próprios esforços.” (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.5).

52 SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. Teoria da justiça de John Rawls. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v.35, n.138, p.193-212, abr./jun., 1998.

53 JOUVENEL, Bertrand. *Ética da redistribuição*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012, p. 19.

Distribuir os recursos captados na tributação através de mecanismo que efetive a existência humana é vetor hábil para redução da desigualdade que se aprofunda sensivelmente pela crise econômica, aproximando minimamente da pretensa equidade, isso porque “cabe à Administração pública escolher o destino da receita, que deve visar sempre ao bem-estar social”, do mínimo existencial⁵⁴.

Em tempos de crise não é muito reverberar o óbvio: a Sociedade deve cuidar dos seus, como Lispector, “o óbvio, [...], é a verdade mais difícil de se enxergar”⁵⁵.

5 CONCLUSÃO

Para Rawls, a justiça se adequa na “conformação das instituições sociais” capazes de organizar o Estado e propalar a igualdade humana fundamental. A liberdade fundamental surge para fundamentar as instituições ou sistemas legais determinados na Constituição Federal que objetivam distribuir os bens primários escolhidos.

Distribuição, nessa teoria, não significa a interferência irrestrita no cotidiano do cidadão e sim a participação do sujeito para manutenção e equilíbrio do contrato social. O Brasil não implementou, integralmente, direitos sociais, mesmo diante de um país continental e de fortes desigualdades regionais.

O liberalismo igualitário visa corrigir as desigualdades por vias contemporâneas. Com isso, a crise econômica introduzida pela pandemia da Covid-19 quebra toda a estrutura organizacional socioeconômica. As leis orçamentárias não são suficientemente claras, precisas e úteis para abarcar a complexidade dos novos fatos geradores causados e das possíveis desconstruções dos direitos fundamentais.

Percebe-se que a crise econômica gerará um impacto enorme nas ferramentas de conformação da justiça, ou seja, na efetividade buscada nos últimos anos para implementação dos direitos fundamentais. Em termos de gerações, embora se fale numa 4ª onda, o Brasil ainda luta pela efetividade final dos direitos e garantias de 2ª geração, em decorrência da instabilidade econômico-social disseminada em diversas camadas sociais.

Admitir, em razão da reserva do possível, que a atuação do Estado deva se limitar a determinados critérios antes aplicáveis em tempos normais, afronta a dignidade da pessoa humana. Não há limitação teórica possível para se garantir os direitos fundamentais quanto ao mínimo existencial em tempos de crise.

REFERÊNCIAS

ADPF 45 MC/DF, Decisão de 29.04.2014, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo nº 345: ADPF – Políticas Públicas – Intervenção Judicial – “Reserva do Possível”.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Paz e Vida, 1991.

54 DWECK, Ruth Helena. *Federalismo fiscal – experiências distintas: Estados Unidos e Brasil*. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2005, p. 17. (Textos para Discussão UFF/Economia).

55 LISPECTOR, Clarice. *Uma Aprendizagem ou o Livro dos Prazeres*. Rio de Janeiro: Rocco Editora, 1998, p. 32.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2020 e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/ldo/LDO2020/Lei_13898/Texto_Lei.pdf. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.971, de 27 de dezembro de 2019. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2020 a 2023. Disponível: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/plano-plurianual-ppa/arquivos/Lein13.971de27dedezembrode2019.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020

BRASIL. Lei Nº 13.978, de 17 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2020/Lei/Lei13978-2020.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 52.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado democrático e social de direito*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coords. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-1/estado-democratico-e-social-de-direito>.

DE CICCIO, Cláudio. *História do pensamento jurídico*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2011.

DWECK, Ruth Helena. *Federalismo fiscal – experiências distintas: Estados Unidos e Brasil*. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2005, p. 17. (Textos para Discussão UFF/Economia).

Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). OPAS BRASIL. Atualizada em 28 de maio de 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:Covid19&Itemid=875#historico. Acesso em: 28 mar. 2020.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. alemã por Lucas Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ISHIKAWA, Lauro. *O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2008. 147 f. Dissertação, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008.

JOUVENEL, Bertrand. *Ética da redistribuição*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012, p. 19.

JUCÁ, Francisco Pedro. *Finanças Públicas e Democracia*. São Paulo: Atlas, 2014.

KIYOSHI, Harada. *Direito financeiro e tributário*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LISPECTOR, Clarice. *Uma Aprendizagem ou o Livro dos Prazeres*. Rio de Janeiro: Rocco Editora, 1998.

LUNO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANTOS, Estevão Campos dos. *O Liberalismo de John Rawls e a Constituição Federal do Brasil: O princípio da distribuição de Rawls e o Federalismo Fiscal Tributário*. São Paulo: FADISP, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial Textos, Traducion: Francisco Ayala, Madrid, 2009.

SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. Teoria da justiça de John Rawls. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v.35, n.138, p.193-212, abr./jun., 1998.

TAVARES, André R.. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553625792. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625792/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: v.I: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Recebido em: 09.04.2021

Aprovado em: 28.04.2023

Como citar este artigo (ABNT):

FERRI, Carlos Alberto; CAMPOS, Estevão Schultz. Direitos fundamentais: a crise da efetividade em novos patamares em decorrência da pandemia. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.48, p.60-74, set./dez. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/05/DIR48-03.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.