



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Mestrado em Direito

AVRAHAM LAX

EMPOBRECIMENTO ILÍCITO SOCIAL:
a violação do sinalagma no contrato social brasileiro

BRASÍLIA – DF

2016

AVRAHAM LAX

**EMPOBRECIMENTO ILÍCITO SOCIAL:
a violação do sinalagma no contrato social brasileiro**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Junior.

BRASÍLIA – DF

2016

AVRAHAM LAX

**EMPOBRECIMENTO ILÍCITO SOCIAL:
a violação do sinalagma no contrato social brasileiro**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior.

Brasília, 27 de março de 2016.

Banca Examinadora:

Prof(a). Dr(a). José Levi Mello do Amaral Júnior

Orientador

Prof(a). Dr(a). Leonardo Roscoe Bessa
Centro Universitário de Brasília – UniCeub

Prof(a). Dr(a). Beatriz Bartoly

Membro Externo

Agradeço ao Professor. Dr. José Levi Mello do Amaral Junior pela orientação e brilhantes aulas.

De igual forma, agradeço à toda equipe de funcionárias da Secretaria desse Mestrado, em especial à Marley, em função dos serviços prestados ao longo do curso.

LAX, Avraham. EMPOBRECIMENTO ILÍCITO SOCIAL: a violação do sinalagma no contrato social brasileiro. Brasília: UniCEUB, 2016.

RESUMO

Inúmeros índices sociais indicam a mercantilização crescente de direitos fundamentais bem como a deficiência estatal em fornecê-los. Esse trabalho pretende entender se essa mercantilização de direitos fundamentais é fomentada pela ineficiência do Estado de Bem-Estar brasileiro e se esta possível ineficiência é causa de enriquecimento ilícito estatal. Ao traçar essa perspectiva, sugere-se analisar um possível efeito desse panorama indesejado: o empobrecimento ilícito social. Essa ideia se perfaz numa nítida violação ao sinalagma proposto no contrato social brasileiro, o que detém íntima pertinência com a judicialização da política, a qual seria melhor desenvolvida por intermédio de varas de políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; enriquecimento ilícito; mercantilização de direitos fundamentais; empobrecimento ilícito social, varas de políticas públicas.

LAX, Avraham. DEPLETION ILLICIT SOCIAL: violation of sinalagma in the Brazilian social contract. Brasilia: UniCEUB, 2016.

ABSTRACT

Numerous social indices indicate the growing commodification of fundamental rights and the state disability to supply them through provision of public services. This work aims to understand whether the fundamental rights of commodification is fostered by the inefficiency of the State Welfare Brazilian and, if this can cause inefficiency of state illicit enrichment. In tracing this perspective, one should analyze the possible effect of this unwanted scenario: social illicit impoverishment. There is a clear violation of sinalagma proposed in the Brazilian social contract, which is probably the cause of legalization of politics, which would be best developed through public policies sticks.

KEYWORDS: fundamental rights; illicit enrichment; commodification of fundamental rights; social illicit impoverishment, public policy sticks.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1 – NÚMERO DE CRIANÇAS MATRICULADAS EM ENSINO BÁSICO	43
FIGURA 2 – VAGAS DE ESTABELECIMENTOS DE NÍVEL SUPERIOR EM SÃO PAULO	46
FIGURA 3 – MAPA DEMONSTRATIVO DO INVESTIMENTO BRASILEIRO NA SAÚDE	50
FIGURA 4 – 7º MENOR INVESTIMENTO EM SAÚDE PELO BRASIL	51
FIGURA 5 – OPINIÃO DOS POLICIAIS BRASILEIROS SOBRE REFORMAS E MODERNIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA	56
FIGURA 6 – QUADRO DE MATRÍCULAS EM CRECHES.....	75
FIGURA 7 – COMPARATIVO DE INFRAESTRUTURA ENTRE ESTABELECIMENTO DE ENSINO PRIVADO E PÚBLICO	75
FIGURA 8 – CRESCIMENTO PRIVADO DO ENSINO SUPERIOR	76
FIGURA 9 – CRESCIMENTO DE ENSINO PRIVADO ACENTUADO A PARTIR DE 2000	77
FIGURA 10 – EVOLUÇÃO DO PERCENTUAL DA POPULAÇÃO USUÁRIA DE PLANO PRIVADO DE SAÚDE	78
FIGURA 11 – DISTRIBUIÇÃO DO ORÇAMENTO EM 2014	79
FIGURA 12 – TABELA DEMONSTRATIVA DO CRESCIMENTO DO EFETIVO DE VIGILANTES EM SÃO PAULO	80
FIGURA 13 – CARGA TRIBUTÁRIA POR HABITANTE NO BRASIL.....	82

LISTA DE SIGLAS

ABREVIS	- Associação Brasileira das Empresas de Vigilância
ADI / ADIn	- Ação Direta de inconstitucionalidade
ADPF	- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal
CC	- Código Civil
CRFB	- Constituição da República Federal do Brasil
CFM	- Conselho Federal de Medicina
CPC	- Código de Processo Civil
ICMS	- Imposto sobre circulação de mercadorias e prestações de serviços
MS	- Ministério da Saúde
NCPC	- Novo código de Processo Civil
OCDE	- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMS	- Organização Mundial de Saúde
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
SUS	- Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 ENRIQUECIMENTO ILÍCITO ESTATAL BRASILEIRO.....	12
1.1 O sinalagma advindo do contrato social brasileiro.....	13
1.2 A violação ao sinalagma do contrato social brasileiro.....	39
2 EMPOBRECIMENTO ILÍCITO SOCIAL	93
2.1 Empobrecimento ilícito social como efeito do enriquecimento ilícito estatal	71
2.2 O poder judiciário como fonte do reestabelecimento do sinalagma violado	93
3 A NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DO JUDICIÁRIO FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	93
3.1 Especialização do judiciário em busca da efetividade processual.....	114
3.2 Varas de políticas públicas: cognição judicial apurada na tentativa de reequilibrar o sinalagma social.....	126
CONCLUSÃO.....	138
REFERÊNCIAS	140

INTRODUÇÃO

A sociedade permite o homem superar suas próprias forças, com a finalidade de se opor às intempéries naturais ou aos próprios homens, o que, inevitavelmente, eliminaria o próprio homem ou lhe ofereceria condições adversas de sobrevivência. Para tanto, a sociedade estabelecerá sua base organizacional que lhe permite alcançar uma união dos homens de modo coordenado.

Dessa feita, um contrato social se estabelece e é o guia de convivência societário, sendo que, modificações desse trato tornará inócua a finalidade buscada em sociedade e facilitará o retorno do homem ao seu estado primitivo anterior, o que determinará o fim dos objetivos buscados no apanhado de forças humanas.

O Brasil, por sua constituição de 1988, adotou a forma societária consubstanciada num estado social, a qual minora o individualismo e enaltece valores igualitários de cunho humanista, em que o Estado é protagonista e garante de direitos sociais básicos. No preâmbulo constitucional brasileiro há a orientação estatal em assegurar o exercício dos direitos fundamentais, o que estampa o fim buscado pela sociedade brasileira em tornar concreto o exercício dos direitos sociais e individuais, numa sociedade harmônica e igualitária onde não se evidencia valores pessoais capazes de refutar a orientação pluralista e alcançável *erga omnes*.

O Estado brasileiro tem como fim consagrar a dignidade da pessoa humana e enaltecer os valores de igualdade liberdade e justiça, os quais montam o objeto da forma societária adotada no Brasil. Não é por outra razão que o Título II da CRFB trata dos direitos e garantias fundamentais, o que endossa, a função de garante pelo Estado Brasileiro quanto ao exercício desses direitos.

Logo, o funcionamento da organização societária brasileira deve implementar e tornar acessível os direitos básicos do cidadão, de forma igualitária e sem discriminação injustificável, ao se orientar por objetivos que envolvem a promoção do bem-estar de todos de forma universal. Esse funcionamento do Estado Social Brasileiro é estabelecido por um sinalagma que justifica a gênese de um uma formação política organizada, em que deveres e obrigações são estabelecidos numa relação jurídica entre o ente estatal e sociedade - os quais possibilitam a realização dos fins estabelecidos, conforme traçado em linhas inaugurais, que

viabilizam a proteção e segurança dos cidadãos num Estado garantista de direitos básicos.

Essa relação jurídica recíproca entre administradores e sua administração pública de recursos é fundamentada na legalidade e igualdade, tendo por escopo a norma constitucional. Logo, visualiza-se que as partes integrantes dessa relação, cidadãos e Estado, detém um grau de reciprocidade de ações, o que reforça a ideia de condutas afirmativas pelo Estado Social Brasileiro e a imposição, portanto, de obrigações recíprocas na relação apontada. Essa relação se baseia na submissão ao ordenamento jurídico estatal por parte da sociedade e devolução pelo Estado de serviços públicos que assegurem a segurança e justiça dos aderentes ao seu sistema normativo. Está aí apresentada a ideia de sinalagma ou reciprocidade no contrato social brasileiro.

Portanto, os direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal se tratam de cláusulas a serem efetivadas pelo Estado Social Brasileiro, conforme declinado na Constituição Federal – esta elaborada nos maiores ditames da política nacional, as quais devem ser concretizadas sob pena de tornar meras palavras em assento normativo distinto, o que, nessa perspectiva, consistem em direitos subjetivos a serem postulados pelos componentes societários. Nesse sentido, cabe ao Estado assegurar sua provisão constitucional à sociedade, sendo que esses direitos não devem se submeter a decisões meramente discricionárias ou tendências governamentais.

Contudo, o contexto envolve uma problemática: a atuação judicial na formulação de políticas públicas, orientadas no próprio texto constitucional brasileiro ao ser constatada a ausência de efetividade e concretização dos encargos político-jurídicos, supridos com viés mandatório judicante. Esse fenômeno é tido como judicialização da política, que se trata de tentativa em buscar o reequilíbrio do sinalagma estabelecido no contrato social. Visualizou-se, ao longo dos estudos, a necessidade de aprofundar a cognição judicial em questões dessa natureza, por intermédio de varas de políticas públicas, com o objeto de evitar decisões pulverizadas que possam atentar contra a execução de políticas públicas pelo seu poder apropriado numa ótica direta: o executivo.

Do contexto, cabe questionar se o Estado Social Brasileiro está promovendo seu próprio enriquecimento sem causa, ou enriquecimento ilícito, ao violar o sinalagma advindo do contrato social brasileiro, relação jurídica calcada na submissão civil ao ordenamento jurídico e fornecimento de segurança e justiça pelo Estado, representados, hodiernamente

numa devolução à sociedade em prestação de serviço deficiente. Nesse quadro, o Estado tem permitido que sua população, inobstante o cumprimento de suas obrigações societárias, busque a mercantilização de direitos fundamentais, o que comprova uma questionável consecução dos fins adotados pelo sistema normativo brasileiro. De seu lado, a sociedade tem reagido à essa anêmica prestação devolvida pelo Estado, e o provoca de forma enviesada pelo poder judiciário.

Esse panorama sugere a configuração de um empobrecimento ilícito social - já que a sociedade não recebe a reciprocidade proposta no contrato social de contraprestações – com apoio da ótica das escolas contratualista e igualitarista, o que está sendo embasado nos índices temerosos de fornecimento de direitos básicos e causando como problema um desafio à harmonia dos poderes por atribuir a um poder judicante o dever de fazer as vezes de um poder com predominância executória.

Desta feita, o trabalho será desenvolvido em três capítulos. No primeiro capítulo será investigado o sinalagma advindo do contrato social brasileiro que tem como base a formulação de cláusulas de reciprocidade entre o Estado e a sociedade, consagrado na norma constitucional e seus permissivos legislativos. A partir desse ponto, será revelada a violação por parte do Estado às contraprestações fixadas socialmente, que será caracterizada como um enriquecimento ilícito estatal brasileiro.

No segundo capítulo será identificado o empobrecimento ilícito social, como outra face da moeda do enriquecimento ilícito do Estado brasileiro, bem como o chamamento do judiciário na tentativa de reequilibrar o sinalagma social. Essa busca se dá em face da flagrante escassez de devolução de obrigação estatal, a qual fomenta e estimula a busca de direitos fundamentais junto ao mercado privado.

No último e derradeiro capítulo, será avaliada a possibilidade de uma cognição apurada do judiciário, de modo especializado, com o intento de melhor se portar frente ao fenômeno da judicialização da política. Esse fenômeno pode ser tratado como a evocação do poder judiciário em reequilibrar o sinalagma social apontado no capítulo dois, por intermédio de varas de políticas públicas.

Para atingir uma compreensão e melhor abordagem do tema proposto, será realizada estudos bibliográficos; percepções doutrinárias brasileira e estrangeira; análise predominante de pesquisas por órgãos oficiais e análise de legislação e estudos jurisprudenciais.

CAPÍTULO I – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO ESTATAL BRASILEIRO

Obras doutrinárias e jurisprudência pátria tratadas ao longo do presente tópico indicam a existência de um contrato social Brasileiro, consolidado num sinalagma estatal em razão da sociedade. É possível verificar, de um lado, a prestação de serviços estatal com a finalidade de fornecer direitos fundamentais; de outro, a sociedade observa os deveres e obrigações estipuladas pelo Estado, singularizados na obediência às normas, leis e regras, dentre elas a obrigação tributária.

O pensamento Rousseauiano, inspirado em seus antecessores Locke e Hobbes, notadamente tratado na obra *Contrato Social*¹, trilha essa abordagem e a relaciona ao atual pensamento de formação de Estado moderno. Essa ideia central é básica para o alcance dos contornos da existência dessa reciprocidade, ou sinalagma apontado anteriormente. A composição de reciprocidade existente entre o Estado e a sociedade detém forma específica no contrato social em vigor na sociedade brasileira.

Esse contrato social é chancela para o cidadão estar inserido na sociedade democrática brasileira, o qual deve se ater às leis e demais estipulações jurídicas, ou seja, sua condução em sociedade é balizada pelo ordenamento jurídico, o qual estipula as ações e não fazeres individuais, projetados em simbiose com a sociedade em que se encontra. Percebe-se uma cartilha trazida pelo Estado como requisito à vida do homem, a qual deterá ingerência sobre seus mais variados aspectos de vida, seja o direito fundamental a saúde, moradia ou educação dentre outros, posto que todas essas matérias e outras relacionadas aos direitos fundamentais estão tratadas e reguladas na Constituição Federal, tratados internacionais e leis, até alcançarem suas derivações executivas como decretos e portarias. Como será visto em capítulo ulterior, o equilíbrio desse sinalagma social tem sido evocado no poder judiciário, dando frutos às inúmeras discussões que envolvem a denominada judicialização da política.

Percebe-se, assim, uma das tarefas primordiais do Estado: a de regulamentar a conduta em sociedade frente à elaboração de regras de convivência das pessoas, sem as quais essa possibilidade se mostraria praticamente intrincada. Deste modo são instituídas regras genéricas

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. Tradução de Ridendo Castigat Mores. São Paulo: Cultrix, 1995.

cuja função elementar está em disciplinar à convivência entre as pessoas com outros membros e as relações destas pessoas com o Estado.

Esse alicerce estatal, calcado na norma jurídica, traz exigência de observância aos seus ordenamentos. Mas, de outra banda, há também a submissão do Estado aos princípios fundamentais que resguardam as garantias aos cidadãos, sendo certo que o Estado Democrático de Direito é hipótese institucional que busca concretizar e manter equilibrado esse processo de reciprocidade entre sociedade e Estado, o que possibilita a construção da ideia de um contrato social brasileiro dotado de reciprocidade entre partes distintas: de um lado o Estado, de outro o cidadão e sociedade.

O Estado ao não ou mal cumprir sua parte no contrato social, certamente estará violando o equilíbrio que orientou toda a concepção da gênese estatal, colocando em cheque a orientação dos seus componentes em se manterem organizados politicamente sob sua batuta. Esse panorama não pode ser simplesmente ignorado pelo direito ou por seus observadores, porquanto o Estado deve observância às suas próprias orientações e normas estipuladas na condução da sociedade, sob pena de iniciar um processo de desintegração da atual concepção de Estado. Esse desequilíbrio sugere que o Estado obtenha vantagens obrigacionais sem devolver a contrapartida correspondente, o que lhe gera uma experiência de enriquecimento ilícito.

Essa circunstância, em outro lado da moeda, certamente gera efeitos a serem diagnosticados e sugeridos no próximo capítulo, qual seja, uma experiência de empobrecimento ilícito societário, uma vez a observância dos ordenamentos e confecções normativas estatais pelos cidadãos em contraposição ao não atendimento da expectativa estipulada socialmente em face do não ou mal cumprimento das obrigações pelo Estado.

1.1 O sinalagma advindo do contrato social brasileiro

A certeza das coisas e sensação de segurança dizem respeito à própria natureza humana, que se revelam num anseio dos homens, as quais detêm correspondência jurídica² e põe em destaque o elevado significado das ordens fundamentais de determinado ordenamento

² GRAU, José Cortés. *Curso de derecho natural*. 4. ed. Madrid: Nacional, 1970, p. 26.

jurídico eleito, função atribuída ao Estado, o qual precisa proteger e impedir extremas ameaças aos seus.³

Ao homem é dada a oportunidade de obter segurança por intermédio de justiça, o que se apresenta como função primordial do Estado, uma meta inarredável aos valores de uma sociedade democrática, sob pena de criação de uma distorção cognitiva de segurança e o próprio questionamento da existência do Estado⁴. Em conformidade a essa afirmação, as lições de Camus⁵ dão conta que:

[...] “entre a justiça e segurança existe uma mútua compenetração, sendo de absoluta necessidade a coexistência de ambas para o desenvolvimento ordenado de uma sociedade civilizada”. Nada obstante, em caso de flagrante conflito entre segurança e justiça é comum no âmbito da ciência do direito que forçosamente se prevaleça a segurança, posto que, ao predominar o idealismo de justiça, Paulo NADER esclarece que “a ordem jurídica ficaria seriamente comprometida e se criaria uma perturbação na vida social”.

Deste modo, a segurança e a justiça se apresentam como base da estrutura estatal brasileira, enunciadas num rol de direitos como motivador maior do homem e condição favorável a sua interação social com os demais membros da sociedade justificadora da estrutura estatal.

Para alcançar a segurança advinda da aplicação jurídica das normas, com vistas à justiça, o Estado deve praticar diretrizes em seu ambiente interno. Em utilidade à essa proposição, se apresenta a divisão dos poderes, enunciada por Aristóteles e retomada por Montesquieu⁶, considerada essencial para auxiliar os fundamentos do Estado Brasileiro prescritos pelo art. 3º da CF⁷, intensificadores dessa configuração de Estado como garantidor dos direitos fundamentais por estabelecer regras que possibilitem o fiel cumprimento e vários

³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 02.

⁴ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1973, p. 294.

⁵ *Apud.*, NADER, Paulo. *Introdução ao estado do direito*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 121.

⁶ *Ibidem*, p. 122.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

objetivos fundamentais num sistema de pesos e contrapesos que se auxiliam e supervisionam.⁸

Essa didática separação de poderes adotada pelo Estado – porquanto pode ser entendida como forma organizacional da administração do poder do Estado, considerado uno, afinal o poder decorre do povo nas linhas do art. 1º da CF⁹, em seu parágrafo único – também detém utilidade na solução e desfecho dos conflitos entre os indivíduos que dividem a mesma sociedade. Antes da figura do Estado como organizador social, esses conflitos eram resolvidos entre as próprias partes, o que nem sempre refletia o senso de justiça, afinal prevalecia, invariavelmente, o resultado prático ao mais forte, ao mais astuto ou ao mais sortudo, o que se traduziria, em entendimento atual, como verdadeira seleção casuística do vencedor das contendas instauradas. Em outras palavras, não seria acolhida a concepção hodierna de justiça, calcada não em predicativos fortuitos. A partir de então, situações pré-determinadas e aplicáveis à qualquer sorte de pessoa se apresenta como ferramenta advinda da separação de poderes, com o condão de dissolver contendas e promoção da pacificação social.

Esta ideia natural de justiça, atribuída de predicativos individuais, tinha como alcance inúmeros casos de injustiças, se pensadas em termos atuais de composição de conflitos. Conforme as clássicas declarações hobbesianas: “*Bellum omnium contra omnes e Homo homini lúpus*” – que se traduz como “Todos contra todos e o Homem é o lobo do homem”, expressões prescritas em *Leviatã*¹⁰ que indicam a sorte que se atrelava à solução de conflitos. A real essência de justiça não se caracteriza nesse modelo. Atualmente se perfaz num núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana, independente da sua correspondência peculiar de força, sorte ou inteligência, o que impede o avanço incessante contra a exploração do homem pelo homem sob o controle de *Leviatã*, pois o Estado soberano não se traduz correspondente nas sociedades democráticas a exemplo do Brasil.¹¹

O Direito, nessa proposta impessoal, trouxe como meta a busca do fim do massacre homínideo pelos seus próprios representantes na forma praticada em estágios anteriores de experimento do Direito contemporâneo. Os interesses do homem se apresentam garantidos pelo direito, por regras de comportamento e sua aplicação, seja para evitar a tirania estatal ou

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais. Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

¹⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 05.

individual¹². Tal prenúncio vem justificar a existência do Estado com o intento de frear seus próprios ímpetos e os instintos egoístas do ser humano, o que ajuda a preservar o ideário de liberdade do homem trazido com a idade contemporânea, que num cenário de desigualdades acaba por permitir que a liberdade dos mais fracos seja abolida pelos mais fortes.

A ascendência do Estado é envolta por uma névoa de inúmeras incertezas. A doutrina veicula uma pluralidade de opiniões a esse respeito. Dentre elas, há concepção da gênese estatal forjada pelo instinto como a fé, que se afasta das razões históricas ou racionais. Para ilustrar, remonta-se a proposta religiosa idealizada por São Paulo, segundo Nader entendida que “todo poder emana de Deus e o Estado decorre de uma intencionalidade divina”, o que dista de questões vivenciadas historicamente pelas sociedades ou fundamentos racionais e lógicos suficientemente universais, que cederá à dificuldade de manter uma consistência argumentativa da origem da formação estatal que tenha aceitação plural por faltarem elementos científicos ou fatuais.¹³

Mas, por mais adversa que as teorias que investigam a gênese estatal possam se apresentar, a contribuição da proposta no Contrato Social indica traços universais de compreensão, porquanto tem como base uma ideia de reciprocidade entre sociedade e a estrutura estatal, viabilizadores de uma unidade política. Tanto assim o é que, mesmo no caso de razões formadoras do Estado calcadas na fé, a qual indica cunho agudo de subjetivismo, onde prevalece o poder da crença individual, é possível vislumbrar uma determinada reciprocidade, também presente na ideia contratualista. Por exemplo, no caso de um entendimento de formação de Estado fundado na fé, ainda assim haverá a ideia que aquele que se portar nos ditames correspondentes aos dogmas ou preceitos divinos, ou seja, seguir a vontade de Deus, irá receber em retorno seu bem-estar, ou benção, ou plano divino para o pós-morte, o que já demonstra o caráter de reciprocidade ou sinalagma entre aquele que crê e seu ente divino. Como visto, o sinalagma, ou reciprocidade, é fonte inspiradora maior das ideias contratualistas, seja de Rousseau, Locke ou Hobbes, possível de ser detectada inclusive numa inspiração divina de formação societária.

E assim se apresentou a ideia de um contrato social, ao expor uma função racional da existência dele, passível de ser acoplada aos diversos entendimentos de gênese estatal. Essa abordagem tem enlace com a Escola de Direito Natural com fincas na filosofia epicurista –

¹² HOBBS, Thomas. *Op. Cit.*

¹³ NADER, Paulo. *Introdução ao estado do direito*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 133.

filosofia que busca o prazer para o alcance de um estado desejado de satisfação, o que a torna bem próximo do Direito Natural, daí a relação das fontes citadas. Basta perceber a sensação de liberdade inata ao homem como costuma ser evocado no Direito Natural.¹⁴

Nessa evidência, o contrato social tem laços na relação homem natureza, vindo a se incrementar em momento posterior com uma sociedade complexa, instruída pela essencial característica social do homem. Surge como reforço da construção filosófica do Estado o denominado “*pactum unionis*”¹⁵, que constrói o sentido simbiótico constante de uma sociedade organizada politicamente sob a condução de um Estado forte, apesar de este estar submetido aos contornos de um Estado incipientemente absolutista – o que se traduzia num significativo avanço à época das proximidades de um Estado Natural de forças e dissoluções de contendas.

Esse pacto desembocou na possibilidade de eleição de um governo num segundo estágio, denominado “*pactum subjectionis*”¹⁶, o qual, evidentemente, está agregado ainda àquela ideia de melhor representação de segurança a ser devolvida àqueles presentes em sua sociedade. Esse panorama, em consonância com Del Vecchio, “tem mais a finalidade de mostrar como o poder político emana do povo e reivindicar para este o direito soberano”¹⁷, ainda que se apresente como momento inicial da unidade social. A percepção de base contratualista tem origens mais sólidas em Rousseau, que se aproxima aos contornos democráticos atuais, o que vincula um ambiente protegido de ameaças a direitos imprescindíveis ao ser humano que pudessem limitar a liberdade dos homens e mesmo a renúncia de direitos.¹⁸

Em sua obra filosófica intitulada “Leviatã”, o teórico político Thomas Hobbes indica a base inaugural da formação lógica do Estado, a qual indica que todos devem se vincular ao ente estatal, entregando-lhe os direitos individuais, com a expectativa de segurança a ser retribuída em face da submissão individual, a qual indica com clareza a reciprocidade afeta das teorias contratualistas:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los [os homens] das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes, assim uma segurança suficiente [...], é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a

¹⁴ NADER, Paulo. *Op. Cit.*, p. 133.

¹⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Apud.*, NADER, Paulo. *Op. Cit.*, p. 133-134.

¹⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 38.

um assembleia de homens [...] Todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões à sua decisão [...] de um modo que cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado.¹⁹

Essas bases contratuais inaugurais de formação do Estado permitirão, em momento ulterior, a formação de propostas com diversas nuances contratuais, como os Estados Sociais de *welfare* ou liberais. Importante destacar que o Estado de *Welfare* incrementa a reciprocidade ou sinalagma do Estado em razão das dilatadas garantias dos direitos fundamentais e seu fornecimento por intermédio de políticas públicas. Essa abordagem instrumental sinalizada pela escola contratualista, revela a contrapartida de submissão dos componentes societários ao Estado, sendo certo que “a instituição estatal nada mais representa do que criação artificial dos homens, como meio de garantir a dominação das classes hegemônicas”, como afirmam Streck e Morais.

Assim, novamente se observa a ideia da existência do sinalagma ou reciprocidade. De um lado se apresenta a função de garantista estatal, capaz de dotar seus componentes de segurança; de outro o domínio de classes, a qual se dá por submissão às normas estatais. Tal estrutura é um a “contraposição entre o Estado de Natureza e o Estado Civil, intercedido pelo Contrato Social”²⁰, porquanto o Estado Civil dá contornos ao Estado de Natureza impeditivo da prevalência dos mais fortes nos desfechos das contendas por abranger maiores garantias em face das vontades individuais.²¹

Em seu discurso, Locke, a despeito desse “Contrato Social”, afirma tratar-se essencialmente de uma garantia em que direitos pré-sociais, dito naturais, devem ser assegurados integralmente pelo soberano. Contudo, nesse primeiro momento, acompanhava o ideário do filósofo uma atuação absolutista do Estado, a ponto de afirmar categoricamente que “ninguém detém o direito de escolher a religião, por exemplo, resultando em uma negativa total do direito a liberdade (de escolha)”.²²

¹⁹ HOBBS, Thomas. *Op. Cit.*, p. 109.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 29.

²¹ *Idem.*

²² LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 76.

Este teórico postulava basicamente a existência do estado de natureza anteriormente estabelecido sem a existência de uma autoridade política, sob o argumento de que o homem deteria um interesse nato em se harmonizar com os demais membros do grupo. Segundo ele, esse interesse determinaria os termos desse pacto e seu formato, a dimensão e os limites do governo estabelecido num poder absoluto, que se aperfeiçoaria numa atuação limitada constitucionalmente²³. Nesse pensar, o inglês pregava que:

Os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela.²⁴

Logo, a premissa é bem cristalina e reforça a ideia de que os interesses de uma coletividade de pessoas deveriam ser harmonizados em torno de uma meta comum, isto é afirmar que “o grande e principal fim dos homens se unirem em sociedade e de se constituírem sob um governo é a conservação de sua propriedade”²⁵, o que de certa forma se apresenta em valoração da individualidade em sociedade.

John Locke experimentou instabilidades políticas de cunho religioso – dos quais, o conflito com a Irlanda que ainda perdura até os dias atuais²⁶ -, o que o inspirou a pensar na segurança atribuída ao poder estatal para viabilizar uma proposta de governo de interesse comum, já que este formato poderia desembocar estímulo à harmonia buscada em suas ideias de unificação de homens. Dessa forma, o poder a ser emanado do povo estaria imune aos principais ingredientes fomentadores dos conflitos observados à sua época.

Partindo deste desenvolvimento, tem-se que o contrato social tem fincas numa necessidade humana para garantir a convivência em harmonia e a segurança individual, diante de possíveis agressões que possam advir dos outros membros da sociedade, do próprio Estado ou da natureza, caso não se tenha o poder regulado por normas garantidoras dos direitos.

²³ LOCKE, John. *Op. Cit.*, p. 13.

²⁴ *Ibidem*, p. 76.

²⁵ *Idem*.

²⁶ MELO, Vilma Felipe Costa de; COSTA, Saulo Felipe; ARAÚJO, Cletiane Medeiros. Hobbes e Locke: duas propostas políticas para a guerra civil inglesa (sec. XVII). *Problemata - Rev. Int. de Filosofia*. Vol. 02. N.o. 01. (2011). p. 196-227. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/problemata/article/view/10815/6200>>. Acesso em: jan. 2016.

Fica evidenciada assim a contribuição da escola contratualista para a gênese do Estado de Direito, a qual se vincula aos direitos pré-sociais das pessoas e atinge em momento posterior a democracia, visão correspondente aos ditames brasileiro, maximizado pelo texto Constitucional de 1988, o qual atribui ao povo o poder na constituição e tem por base um sinalagma e reciprocidade de obrigações, conforme demonstrado até então.²⁷

Essa ressonância contratual na formação estatal se encontra como ideia presente entre os operadores de Direito. A autora Bruna Schlindwein Zeni destacou que a discussão em torno da temática da democracia chega ao cume com os discursos de Rousseau na compreensão do contrato social. Afirma que “somente a vontade geral pode direcionar a força do Estado no cumprimento da razão de ser de sua instituição – o bem comum”, discurso afeto ao estabelecido num contrato social, como no caso do Brasil, o que reforça a ideia das bases contratuais de que se falou outrora.²⁸

Rousseau demonstra que o advento das sociedades civilizadas teve como suporte uma colisão de interesses particulares, onde há a ideia de acordo entre particulares determinar os interesses comuns na formação e condução do Estado. A vontade emanada dos particulares se circunda em regra sobre os bens privados em convivência com um desígnio geral de metas ou objetivos, onde deve residir boa parte da preocupação do corpo social, o que sugere ser a vontade do bem comum a própria vontade individual redimensionada.²⁹

Indubitavelmente, essas afirmações levam à crença de que o contrato social é acima de tudo a expressão máxima da soberania popular da confirmação da democracia, o que conduz a compreensão em torno de poder e de governo e sua implicação nas condições sociais, sendo expressas pelos desígnios coletivos do homem, eivada de liberdade garantida de forma legítima pelos dispositivos presentes na Constituição Federal.³⁰

Rousseau entende que se “defenda e proteja contra toda força comum, a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, apenas obedeça a si próprio, e se conserve tão livre quanto antes [...]”, logo, uma circunstância em que o sinalagma presente no contrato social não esteja nesses termos em razão de um mal ou não funcionamento estatal,

²⁷ ZENI, Bruna Schlindwein. *Contrato social, estado democrático de direito e participação popular*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2834.pdf>. Acesso em: nov.2015.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Ibidem*, p. 04.

a legitimidade para a atuação do Estado estará finalizada³¹, porquanto ao não se observar a existência da reciprocidade entre Estado e sociedade, a defesa das pessoas e seus bens não subsistirão, como tem ocorrido no proposto empobrecimento ilícito social, a ser desenvolvido em tópico ulterior.

A doutrina ensina e concorda com as ideias de Rousseau, notadamente no ponto em que propõe que os “deputados do povo não são, e não podem ser, seus representantes; eles são meramente seus agentes; e eles não podem decidir nada em termos finais”, o que valida e torna atual as diretrizes de Rousseau³², afinal a permanência de um deputado é justificada pela manutenção dos anseios daqueles que o elegeram, o que se dá pela devolução estatal em forma de ações positivas, maior substância de um sinalagma estatal a ser providenciado na forma executiva.

Essa autonomia popular na condução e formação da estrutura estatal representa o poder político supremo e independente manifesto ao sancionar o conceito do Contrato Social, que não é implícito pela vontade de todos, mas sim pela representação individual de cada componente societário, em que se soma a vontade individual do sujeito com ênfase em seus bens privados junto com àquela vontade geral, ao alcançar a meta elementar da “harmonia em busca do interesse comum”.³³

O contrato social, no caso brasileiro, indica suas estipulações de um desígnio geral, ao elencar os princípios fundamentais do Estado contidos expressamente no texto da Constituição Federal. Esses princípios ratificam a estrutura dos teóricos contratualistas eivada pela liberdade e democracia, com vista do interesse público comum.

A sorte do desfecho das contendas não pertence mais àquelas partes estereotipadas, em razão dos elementos democracia e social, associados ao direito brasileiro; as bases contratuais atuais no Estado brasileiro não favorece de forma individualizada e especial nenhuma pessoa física ou jurídica, a não ser que seja uma expressão do alcance do princípio da isonomia material. Essa perspectiva é alcançável ao legislador, que passa a indicar "o que cabe a cada

³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. Tradução de Ridendo Castigat Mores. São Paulo: Cultrix, 1995.

³² LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21.

³³ *Ibidem*, p. 26.

qual fazer", ou seja, a repartição de competências do conceito de Estado Contemporâneo³⁴ cria esfera propícia para o equilíbrio das relações. A análise da Constituição Federal torna clara as amarras do contrato social brasileiro ao dispor que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.³⁵

Perfeitamente possível constatar na parte preambular da CF uma estrutura do contrato social Rousseauiano, quando destacamos a presença de seus elementos, tais como: “a) representantes do povo; b) reunidos em Assembléia Nacional Constituinte; c) instituir um Estado Democrático”.³⁶

Essas linhas iniciais representam as ideias de Rousseau ao estabelecer um pacto e fundamentos democráticos, ao enaltecer a importância do indivíduo e ao lhe conferir as proteções necessárias para o seu desenvolvimento seguro e saudável. Conforme estipula o capítulo preliminar da CF, ao ditar os princípios fundamentais³⁷, esse pacto social traz ressonância na literatura atual:

Para vencer os obstáculos, os homens não criaram novas forças, cada indivíduo não pode criar novas forças do nada. O que os indivíduos fizeram foi unir e orientar as forças já existentes, agregar um conjunto de forças que superasse os obstáculos da natureza. Daí nasce o pacto social, da necessidade de cooperação entre os homens contra as forças da natureza. Em lugar da pessoa particular de cada contratante, o ato de associação produz um corpo moral e coletivo.³⁸

Quanto às possíveis violações do pacto social por meio dos particulares, a norma constitucional e infraconstitucional prevê ferramentas, de forma a garantir sua obediência.

³⁴ MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 10.

³⁵ BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, Senado, 1988.

³⁶ COSTA, Carlos José de Castro. *O discurso de ordem, a racionalidade e o imaginário social contidos no Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5a23ed9882ba5a66>>. Acesso em: jan. 2016.

³⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 45.

³⁸ MONTEAGUDO, Ricardo. *Contrato, moral e política em Rousseau*. Marília: UNESP, 2010, p. 63.

Estão inseridos no texto constitucional dispositivos que buscam lidar com possíveis violações às diretrizes pactuadas, com a finalidade de garantir uma não violação dos direitos da pessoa humana pelo Estado, bem como que este cumpra com o seu papel na organização e manutenção da estrutura social³⁹. Exemplo disso é o art. 35 da Constituição Federal, o qual prevê a intervenção como hipótese de garantir a aplicação da receita municipal no ensino e saúde⁴⁰. Há assim, uma preocupação em garantir o respeito que os representantes políticos devem nutrir pelo seu povo nas várias esferas de governo, preocupação na manutenção da reciprocidade estabelecida contratualmente, conforme a Constituição Federal traz no parágrafo único do art. 1º como fundamento do Estado que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.⁴¹

Para melhor entendimento, é necessário buscar a compreensão daquele que se justifica o poder num viés democrático: o povo. Seria o termo povo pressuposto para a finalidade estatal ou uma mera retórica de democracia? Enfim, quem é o povo? Entende-se tratar de uma das partes contratantes de fato num contrato social o qual detém capacidade de exigir reparo de mal ou nenhuma prestação da obrigação assumida pelo Estado?

A resposta a essa pergunta tende a ser positiva. O povo tem prerrogativas de agente político dotado de participação, como é o caso de ferramentas consolidadas na Constituição Federal, a exemplo de ação popular, mandado de segurança e lei de iniciativa popular. Caso essa expectativa não seja observada, a concepção de Estado dotará de fragilidade suficiente para questionamentos de sua função, o que colocará em risco toda a unidade de organização política⁴², com uma possível ruptura do paradigma em ritmo acelerado.

O ideal democrático e seu alcance em sociedade se unem em um conceito único capazes de alcançar a soberania popular, conceito esta insculpida pelo ordenamento jurídico que confere o poder ao povo e espera que este exerça a função que lhe compete frente aos

³⁹ MONTEAGUDO, Ricardo. *Contrato, moral e política em Rousseau*. Marília: UNESP, 2010, p. 63.

⁴⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016. Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: [...] III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

⁴¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

⁴² TELLES JUNIOR, Godofredo. *Apud.*, RIBEIRO, Darci Guimarães. *Processo e Democracia: do postulado Democrático “povo” à construção da participação através do processo*. Revista Direito & Paz. Ano XI, n.º 20, Lorena: Pablo Jiménez Serrano, 2009.p. 287-288.

mecanismos legais de participação social e política⁴³. Em reforço da importância da participação popular dotada de efetiva participação no contrato social, a doutrina traz que:

A democracia, enquanto conjunto de valores, é um modo de vida; enquanto instituição, conforme um regime político e, enquanto práxis, é uma técnica social para compor interesses diversos. Somente pelo exercício permanente do diálogo, da conciliação e do consenso, pilasstras da legitimidade, um povo aprende a cultivar a democracia como estilo de vida e mantê-la como regime político.⁴⁴

Logo, o termo povo deve ser entendido numa expansão suficiente que permita estar entrelaçado o discurso constitucional com a prática cotidiana, materializadas em modo de vida e referência institucional do Estado, o que indica um instrumento afinado ao cenário político de um país.

A Constituição Federal, nosso contrato social por excelência, também define outros elementos estruturais do Estado, ao destacar no artigo primeiro e em seus incisos a livre iniciativa, a soberania popular, a dignidade da pessoa humana, a cidadania e os valores sociais do trabalho, assim como o pluralismo político⁴⁵, o que formam a linha dorsal do Estado Democrático de Direito. Essas diretrizes conduzem à compreensão da importância da vontade e participação humana na formação do contrato social, ao garantir a identidade e o reconhecimento do Estado brasileiro como uma nação livre, constante nesses elementos estruturais a garantir a ação do Estado na realização de serviços do bem comum.

Importante aqui relatar a Constituição Simbólica de Marcelo Neves, porque assim podemos traçar um paralelo no fato que, embora a Constituição Federal traga em seus dispositivos um rol de deveres e primados que devem ser observados por todos, inclusive pelo próprio Estado, sua inobservância representaria um texto fantasioso.

O “símbolo” não deve ser tido como algo com função meramente decorativa, mas sim como um vetor de orientação da sociedade por representar a sustentação da submissão proposta em face de um ente politicamente unificado, o que nos remete às teorias contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau.

43 RIBEIRO, Darci Guimarães. *Op. Cit.*, p. 288.

44 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: fundamento e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 17.

45 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

Ao pensar a expressão “Constituição Simbólica” vê-se que, em regra, vem representar a discrepância entre a função figurada do texto maior que tem disposições em excesso e carência de aplicabilidade, além de insuficiência na concretização jurídica dos institutos constitucionais.

Essa ideia do simbolismo é alcançada a partir do conceito desenvolvido pelo Professor Marcelo Neves, influenciado por constitucionalistas e teóricos que levaram a concluir que uma constituição simbólica se apresenta pela ausência de eficácia das normas e valores constitucionais nela implícitos, sendo tal ponto perceptível, segundo o aludido autor, “através da legislação e constitucionalização simbólicas”.⁴⁶

Neves, em seus ensinamentos, se apoia num modelo tricotômico no intuito de esquematizar a legislação dita “Simbólica”, ao apartar sua percepção em: “Confirmação de valores sociais, demonstração da capacidade de ação do Estado e adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios”.⁴⁷

Mediante a distinção entre funções instrumentais, expressivas e simbólicas de uma norma, Marcelo Neves define a legislação simbólica como aquela em que “em razão da prevalência da dimensão político-ideológica, há um déficit de concreção normativa”.⁴⁸

Nesse cenário salta aos olhos a questão do papel das Constituições que em regra visam assegurar os direitos pertencentes ao rol de direitos implementados pelo Estado que se mostra capaz de orientar a ação jurídica para sua confirmação ao focar os problemas enfrentados pelo próprio Estado, dito democrático de direito.

Uma legislação de natureza simbólica não se descreve, quanto aos seus efeitos, unicamente no sentido negativo frente à ausência de eficácia normativa e da vigência social. Ademais, apesar de sua relevância social, a legislação nessa perspectiva “atinge apenas setores específicos dentro de um sistema jurídico, ao contrário do que ocorre com a constitucionalização simbólica que compromete toda a estrutura operacional e inclusive a autonomia do Direito”⁴⁹. No entanto, quando a Constituição possui um texto que não se

⁴⁶ NEVES, Marcelo. *Constituição simbólica*. Pernambuco: Martins Fontes, 2007, p. 26.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 26-41

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ ARGÔLO, Diêgo Edington. *A Constituição simbólica no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43520&seo=1>>. Acesso em: jan. 2016.

concretiza os direitos fundamentais, afeta, deste modo, todo o ordenamento jurídico e o diminui.⁵⁰

Lembremos aqui que o Estado é o devedor no tocante a garantia dos direitos fundamentais à toda a sociedade, e como tal, deve, indubitavelmente lançar mão de políticas públicas que possa assegurar a integralidade desse rol de direitos. Ao não agir assim, o Estado não cumpre a própria Constituição Federal e oferece uma proteção deficiente aos seus administrados e fomenta o simbolismo de seu texto maior.⁵¹

Isso se reflete na estrutura que deve ser disponibilizada pelo Estado a todos os seus entes federados, com o intuito de maximizar direitos como educação, saúde e segurança, por exemplo. Desta forma, estar-se-á alcançado o dever de respeito aos direitos e as garantias fundamentais.

A respeito do momento constitucional brasileiro evidenciado pelas pesquisas nos próximos tópicos, verifica-se certa perplexidade que dá força ao argumento do constitucionalismo simbólico porquanto existe um rol de direitos do qual o Estado atua na perspectiva como lhe foi atribuído.

A afirmação de nossa Constituição ser simbólica deve ser entendida como uma crítica, não como um autorizador ao esquecimento de valores e cláusulas ali presentes, assim como o presente trabalho tem como meta trazer inquietações. A reciprocidade estatal existe e está apta a sofrer os efeitos de ferramentas constitucionais dispostas para não se perder essas previsões constitucionais, como já dito em função de mandado de segurança ou ação civil públicas dentre outros. O simbolismo atribuído à constituição pode alcançar a mesma função dos princípios norteadores da norma constitucional brasileira, ou seja, de vetorização de comportamento em sociedade. Não há a intenção, ou não deveria haver, se deflagrar um efeito absentéista, o que se aproximaria de um discurso de Estado de Natureza de Hobbes, há muito já afastado pelas sociedades democráticas e, em certa medida, também pelas sociedades com viés totalitário.

Caso se empregue o entendimento que a constituição brasileira de fato alcance essa semântica meramente simbólica e se ignore a reciprocidade presente em nosso contrato social

⁵⁰ ARGÔLO, Diêgo Edington. *Op. Cit.*

⁵¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

brasileiro, é possível que um processo de degradação estrutural se faça presente e desemboque numa crise estatal que pode ter duras consequências sociais.

Cabe ao observador do direito fazer uma leitura dos cenários de anomalia e procurar soluções antes que esse cenário entre em crise profunda, o que demonstra a importância de se manter alinhado as ideias que justificam a formação do Estado fundado pela contraprestação do sinalagma estatal assentado. A incapacidade de o Estado honrar a reciprocidade social tem relação com a visão de Gosta Esping-Andersen. O autor afirma que determinados serviços públicos devem ser prestados pelo mercado privado, mas acontece que a nossa base contratual social não têm essa previsão. Segundo ele, os mercados se tornaram universais porque abarcam parcela significativa da prestação de serviços. Contudo, a fonte de bem-estar dos indivíduos passa a depender inteiramente de relações monetárias com esse mercado privado.⁵²

É natural que outras percepções de funções estatais existam, à medida que se prossegue ao exame das variações internacionais dos direitos sociais. Vislumbra-se combinações distintas entre Estado, mercado privado e sociedade, que não estão distribuídas de forma linear, mas agrupadas em tipos de regimes contrapostos como o liberal e o social-democrático.

No entanto, a configuração institucional do sistema político pátrio deixa traduzir a influência de alguns pensadores políticos na construção desse arranjo institucional, como Montesquieu, que define a filosofia federativa em que “o povo, formando um só corpo, tem a posse do poder supremo”⁵³. Essa perspectiva não se alinha àquela trazida por Esping-Andersen, em razão das cláusulas do contrato social brasileiros se estabelecerem em outra perspectiva e, portanto, atrela diretamente à contraprestação estabelecida.

Essa vinculação e aceitação desse perfil adotado ganhou força pela capacidade de generalização de sua aplicação em pessoas distintas, o que justifica a entrega e submissão ao poder eleito. Esse cenário também é compreendido pela doutrina de Luiz Moreira quando expõe que:

⁵² ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do welfare state. *Revista Lua Nova* n.º 24, São Paulo, Sept. 1991. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451991000200006>>. Acesso em: jan.2016.

⁵³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *The Spirit of Laws*. *Kitchener: Batoche Books, 2001*. Disponível em: <<http://www.dominionpublico.gov.br>>. Acesso em: jan.2016.

A teoria adstrita ao Estado Democrático de Direito, segundo a formulação de Habermas, é prescritiva, pois normatiza condutas após uma formulação consensual daquilo que é passível de universalização, de modo que a dimensão de validade do Direito e a força legitimadora de sua gênese democrática, ou seja, o processo da política deliberativa, constitui o âmago do processo democrático.⁵⁴

Nota-se aí novamente o consenso, com origens ventiladas no pacto social, o qual permite sua perenidade e observância social. Cabe aqui mencionar a teoria de Habermas, afeta à receptividade do discurso, como fonte de enlace do declarante e ouvinte.

É primordial que o discurso constitucional encontre identidade de fala aos seus destinatários, o que permite o aceite das diretrizes do pacto social. Assim, a fala constitucional ao se remeter às políticas públicas que possibilitem retribuir o sinalagma advindo do Estado ao cidadão deterá de receptividade aos componentes societários. A democracia que permite a cidadania confere a participação popular no exercício em menor escala da soberania estatal formadora das vontades pactuadas. Esse discurso é encontrado na constituição cidadã, que possibilitou a formação do Estado brasileiro nos moldes existentes. Assim, é possível “garantir a participação nas decisões públicas através de discussões, em que se avaliam os conteúdos normativos demandados naturalmente pelo mundo da vida”⁵⁵. Vê-se em Habermas que a reciprocidade ou o sinalagma exibido pela Constituição Federal exerce função para seu maior e justificador aderente: o povo, o que ratifica as falas rousseauianas.

Essa teoria de Habermas, associada aos contratualistas Hobbes, Locke e Rousseau, detém especial atenção na Constituição, ao atribuir aos representantes da sociedade que qualquer ato do Estado está vinculado ao interesse público coletivo sob pena de nulidade, assim como preconiza a Constituição Federal nos princípios informadores da atuação da Administração Pública previstos no rol do art. 37 da CF.⁵⁶

A discricionariedade e a liberdade do agente público são limitadas, ao passo que a pessoa é livre para fazer tudo, até que o interesse social diga que não. Essa diferente abordagem ao agente público e à pessoa se justifica, porquanto cabe aos representantes sociais, detentores da força estatal advinda do somatório de consenso social, conduzir a finalidade implícita do pacto social. O contrato social representa a real vontade

⁵⁴ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 56.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 437.

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

fundamentadora do ente político, o bem comum. Essa limitação tem função especial em manter os contornos iniciais aferidos à congregação de vontade formadora do pacto social.

Interessante notar que a pessoa não pode ser limitada pela vontade particular, a não ser que assim consinta ou se aplique alguma convecção de direito privado, uma vez que a submissão ao particular, desassociada de qualquer reciprocidade ou livre vontade, remeteria essa relação ao Estado de Natureza. Mas a submissão à legítima atitude estatal, fundada nas razões formadoras do Estado, mais que se justificam, pois retrata justamente a vontade preestabelecida em momento anterior entre Estado e cidadão. Trata-se, assim, de uma mera execução previamente acertada.

Diante da vinculação do Estado e dos cidadãos à Constituição Federal, fixou-se para ambos direitos e obrigações, com vistas a impor ao cidadão o dever de cumprir as leis que garantam a coexistência pacífica e a existência da sociedade, o que mantém a conexão ideológica com o pacto social em vigor num Estado politicamente organizado numa nuance democrática.

No caso em especial do Brasil, trata-se de um país aderente ao direito democrático, como dito. É democrático na medida em que se persegue ideários advindos de um consenso de sua sociedade. Como bem esclarece o Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a semântica da “democracia encontra-se como valor absoluto dentro da referida Constituição, valor este que tem que ser observado de forma plena por todos, Estado e indivíduos”.⁵⁷

De nada adianta todo esse comprometimento com os enunciados traçados pela Constituição Federal sem a existência expressa de mecanismos hábeis a concretização dos seus imperativos, e isso é o que vem distinguir o Estado contemporâneo em face de seus modelos anteriores.⁵⁸

O Estado em sua essência organiza-se para servir e para atender a fins sociais e econômicos, constituindo-se como um sistema de serviços públicos, dentre outras finalidades. Nesse viés, se sujeita aos ditames da lei, afinal o poder estatal não é efetivamente absoluto,

⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 339.

⁵⁸ ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10823>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

está sujeito a princípios que asseguram aos cidadãos segurança, igualdade e liberdade, além é claro do respeito às normas de direito.⁵⁹

Para financiar essas pretensões contatuais, o Estado precisa captar e gerenciar recursos humanos e materiais que visem executar o sinalagma existente em sua previsão de atuação como ente eleito e aceito por sua sociedade, o que se dá pela entrega ao cidadão-contribuinte de serviços essencialmente estatais. A forma hodierna para satisfazer essa pretensão, por parte dos componentes societários é a submissão civil às normas estipuladas pelo Estado, e, notadamente, a cobrança dos tributos em suas várias espécies de contribuintes, que devem em momento posterior reverter em favor de seus administrados.

O ordenamento brasileiro deu enorme destaque, no patamar de objetivo do ente estatal, ao atendimento dos anseios sociais. Deste modo, para cumprir seu mister, o Estado detém ingerência comedida na esfera particular de bens materiais, exigindo-lhes contribuições para o custeio da sobrevivência da máquina estatal, traduzidas em obrigações referentes à saúde, habitação, segurança e ensino, conforme previsão dada pela Carta Constitucional.⁶⁰

Esse papel do Estado fiscal de renda e atribuidor de exações financeiras garante o adimplemento das garantias fundamentais das pessoas⁶¹. Como bem se observa, o poder de tributar do Estado tem como fonte a necessidade que o mesmo possui de auferir renda para a consecução de seus objetivos e serviços a serem prestados à população.

Essa sistemática sugere que a eficácia dos direitos previstos constitucionalmente que visam o atendimento da função social tem vínculo de dependência no cumprimento pela sociedade do ordenamento jurídico, notadamente o tributário, que injeta vigor executivo aos cofres públicos. Ao Estado, assim, é assegurado seu funcionamento na persecução de suas propostas que o legitima como representante de determinada sociedade, conforme seu pacto social, que visa conceder condições mínimas de dignidade à sociedade.⁶²

Em apoio a essa afirmação, a compreensão do tributo entende que: “tributos são prestações em dinheiro, que o Estado, no exercício de seu poder de império, exige com o

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32.

⁶⁰ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 119.

⁶¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 192.

⁶² SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais*. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 111-133.

objetivo de obter recursos para o cumprimento de seus fins”⁶³. Em reforço a essa ideia da garantia dos direitos fundamentais na função de tributo, Sacha traz que o “exercício da tributação é fundamental aos interesses do Estado para aferir as receitas necessárias à realização de seus fins”.⁶⁴

A partir dessa definição advém o pensamento em relação à temática deste estudo, uma vez que leva a ideia da existência de um financiamento dos direitos humanos, sobretudo quando o afirmativo é no sentido de que todos os direitos inerentes às pessoas “custam dinheiro e de que os cofres públicos são abastecidos através do pagamento de tributos”.⁶⁵ O Estado é entidade investida de competência com a finalidade de distribuir segurança e justiça da forma mais equânime possível e menos impositiva, o que tem estreita relação com a arrecadação de dinheiro que lhe permita aplica-lo no financiamento estatal.⁶⁶

O direcionamento dessa arrecadação, no viés constitucional brasileiro, indica o contrato social máxima por excelência e impõe às políticas públicas papel definidor do sinalagma proposto constitucionalmente:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Apesar da ressalva final, ao Estado é indexado a garantia dos direitos fundamentais, sem o condão de retirar a função precípua atribuída ao Estado por seu pacto social estampado na Constituição Federal.

Essa aplicação de recursos, frente ao componente societário, situa-se entre a aplicação do mínimo existencial e a reserva do possível – esta remonta a capacidade de o Estado e suas possibilidades orçamentárias. O mínimo existencial, pela ótica da doutrina, constitui-se o

⁶³ PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 607.

⁶⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. revista e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 35.

⁶⁵ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 473.

“bloco de oportunidades mínimas devidas a todo e qualquer ser humano, a fim de que possa desenvolver-se adequadamente e ter uma vida minimamente digna”.⁶⁷

Desta forma, é certo dizer que os seres humanos têm exigências mínimas necessárias para permitir que estes indivíduos desfrutem de uma vida minimamente digna nos termos do que preceitua a Carta Magna. Sem essa referência, os contornos do pacto social estabelecido numa sociedade assentada em normas constitucionais estariam em posição de pleno questionamento e possível desmanche das estruturas institucionais convencionadas.

A reserva do possível é termo originário do tribunal máximo alemão, adotado na doutrina daquele país. É compreendido como ferramenta que “deveria delimitar a razoabilidade da exigência de determinadas prestações sociais, a fim de impedir o uso dos recursos públicos disponíveis em favor de quem deles não necessita”⁶⁸. Ou seja, a reserva do possível há que ser compreendida, segundo Novelino, com “uma limitação fática e jurídica oponível é realização dos direitos fundamentais de cunho prestacional”⁶⁹. O instituto da reserva do possível indica que “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”⁷⁰.

O debate entre mínimo existencial e reserva do possível deve ser desmistificado, para não servir como plataforma de impossibilidade não real para o inadimplemento das contraprestações que cabem ao Estado, na observância de seu contrato social diretor. Isso porque essa expressão. Passou a ser matéria alegada pelo Estado como defesa processual em caso de negativa das prestações demandada.⁷¹ Contudo, é adequado afirmar que “as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos”⁷².

Numa formulação melhor sobre o ponto do parágrafo anterior, a sociedade paga tributo ao Estado que lhe devolve os serviços correspondentes, sopesados no instituto da reserva do possível, o qual enfrenta circunstâncias que por vezes violam as mínimas

⁶⁷ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais. Constituição, Economia e Desenvolvimento*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 120.

⁶⁸ MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 663-664.

⁶⁹ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 621.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481.

⁷¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 106.

⁷² SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 148.

condições de existência da pessoa, mas em outras oportunidades se direcionam para indivíduos que detêm reais condições de prover o bem de direito pretendido⁷³. Trata-se de uma questão de tarefa nada fácil para o julgador, a qual será melhor abordada em capítulo ulterior, ocasião em que será apresentada a viabilidade das varas de políticas públicas, para fornecer cognição especializada num melhor enfrentamento da questão.

A CF tem previsão para se evitar o aviltamento do mínimo existencial. A Carta Magna sagrou a educação ao patamar de direito fundamental, por inteligência do *caput* do art. 6º, combinado com o disposto pelo art. 205, *caput* da Constituição. Deve o direito à Educação ser desenvolvido nas seguintes orientações: i) pleno desenvolvimento da pessoa; ii) preparo para o exercício da cidadania e iii) qualificação para o trabalho, nos termos do art. 205 da CF. É função estatal seu implemento a todos, por força do princípio da universalidade que atribui ao Estado a tarefa de torná-la efetiva, conforme seu art. 208⁷⁴. Essa meta é estipulada para a busca de melhor atendimento escolar⁷⁵ mediante ações públicas integrais e efetivas.⁷⁶

A educação se apresenta como "direito de todos e dever do Estado", logo, é flagrante inadimplente o Estado caso não observe esses deveres estatais, uma vez que as escolas públicas e o sistema de saúde se encontram em situação que sugerem completo abandono, a tomar os índices de aprovação em universidades ou posição no Enem, bem ilustrado no próximo tópico.

Indubitavelmente, a jurisprudência reafirma todo esse arcabouço Constitucional e o sinalagma que o Estado brasileiro está atrelado, o que o impõe como garante, como no caso de uma educação de qualidade. Por certo, essa perspectiva repousa na esfera da maximização da dignidade da pessoa humana, advinda do nosso contrato social brasileiro, notadamente na força dos artigos 6º *caput* – o qual está inserido dentro do Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais - e art. 205 “*caput*” da constituição – que traz ser a educação direito de todos e dever do Estado. Essa determinação advinda do pacto social expresso na

⁷³ COUTINHO; LIMA. *Op. Cit.*, p. 148.

⁷⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

⁷⁵ Art. 214 - A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: [...]; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

⁷⁶ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 1042.

constituição confere à criança e ao adolescente assistir aula num ambiente com o mínimo de estrutura física adequada e conseqüentemente sem riscos à saúde e ao bem estar destes, como tem se posicionado o Tribunal de Justiça do Distrito Federal em caso de precariedade na infraestrutura das entidades de ensino fundamental.⁷⁷

A Constituição Federal estabelece ainda no art. 208, “*caput*”, e incisos I e IV⁷⁸, o dever do Estado com a educação básica obrigatória e gratuita as crianças/adolescentes entre quatro e dezessete anos de idade, ao assegurar inclusive sua “oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria e educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.” O texto maior impõe que o dever de concretização da educação infantil é direito fundamental da criança, cuja aplicabilidade há que ser imediata, conforme dispõe o art. 5º, § 2º da Constituição Federal.⁷⁹

Assim não fosse apenas a norma constitucional, o ordenamento jurídico contempla também norma Estatutária de proteção da Criança e do Adolescente (ECA) como dever do “Estado o atendimento em creche e pré-escola daquelas crianças de zero a seis anos de idade” - art. 54, inciso IV da CF⁸⁰, situação em que se enquadra aos casos postos a apreciação do judiciário distrital.⁸¹ Vê-se, assim, que as cláusulas do contrato social dispostos na

⁷⁷ Nesse sentido: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO. GARANTIA CONSTITUCIONAL E DEVER DO ESTADO. ESCOLA COM INFRAESTRUTURA PRECÁRIA. RECONSTRUÇÃO/REFORMA. NECESSIDADE. OMISSÃO ESTATAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. INAPLICABILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. RECURSOS ESCASSOS. METAS PRIORITÁRIAS [...] (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.875188, 20120110833784APO, Relator: Gislene Pinheiro, Revisor: J.J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/06/2015, Publicado no DJE: 22/06/2015. Pág.: 120). Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: jan.2016.

⁷⁸ I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao%20Compilado.htm)>. Acesso em: jan.2016.

⁷⁹ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁸⁰ Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: [...]; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

⁸¹ Nesse sentido: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. VAGA EM CRECHE PÚBLICA LOCALIZADA NAS PROXIMIDADES DA RESIDÊNCIA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO FUNDAMENTAL BÁSICO [...] (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.898694, 20140111176152APO, Relator: Alfeu Machado, Relator Designado: Fátima Rafael, Revisor: Fátima Rafael, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/09/2015, Publicado no DJE: 09/10/2015. Pág.: 198). Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: jan.2016.

constituição ou normas derivadas estão de acordo com a experiência empírica da jurisprudência ao ratificar a contraprestação Estatal devida.

No endosso do STF, a educação é contraprestação a todos pelo Estado – art. 205 da Constituição Federal. Trata-se de direito de grande envergadura, em razão de sua força de transformação social, e de fato o é. É um meio imprescindível ao alcance da cidadania, uma ferramenta de inserção do cidadão em sua sociedade que e o torna apto a lidar com todas as informações e se relacionar nos diversos meios e círculos existente em uma sociedade moderna e complexa como a contemporânea. Essa imprescindibilidade expõe o adimplemento ao Poder Público, conforme aduz o relator, o que denota a existência do dever de contraprestação, com total sintonia na existência do contrato social brasileiro em plena vigência, o qual requer uma prestação positiva, um “*facere*”.⁸²

Esse dever do Estado tem expressão no direito subjetivo de cada cidadão, o que consagra um princípio da inafastabilidade do pactuado constitucionalmente, o que corresponde, portanto, numa ação. Nessa linha de entendimento, o STJ reproduz a interpretação do pacto brasileiro idêntico ao STF exposto no parágrafo anterior. No caso de inadimplência, o julgado em análise aventa a possibilidade de se executar essa contraprestação por intermédio da ação civil pública. Esse direito fundamental exposto no nosso contrato social constitucionalizado de valor social é irrecusável. Notadamente, as crianças de até cinco anos de idade devem ter essa disposição atendida, nos moldes de vasta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que impõe ao Estado o dever de cumpri-la.⁸³

Assim o é também em relação à saúde, a qual vem consagrada como direito de todos, e ainda um dever estatal, nos termos do art. 196 da CF, consubstanciado em uma norma de

⁸² Nesse sentido: “CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO...” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: jan.2016.

⁸³ Nesse sentido: “ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ART. 127 DA CF/88. ART. 7. DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL AOS MENORES DE SEIS ANOS "INCOMPLETOS". NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA...” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 753.565/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/03/2007, DJ 28/05/2007, p. 290). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: jan.2016.

natureza principiológica que estabelece os meios a serem buscados pelo Estado. Por sua vinculação direta à dignidade, a saúde é apensa a todas as pessoas, sendo estas as principais destinatárias dos deveres decorrentes desse direito. Sem dúvidas, os direitos fundamentais não podem se tornar “promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade”⁸⁴ tornar inválidas ou destituída de qualquer referência as normas trazidas como verdadeiras cláusulas do contrato social brasileiro.

O art. 196 da Constituição brasileira, em função do seu caráter universal impostos aos serviços de saúde, busca concretizar o primado da isonomia. Essa previsão se impõe como prestação devida, um dever, uma ação a ser concretizada, com ferramentas jurídicas e institucionais imbuídas nessa tarefa de guardar o contrato social brasileiro, de forma ampla e independente da situação econômica do indivíduo.⁸⁵

Nesse contexto da saúde enquanto direito fundamental, advém a incidência sobre o Poder Público da acentuada obrigação que tem de tornar efetivas as prestações voltadas à garantia da saúde, de sua viabilização e concretização ao que prescreve o citado art. 196. Essa relação é exposta de forma fundamentada pelo Ministro Celso de Mello em apreciação ao Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 716.777 de um paciente portador de doença oncológica carente de tratamento específico a ser fornecido pelo Estado em razão de sua deficiência financeira para a aquisição de tais medicamentos e terapia. Nas palavras do relator, as promessas constitucionais – que esse estudo demonstra guardar estreita relação com as ideias contratualistas – são entendidas como verdadeiras cláusulas contratuais. Essas cláusulas, ou promessas, se negligenciadas pelo Poder Público, não atenderá às expectativas advindas do pacto social que justifica a formação estatal, já que “depositadas pela coletividade”, tendo por base contratual “a própria Lei Fundamental do Estado”.⁸⁶

⁸⁴ *Apud.*, NOVELINO, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 1026.

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ Nesse sentido: “PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA - NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO...” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 716777 RS, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 09/04/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-091 DIVULG 15-05-2013 PUBLIC 16-05-2013) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3796664>>. Acesso em: jan.2016.

Para conjugar a consolidação de que o Estado é o garante dos direitos fundamentais, novamente o STJ enfatiza a necessidade de proteção de forma solidária por todos os entes estatais – município, Estados da Federação, Distrito Federal ou União – da saúde, assentada na determinação de fornecimento gratuito de medicação. Afinal, o pacto social é dirigido ao Estado, pela sociedade. Não há falar em repartição dessa obrigação estipulada, afinal as divisões do Estado em entes menores é uma solução administrativa para o Estado administrar o poder e não ser imposta como empecilho a evitar o que tratado no pacto social brasileiro.

A saúde da pessoa humana, nos termos da Constituição e nas ações políticas de serviços públicos relacionados, vem sendo respaldada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao contrastar a jurisdição buscada naquela corte com o que se observa no pacto social brasileiro, ao fundamentar que “é dever do Estado fornecer gratuitamente às pessoas carentes a medicação necessária para o efetivo tratamento médico, conforme premissa contida no art. 196 da Constituição Federal”⁸⁷. A estrutura conferida ao Sistema Único de Saúde, com a descentralização das ações e cooperação financeira dos entes federativos, nos termos do art. 198, § 1º, da Constituição Federal⁸⁸, confere o fundamento que o STJ afirma ser solidária a responsabilidade coletiva dos entes da federação no que tange a concretização de serviços públicos relacionados à saúde prestada à sociedade.

O TJDF reproduz os entendimentos do STJ e STF acima expostos. A Lei Máxima, fonte maior da construção do contrato social brasileiro, impõe ao Estado a obrigação, ou contraprestação em zelar pela saúde de todos aqueles componentes da sociedade, afinal se trata de parte contratante do contrato apontado neste trabalho. Escusas repousadas na conveniência não justificam, segundo a abordagem da jurisprudência ora abordada, a mora ou não cumprimento do sinalagma na parte em que envolver o Estado brasileiro. É necessário

⁸⁷ Nesse sentido: “ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL...” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1488639/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: jan.2016.

⁸⁸ § 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

implementar políticas públicas que efetivem a assistência à saúde e demonstre a força do pactuado socialmente.⁸⁹

O direito fundamental à segurança, prescrito pelo art. 144 da CF, também se apresenta como dever do Estado, e tem sido debatido a sua obrigatoriedade em prestá-la pelo poder Estatal. Visa à manutenção e o restabelecimento da ordem pública, com efeitos sobre a pessoa e seu patrimônio. É outra grande fonte de obrigação que o Estado deve entregar à sociedade. Para tanto, imprescindível a implementação de políticas ostensivas que visem a proteção de todos. Essa ausência justificou a condenação pelo STF do Estado de Pernambuco em providenciar assistência médica à vítima, por ausência do serviço do cumprimento estatal estampado no contrato social brasileiro de segurança pública.⁹⁰

Em outro caso relacionado ao direito fundamental de segurança, o STJ entendeu que não houve cumprimento do sinalagma advindo do contrato social brasileiro no caso em que a vítima vivenciou falta de prestação de serviço de segurança pública, constatado ausência de prevenção, vigilância ou repressão às condutas delituosas em local público. O Estado, dessa feita, restou condenado em realizar o ressarcimento com base na reciprocidade direcionado ao cidadão, por haver legítima expectativa dessa natureza, com referência na ideia de um contrato de prestação de serviço a ser respeitado pelo Estado.⁹¹

⁸⁹ “REMESSA DE OFÍCIO. AÇÃO COMINATÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA ISONOMIA. NÃO OCORRÊNCIA...” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.895819, 20130111639603RMO, Relator: Nídia Corrêa Lima, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/09/2015, Publicado no DJE: 02/10/2015. Pág.: 131). Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: jan.2016.

⁹⁰ Nesse sentido confira: “VÍTIMA DE ASSALTO OCORRIDO EM REGIÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO AO QUAL SE ATRIBUI OMISSÃO NO DESEMPENHO DA OBRIGAÇÃO DE OFERECER À POPULAÇÃO LOCAL NÍVEIS EFICIENTES E ADEQUADOS DE SEGURANÇA PÚBLICA - PRÁTICA CRIMINOSA QUE CAUSOU TETRAPLEGIA À VÍTIMA E QUE LHE IMPÔS, PARA SOBREVIVER, DEPENDÊNCIA ABSOLUTA EM RELAÇÃO A SISTEMA DE VENTILAÇÃO PULMONAR ARTIFICIAL...” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 223 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie (Presidente), Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008, DJE-070 Divulg 08-04-2014 Public 09-04-2014 Ement Vol-02726-01 PP-00001). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: jan.2016.

⁹¹ Vejamos: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ASSASSINATO DE MENOR DENTRO DE TRANSPORTE COLETIVO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO E DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. CONSUMAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INOCORRÊNCIA. DEMANDA PROPOSTA NO ÚLTIMO DIA DO PRAZO PREVISTO NO DECRETO DE REGÊNCIA. REQUISITOS PARA IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO ENTE PÚBLICO...” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1297938/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 11/04/2013, DJe 17/04/2013). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: jan.2016.

Também se posicionou no mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Distrito Federal ao assegurar o direito à indenização por danos materiais, consistentes no valor dos acessórios automotivos num roubo. Nesse particular, a polícia acionada não se deslocou ao local indicado da localização do automóvel roubado. Não houve esforços para aferir a validade da denúncia. O descumprimento desse dever do cidadão que buscou ao auxílio junto ao “190” é capaz de ensejar contundente abalo aos direitos da personalidade da pessoa, para fins de dano moral, haja vista a sensação de insegurança e falta de reciprocidade dos deveres estatais diante daquele que é detentor do aparato policial e legitimado constitucionalmente pela segurança dos cidadãos.⁹²

Essa insistente falta de cumprimento das cláusulas do aventado contrato social pelo Estado brasileiro conduz o seu papel a um protagonismo abalado. A falta de reciprocidade esperada do pacto social tem dado azo à busca do judiciário para reequilibrar esse sinalagma, com causa na deficiente prestação de serviços e um injustificado enriquecimento ilícito estatal e conseqüente empobrecimento ilícito social, conforme será abordado nos tópicos ulteriores.

Nestas linhas pretéritas, foram destacados alguns elementos fundamentais que caracteriza a vinculação Estado sociedade, resultante num modelo dito Democrático de Direito Social que ajuda a compreender o contrato social brasileiro, com amarras que se vinculam aos elementos democracia, povo, soberania e observância aos direitos fundamentais. Verifica-se que essa conquista pela sociedade filtra a motivação e inspiração do modelo escolhido e aceito pelo Estado brasileiro e por seus integrantes que, se não prestado, colocarão em cheque todo o paradigma estatal exposto.

1.2 A violação ao sinalagma do contrato social brasileiro

A reciprocidade na relação jurídica entre Estado e sociedade decorrente do contrato social, sob o enfoque da escola contratualista, sofreu forte influência contemporaneamente

⁹² CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. JULGAMENTO CITRA/INFRA PETITA. REJEIÇÃO. VEÍCULO ROUBADO E LOCALIZADO 16 DIAS DEPOIS. REALIZAÇÃO DE TELEFONEMA À CENTRAL DA POLÍCIA. SERVIÇO "190". RECUSA EM PROCEDER ÀS BUSCAS VISANDO À LOCALIZAÇÃO DO BEM. MOTIVAÇÃO ILEGÍTIMA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ESTADO PELA "FALTA DE SERVIÇO [...]". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.783029, 20120111792945APC, Relator: Alfeu Machado, Revisor: Leila Arlanch, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/04/2014, Publicado no DJE: 05/05/2014. P.: 128). Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: jan.2016.

pela escola igualitarista. Essa escola reflete sobre as compensações advindas das diferenças surgidas nos estados politicamente organizados sob esse paradigma. Inúmeras pesquisas indicam o mal ou não cumprimento do sinalagma brasileiro, que têm gerado diferenças não compensadas no seio da sociedade. Essa violação ao sinalagma sugere um enriquecimento ilícito estatal, conforme será desenvolvido, em razão das pesquisas do presente tópico revelarem um fornecimento inadequado de direitos fundamentais

Como referência próxima, na Declaração de Independência Americana, o direito de igualdade de todos fazia alusão “à busca pela felicidade”⁹³, o que já denota a atuação do Estado nessa meta. No caso do Brasil, essa busca pode ser representada pela prestação de serviços estatais, conforme dita seu contrato social, notadamente frente à educação, saúde, segurança e creche dentre outros. Trata-se de um rol de direitos contemporâneos, devidamente distribuídos pela prestação de serviços pactuada, o que vai ao encontro de uma redistribuição moderna de direitos, alinhada à ótica igualitarista de Rawls, Dworkin e Amartya Sen.

Outro diploma moderno de enunciação de direitos, em seu art. 1º, a Declaração Francesa de 1789, anunciou que: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” e traz logo em seguida à ideia de que “as distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Trata-se de uma adição importante: a existência de tratamento desigual é justificada quando se afirma o princípio da igualdade, na tentativa de equilibrar situações distintas⁹⁴. Logo, a devida distribuição moderna de direitos certamente passa pelo crivo da igualdade em seu sentido material, já avistado na Declaração Francesa, contudo balizado também pelas ideias compensatórias das diferenças na sociedade em função da escola igualitarista.

Essa concepção de igualdade identificada no Estado revolucionário francês tem presença na concepção de um Estado Democrático Social, aberto ao mercado de capitais, já que vela pela igualdade entre seus integrantes societários ainda que permitida uma economia de mercado, o que dista da escola marxista. O incremento social ao Estado se apresenta após a crise econômica e a consequente demanda por direitos sociais, já averiguados com o fim da Primeira Guerra Mundial. Esse cenário dá origem a uma nova postura do Estado, ao assumir um papel decisivo na distribuição de bens, o que se apresenta na intervenção das relações desenvolvidas economicamente em sociedades que adotaram essa possibilidade no pacto

⁹³ PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 467.

⁹⁴ *Idem.*

social. Vislumbra-se, dessa forma, a aproximação de conceitos até então entendidos como antagônicos⁹⁵. Ao contrário do Estado Socialista que o marxismo intentou implantar, o Estado Social é passível de convivência com o fenômeno capitalista, contudo as diferenças daí surgidas devem ser preocupação do Estado.⁹⁶

A presente proposta é analisar juridicamente a consequência no ordenamento jurídico da não observância do sinalagma do contrato social brasileiro por parte do Estado e seus efeitos na sociedade, geradores de diferenças sociais não compensadas. Sugere-se, como possível efeito, o enriquecimento ilícito do Estado em pleno vigor e em desfavor da sociedade, uma vez que o Estado não enseja sua contraprestação no demonstrado sinalagma estatal e, ainda assim, tem a sociedade como cumpridora de sua parte no contrato social: a submissão ao seu ordenamento jurídico, notadamente na esfera tributária.

Os contornos refinados da escola contratualista sugeridos pela escola igualitarista, presente no contrato social brasileiro, será fonte de apoio apto a demonstrar as reflexões sobre as compensações advindas das desigualdades manifestadas ao longo do cumprimento do tradicional contrato social. O igualitarismo tem como escopo aferir um fornecimento moderno de direitos, distante da mera transferência de bens dos ricos aos pobres afeta ao marxismo. A ideia de enriquecimento do Estado e o provável empobrecimento social consistem em um comprometimento material ineficaz da sociedade em face dos serviços públicos, maior expressão da compensação da igualdade em uma sociedade afinada com as perspectivas de um contrato social voltado à compensação das desigualdades, como é o caso do contrato social brasileiro.

Uma redistribuição moderna de direitos, segundo a ótica de Thomas Piketty “é construída em torno de uma lógica de direitos e um princípio de igualdade de acesso a certos números de bens julgados fundamentais”, o que reforça a linha dorsal da presente pesquisa⁹⁷, com nítida referência na escola contratualista e igualitarista. No entanto, essa busca moderna de compensação de direitos não tem se mostrado razoável na prática. Como demonstração da falha na busca ao acesso de bens considerados fundamentais, pode-se destacar, de início, a

⁹⁵ NOVELINO, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 41.

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *O estado liberal*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184-185.

⁹⁷ PIKETTY, Thomas. *Op. Cit.*, p. 466-467.

baixa matrícula em creches, que giram em torno de 22,6% da população entre 0 e 3 anos⁹⁸, conforme registro no ano de 2012:

Localização	Matrículas na Educação Básica por Modalidade e Etapa de Ensino												
	Total Geral	Ensino Regular							Ed. de Jovens e Adultos (Presencial e Semi Presencial)			Educação Especial	
		Educação Infantil			Ensino Fundamental			Ensino Médio	Educação Profissional (Concomitante e Subsequente)	Fundamental	Médio	Classes Especiais e Escolas Exclusivas	Classes Comuns (Alunos Incluídos)
		Total	Creche	Pré-Escola	Total	Anos Iniciais	Anos Finais						
Total	50.545.050	7.295.512	2.540.791	4.754.721	29.702.498	16.016.030	13.686.468	8.376.852	1.063.655	2.561.013	1.345.864	199.656	620.777
Urbana	44.466.221	6.435.986	2.397.110	4.038.876	25.313.692	13.162.350	12.151.342	8.054.373	1.029.062	2.117.775	1.318.038	197.295	541.526
Rural	6.078.829	859.526	143.681	715.845	4.388.806	2.853.680	1.535.126	322.479	34.593	443.238	27.826	2.361	79.251

Fonte: MEC/Inep/Deed.
Notas:
1) Não inclui matrículas em turmas de atendimento complementar e atendimento educacional especializado (AEE).
2) Ensino médio: inclui matrículas no ensino médio integrado à educação profissional e no ensino médio normal/magistério.
3) Educação especial classes comuns: as matrículas já estão distribuídas nas modalidades de ensino regular e/ou educação de jovens e adultos.
4) Educação de jovens e adultos: inclui matrículas de EJA presencial, semipresencial, EJA presencial de nível fundamental Projovem (Urbano) e EJA integrada à educação profissional de nível fundamental e médio.

Figura 1 – Número de crianças matriculadas em ensino básico – Fonte: Inep⁹⁹

Uma sociedade que aponta somente 22,6% de suas crianças matriculadas em creche, já indica um baixo comprometimento do estado com o sinalagma atribuído à sua atuação executiva no direito fundamental à creche. Outra questão evidenciada na tabela acima é a grande desproporção entre matrículas em creches urbanas e rurais. A totalidade de matrículas rurais é de aproximadamente 5% em razão da urbana. Ocorre que a população rural se revelou em torno de 20%, conforme censo IBGE do ano de 2010¹⁰⁰, o que sugere outra evidência discrepante da não distribuição moderna de direitos, demonstrando prioridade da educação da população urbana em relação a rural.

Essa primeira não compensação apontada já demonstra um desequilíbrio do sinalagma em frente ao contrato social brasileiro, se considerado o estabelecido no Estatuto da Criança e

⁹⁸ ABRINQ. *Apenas 22,6% das crianças brasileiras de 0 a 3 anos têm vaga em creche*. Disponível em: <<http://www.fundabrinq.org.br/noticias/apenas-22-6-das-criancas-brasileiras-de-0-a-3-anos-tem-vaga-em-creche>>. Acesso em: jan.2016.

⁹⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. *Censo da educação básica: 2012 – resumo técnico*. – Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2013. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2012.pdf>. Acesso em: jan.2016.

¹⁰⁰ IBGE. *População, residente, por situação de domicílio - Brasil - 2010*. Disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao.html>>. Acesso em: jan.2016.

do Adolescente, em alinhamento com a orientação constitucional prevista no art. 208, inciso IV, o qual traz que “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] *omissis*. IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”. Patente o desafio de manutenção de brasileiros sem distinção, alvo da teoria igualitarista de justiça normativa. Seus teóricos colocam em evidência o Estado Democrático de Direito para a manutenção da unidade estatal advinda das compensações de diferenças devidamente tratadas, uma vez que confirma os anseios que uma sociedade guarda na sua concepção politicamente organizada, o que vem de encontro à proposta constitucional brasileira.

As desigualdades das condições de vida não justificam a negativa de valores que o não cumprimento do pacto social causa em sociedade. A condição financeira de cada indivíduo com o condão de ajustar a diferença social gerada pela inabilidade do Estado deve estar alinhada às compensações propostas pelo igualitarismo em face daqueles que não detém o mesmo porte financeiro, num esforço claro de manter legítimo o paradigma do Estado como parte contratante com a sociedade. Por isso, é função do Estado buscar reduzir tanto quanto possível as desigualdades de condições entre todos, ao cumprir as diretrizes pactuadas, sem incorrer no risco de permitir classes de pessoas distintas em função do acesso aos direitos fundamentais.

A CF traz, em seu objetivo fundamental, a redução da desigualdade social, estabelecido no art. 3º, inciso IV, o que demonstra a aceitação de desigualdades numa sociedade, afinal, os resultados em vida de uma pessoa serão regidos por lógicas individuais, como esforço, habilidade, sorte, azar, oportunidades, personalidade dentre outros, conforme bem reconhecido pelo igualitarismo. Contudo, a formação de Estado demonstrado nesse trabalho surge como harmonizador dessas diferenças, com meta na compensação. Em outro trecho, a CF, no *caput* de seu art. 5º, traz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]”. Mais à frente estatui que, o Estado não deverá criar distinção entre brasileiros, em seu art. 19, inciso III. Uma má prestação de serviço público cria distinção entre brasileiros? O grupo de pessoas com poder aquisitivo menor não deterá as mesmas condições de dignidades mínimas afetas aos direitos fundamentais por não ter condições de suportar o preço do setor privado de aquisição de direitos fundamentais? A prestação de serviço público tem se aproximado de violação direta da dignidade?

Parece que todas as respostas tendem a sim. Contudo, caso o serviço público prestado seja de interesse da classe com melhor poder aquisitivo, como é o caso de acesso às renomadas universidades públicas, somente aqueles com melhores condições econômicas estarão sujeito ao serviço público.

De 500 mil alunos que se formam no ensino médio em São Paulo por ano, aproximadamente 85% destes frequentaram escolas públicas, já os outros 15% se formaram em escolas privadas¹⁰¹. No entanto, 70% dos alunos que se submetem ao exame da Unicamp, por exemplo, tem origem nas escolas privada em oposição aos 30% vindos de escola pública. Na pesquisa ora apresentada, há a ideia de que a primeira fase de exclusão de alunos se dá em momento anterior à seleção intelectual, na ótica de Marcelo Knobel, titular na Universidade Estadual de Campinas.

Segundo afirmações do citado professor da Unicamp “Essa inversão ocorre porque a grande massa de estudantes que concluem o ensino médio em escolas públicas não considera o ingresso em universidades públicas, pois sabe que tem pouca ou nenhuma chance de entrar nessas instituições”, integrante da Coordenação Adjunta de Colaborações em Pesquisa da FAPESP.

Essa discrepância indica que a atual condução de políticas públicas de inclusão, como o caso de cotas ou Sisu, terá um grande desafio para buscar essa compensação. Nesse ponto em especial, vem bem a calhar à política de cotas no ensino superior, que detém critérios econômicos e de origem de ensino, se público ou privado, com a finalidade de imprimir uma determinada compensação no acesso ao ensino superior. Essa conduta estatal de cotas atende à ideia de Dworkin que a “igualdade de recurso surge como faceta para a justiça distributiva compatível com uma sociedade baseada em um princípio político de igual consideração de todos os seus membros”¹⁰².

Franquear o acesso ao ensino superior de forma compensada, de fato, demonstra uma preocupação na distribuição mensurada de uma formação técnica profissional mais equânime. Essa perspectiva é capaz de manter a legitimidade de um Estado aceito por seus integrantes.

¹⁰¹ ALISSON, Elton. *Políticas de inclusão atreladas apenas ao vestibular são insuficientes, aponta pesquisador*. Disponível em: <http://agencia.fapesp.br/politicas_de_inclusao_atreladas_apenas_ao_vestibular_sao_insuficientes_aponta_pesquisador/18592/>. Acesso em: jan.2016.

¹⁰² *Apud.*, OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de. *Ideais da Igualdade: Um estudo comparativo entre Rawls, Dworkin e Amartya Sen*. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia)- Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 256.

Trata-se de uma igualdade capaz de estimular a unificação de pessoas num pacto social e torna-lo intimamente aceito, afinal, a igualdade de recursos possibilita cada indivíduo a busca de seus anseios pessoais.

Este trabalho não tem o propósito de aprofundar a política de cotas, fonte de opiniões díspares, mas apenas demonstrar a preocupação de compensação realizada pelo Estado brasileiro, o que confere legitimidade à perspectiva deste trabalho ao afirmar que o Brasil detém forte preocupação igualitarista. A situação se agrava ao se considerar que o número de vagas das universidades não públicas atingem 10% no Estado de São Paulo¹⁰³:

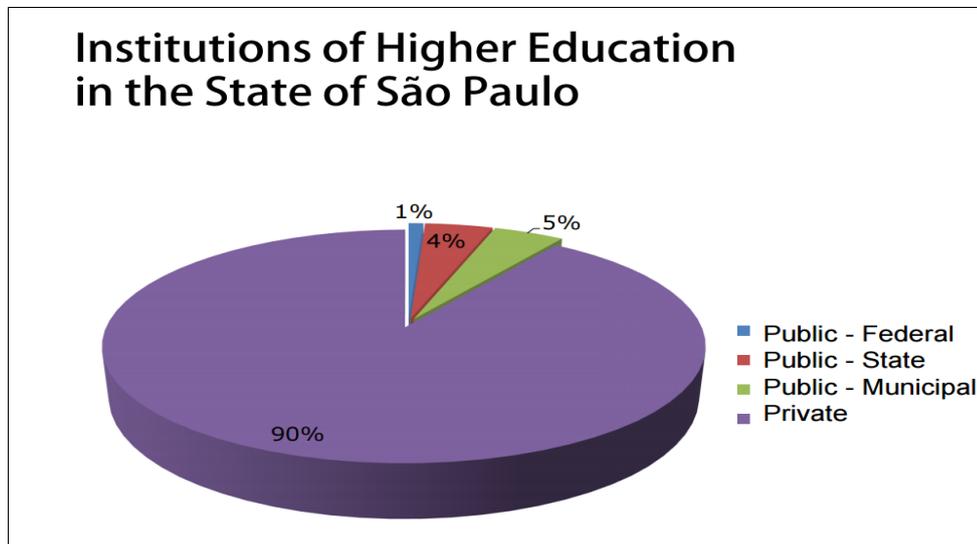


Figura 2 – Vagas de estabelecimentos de nível superior em São Paulo - Fonte: Fapesp¹⁰⁴

A pesquisa demonstra que aqueles que tiveram condições de melhor investimento de base, junto ao setor privado, lograram êxito em alcançar seus objetivos no momento adequado, ao enfrentarem as dificuldades que um exame de ingresso numa universidade federal exige. Já o grupo de pessoas que não tiveram as mesmas condições, vai perpetuar sua anemia econômica, provavelmente de forma indeterminada, porquanto a oportunidade de acessar um conhecimento superior para o exercício da profissão será o setor privado,

¹⁰³ PROFIS. *Programa de formação interdisciplinar superior*. Universidade Estadual de Campinas. Disponível em: <http://www.fapesp.br/eventos/2014/01/Excellence/Marcelo_Knobel.pdf>. Acesso em: jan.2016.

¹⁰⁴ Ibidem.

justamente aquele setor que esse grupo não se utilizou por toda sua formação educacional em face de não deter condições de vida ou econômicas suficiente.

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) TPE – Todos pela Educação – informou que há uma predominância acentuada das escolas privadas no Exame Nacional do Ensino Médio – Enem. Em consulta aos dados divulgados pelo Governo Federal¹⁰⁵, verificou-se somente que 93 das escolas públicas figuravam entre as mil escolas melhor classificadas, o que resulta em menos de 10% do total de escolas¹⁰⁶. Ressalta-se que a maior parte das 93 escolas públicas é federal ou institutos vinculados às universidades federais ou colégios militares. Ou seja, a escola municipal, em face das condições correlatas à distribuição de riqueza numa organização federal, ao que tudo indica, não detém a mesma condição de parrear nessa classificação. Trata-se, assim, de mais uma diferença não compensada no contrato social brasileiro relativo à educação.

Essas diferenças apontadas se opõem às principais inquietações da escola igualitarista, que teve em Rawls o início dessa abordagem, na qual se buscava uma política normativa capaz de lidar com as diferenças sociais e compensá-las. Como justificar essa constatação da distribuição de educação frente ao pensamento de que uma vantagem poderia ser aferida por determinado grupo de pessoas caso essa vantagem se revertesse em um legítimo interesse do grupo de indivíduos desfavorecidos¹⁰⁷?

Em outras palavras, como o ingresso de alunos - de formação em ensino particular - em universidades públicas renomadas se mostraria uma vantagem para os alunos formados em escola pública que não detém essa oportunidade de formação profissional e se compulsam ao setor privado? Se esses alunos de origem pública não detinham condições de arcar com um ensino particular, agora devem se submeter a uma formação privada? Mas seria possível uma posição de vantagem à classe mais favorecida que, de alguma forma, também favorecesse uma classe menos favorecida? Talvez seja viável de fato essa perspectiva, como no caso de um imposto de renda escalonado, no qual os que auferirem maior renda detenham maior alíquota na exação. Mas, no caso dessa não compensação de acesso à educação, num primeiro olhar, não se vislumbra como esse quadro seria vantajoso ao grupo menos favorecido.

¹⁰⁵ ENEM. *Exame Nacional do Ensino Médio*. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/enem/enem_por_escola/2014/Sistema_Enem_2014.xlsm>. Acesso em: jan.2016.

¹⁰⁶ TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Escolas públicas são menos de 10% entre as mil com maior nota no Enem*. Disponível em: <<http://www.todospelaeducacao.org.br/educacao-na-midia/indice/34647/escolas-publicas-sao-menos-de-10-entre-as-mil-com-maior-nota-no-enem/>>. Acesso em: jan.2016

¹⁰⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 87.

Rawls foi o responsável pela nova proposta de abordagem político normativa, em face à paradigmática escola utilitarista - esta focava o saldo líquido de felicidade como norte da condução de políticas estatais, com pouca atenção às diferenças geradas em sociedade por referência utilitarista. O raciocínio da escola utilitarista era binário – analisava-se se determinada conduta estatal era útil ao maior número de pessoas ou não. Já Rawls e os demais igualitaristas se preocupavam com as compensações advindas das diferenças sociais, preocupação estranha às teorias utilitaristas. O princípio da diferença elaborado pelo filósofo reconhece que, inevitavelmente, haverá distinções de situações de bem-estar entre os indivíduos da sociedade.

Neste primeiro momento da abordagem igualitarista, vislumbra-se a necessidade de que todos os indivíduos tenham a mesma estrutura de base, ou seja, o mesmo acesso aos bens primários como saúde e educação. As diferenças que advierem em momento posterior seriam compensadas entre os grupos de indivíduos, de forma que os membros menos favorecidos da sociedade não seriam ignorados.¹⁰⁸

O Constitucionalista José Afonso da SILVA, no viés de aplicação da isonomia material¹⁰⁹, entende a valoração da dignidade do homem e da garantia de todos os seres humanos, longe de ser um tratamento que impõe discriminação no tratamento desigual dos desiguais, mas sim de equalização das diferenças, o que vai no caminho das principais ideias igualitaristas. No entanto, as pesquisas anteriores revelam uma não ou má entrega do sinalagma estatal, advindo do contrato social e evidencia que os direitos fundamentais estão sendo garantidos pelo mercado privado. Dessa feita, o contrato social brasileiro firmado anteriormente, consubstanciado na reciprocidade entre Estado e sociedade a qual está vinculado o Brasil, é o guia de convivência societário, sendo que, modificações desse trato tornará inócua a finalidade buscada em sociedade e facilitará o retorno do homem ao seu estado primitivo anterior – o denominado estado de natureza, já alvo de inquietação de Hobbes, no século XVII em sua obra *Leviatã* -, o que determinará o fim dos objetivos buscados no apanhado de forças humanas.¹¹⁰

O Brasil, por sua Constituição de 1988, adotou a forma societária consubstanciada num estado social, a qual refuta o individualismo e totalitarismo, enaltecendo valores

¹⁰⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 51.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 2002, p.195.

¹¹⁰ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 31.

igualitários de cunho humanista. O Estado é protagonista e garante dos direitos fundamentais sociais, conforme já exposto no preâmbulo da CF¹¹¹:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.¹¹²

Vê-se, de forma patente, o fim buscado pela sociedade brasileira em tornar concreta sua orientação organizativa, numa sociedade harmônica e igualitária, onde não se evidencia valores pessoais capazes de refutar a orientação pluralista e um alcance *erga omnes*. Em reforço a essa perspectiva, Ingo Wolfgang Sarlet corrobora o entendimento acima:

Além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.¹¹³

Além do aspecto já apontado na educação, o direito fundamental à saúde também se revela em mora pelo Estado Brasileiro. Indicadores de saúde apontam a melhor qualidade, crescimento e predomínio dos entes privados como garante dos direitos fundamentais no Brasil, o que indica, novamente, a inversão de papéis entre o Estado e o setor privado. Logo, a reciprocidade existente no contrato tem dado lugar às cláusulas de um contrato privado. Em 2012, a Organização Mundial de Saúde revelou a média mundial de investimento na saúde em 14% do PIB contra 9% do Brasil, sendo que o cidadão financia 52,5% desses custos - a média mundial de participação do cidadão é 42,4%¹¹⁴:

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 379 e 381.

¹¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 62.

¹¹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em: <http://gamapsserver.who.int/mapLibrary/Files/Maps/GenGovExpTotal_2013.png>. Acesso em: jan.2016

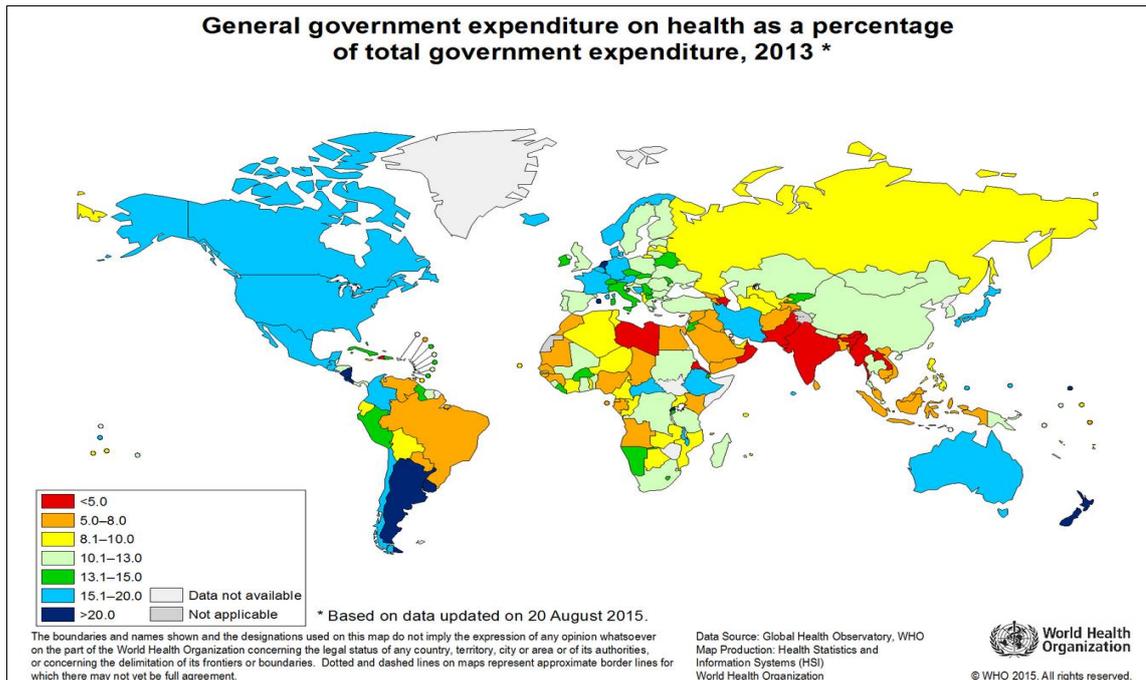


Figura 3 – Mapa demonstrativo do investimento brasileiro na saúde - Fonte: Organização Mundial de Saúde

Conforme o mapa acima indicado, o investimento brasileiro na saúde está entre os mais baixos do continente americano – tão somente ao lado de Venezuela e Paraguai - e no patamar de alguns países da Ásia e Oceania – como Afeganistão e Papua-Nova Guiné. A falta de recursos para a saúde indicada pela OMS é certificada pelo Tribunal de Contas da União¹¹⁵, em que o Brasil se posicionou como o 7º menor gasto nesse direito fundamental:

¹¹⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n° 693/2014*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3A4520B48B55D5298AB308B53B4BCD2C.proposicoesWeb1?codteor=1279812&filename=Tramitacao-PLN+13/2014+CN>. Acesso em: jan.2016.

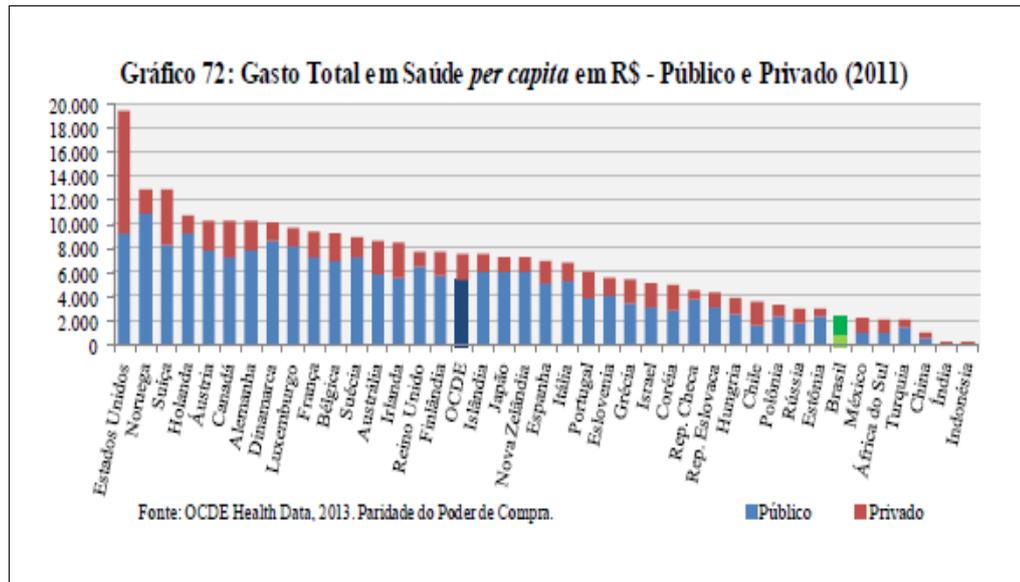


Figura 4 – 7º menor investimento em saúde pelo Brasil - Fonte: Tribunal de Contas da União

Essa constatação vai de encontro ao Estado Democrático e Social de Direito, que tem como fim consagrar a dignidade da pessoa humana e enaltecer os valores de igualdade liberdade e justiça, os quais montam o objeto da forma societária adotada no Brasil de reciprocidade entre Estado e sociedade, onde a sociedade deve cumprir sua parte ao observar o ordenamento jurídico e se submeter fielmente às disposições editadas pelas leis e exações tributárias.

A situação se agrava ao se considerar que 80% da população brasileira tem no SUS sua única fonte de saúde¹¹⁶, ou seja, quase a totalidade da população está submetida ao direito fundamental saúde exclusivamente em função do Estado que não tem devolvido a reciprocidade esperada, e sim uma das mais baixas médias mundiais, conforme atestado pela OMS e TCU. Isso retrata uma evidente violação ao sinalagma advindo do contrato social brasileiro. Essa condição tem sugerido um enriquecimento ilícito do Estado Brasileiro.

Não é por outra razão que o Título II da Constituição Federal trata dos direitos e garantias fundamentais, o que endossa, novamente, a função de garante pelo Estado Brasileiro quanto ao exercício desses direitos. Logo, o funcionamento da organização societária brasileira deve implementar e tornar acessível os direitos básicos do cidadão, de forma igualitária, sem discriminação, ao estabelecer como objetivo, no artigo 3º, inciso IV da Constituição Brasileira, a promoção e “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça,

¹¹⁶ PORTAL BRASIL. *SUS registra volume recorde de ressarcimento*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2013/09/sus-registra-volume-recorde-de-ressarcimento>>. Acesso em: jan.2016.

sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, afirmando o sinalagma do contrato social.

O funcionamento do Estado Social Brasileiro, com a perspectiva de um contrato social, é financiado pelos tributos arrecadados - os quais possibilitam a realização dos fins estabelecidos, os quais viabilizam a proteção e segurança dos cidadãos num Estado garantista de direitos básicos – consistente numa relação jurídica entre contribuintes e sua administração pública de recursos, fundamentados na legalidade e igualdade.

Logo, se há uma relação jurídica na matéria tributária, conforme apontado pela doutrina de Sasha Calmon Navarro Coelho, visualiza-se que as partes integrantes dessa relação, contribuintes e Estado, detém um grau de reciprocidade de ações, o que reforça a ideia de condutas afirmativas pelo Estado Social Brasileiro. Essa perspectiva sugere obrigações recíprocas na relação apontada, consistente no recolhimento de tributos e a realização dos direitos básicos pelo Estado em troca de serviços estatais previstos no trato social. Essa é a proposta de um Estado Social que foi estabelecido e construído em torno de uma configuração de contraprestações de direitos fundamentais¹¹⁷. Numa ótica essencialmente tributária, conforme esclarece Coelho, a afirmação de empobrecimento ilícito do contribuinte já era possível ser vislumbrada numa relação jurídico pública na tributação de ICMS, conforme o trecho a seguir:

[...] o valor do ICMS da última operação a consumidor final nunca poderá ser superior ao valor real da operação mercantil que lhe der causa. Noutras palavras, a base de cálculo estimada pelo Fisco não poderá ser superior ao preço efetivamente praticado, sob pena de quebra do princípio da não-cumulatividade do ICMS.¹¹⁸

Nesse cenário, o autor destacou que o excesso de exação, o qual violava a função tributária, a aproximava de um caráter confiscatório, com o condão de caracterizar o enriquecimento ilícito do Estado e conseqüente empobrecimento ilícito do contribuinte, em virtude do notório desequilíbrio da relação jurídica. Como assevera o jurista, as contribuições de ICMS acima das bases de cálculos reais fixadas pelo texto normativo caracterizam de forma cristalina o “confisco tributário e enseja a sua imediata restituição, por força da própria

¹¹⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 34- 39.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 501.

Constituição [...]”¹¹⁹. Essa imediata restituição tem por objetivo reestabelecer o sinalagma envolvido na relação jurídica tributária em destaque.

Na mesma linha de raciocínio do jurista acima, o doutrinador Hugo de Brito Machado, nos dá conta que:

Para os casos de substituição tributária, ou mais, exatamente, de cobrança antecipada do imposto, a lei terminou por adotar uma forma de pauta fiscal. Nesses casos, porém, o arbitramento de base de cálculo é apenas para efeito de antecipação. Sendo, a operação relativamente à qual o imposto foi antecipado de valor menor, tem o contribuinte direito à restituição da diferença.¹²⁰

O entendimento acima esposado indica, de igual forma, que a relação jurídica tributária deve estar atrelada à viabilidade da cobrança sem excessos, o que mantém a reciprocidade da relação jurídica tributária e não induz ao enriquecimento ilícito estatal ou empobrecimento ilícito do contribuinte. Em razão dessa possibilidade de aplicação do enriquecimento ilícito à causa tributária, em que as partes envolvidas são Estado e contribuinte, pode-se imaginar um conseqüente enriquecimento ilícito estatal em virtude do desequilíbrio do sinalagma estabelecido no contrato social, conforme já exposto, em que o Estado recebe suas exações, submete a sociedade a um pacto normativo mas não realiza a contraprestação de seus serviços estatais.

O Estado detém como fonte de recursos financeiros a arrecadação da tributação, com a finalidade de cumprir suas obrigações e deveres para com os governados, bem como, para a manutenção de sua estrutura administrativa. Logo, esse poder de tributar e arrecadar tributos de que está imbuído o Estado tem como fundamento a necessidade que o mesmo possui de auferir renda para a consecução de seus objetivos, dentre eles, a manutenção da estrutura do próprio Estado e dos serviços que presta a população para a garantia dos direitos fundamentais.

Deve-se esclarecer que, apesar de não haver vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, conforme expresso no art. 167, IV, da CF, o próprio texto constitucional faz ressalva às ações de saúde e ensino. Ademais, deve-se entender que não há uma vinculação fixa e expressa a um determinado bem de direito, de forma singular. No entanto, no endosso da doutrina, há sim o comprometimento dos impostos com os fins

¹¹⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. Cit.*, p. 501.

¹²⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 338.

teleológicos da constituição brasileira, conforme estabelecido em seu preâmbulo e normas fundamentais de promoção da dignidade humana.

A despeito do que se fala neste estudo, conforme leciona o mestre Flávio de Azambuja Berti tem-se que:

[...] o tributo, além de constituir um importante instrumento para financiar os gastos públicos referentes à prestação de serviços que visam satisfazer as necessidades da coletividade, é utilizado também em algumas ocasiões como instrumento de política extrafiscal do governo, regulamentando o mercado financeiro, estimulando ou não, as importações, fomentando o crescimento industrial e o desenvolvimento de algumas regiões específicas, tudo a sabor da política adotada pelos governantes, responsáveis pela gestão da máquina pública.¹²¹

Assim, a tributação é o principal ferramental legal para que o Estado cumpra sua obrigação assumida no contrato social. Por seqüela, não poderia o Estado, com uma base contratual como a do Brasil, realizar seus fins sociais e garantir a maximização de direitos como educação, saúde e outros. Ao contrário da regra que as despesas públicas com educação e saúde são incumbência estatal, tem se manifestado a transferência dessa incumbência para o setor privado. Ali, ocorre o comprometimento da renda disponível dos domicílios do país e se fomenta um comércio que promove o empobrecimento das pessoas, uma vez que o poder público arrecada quantias importantes a partir de impostos e contribuições sociais, depois transfere para os domicílios o ônus de garantir direitos fundamentais¹²². Ou seja, a auto compensação é realizada individualmente, longe das ideias igualitaristas influentes do contrato social brasileiro.

Em dados relevantes o total das arrecadações indica que o Estado fiscal moderno do Brasil tem capacidade financeira suficiente para adimplir a prestação dos direitos fundamentais, haja vista que a carga no Brasil é excessiva, segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT). Para exemplificar, o instituto divulgou que os brasileiros suportam elevado peso nos impostos dos remédios cuja carga alcança o percentual de 34%¹²³.

¹²¹ BERTI, Flávio de Azambuja. *Pedágio. Natureza jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 13.

¹²² PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 465.

¹²³ IBPT NA IMPRENSA. *Brasileiro paga mais imposto em remédio do que em revista e filme adultos. Compare!*. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/1157/Brasileiro-paga-mais-imposto-em-remedio-do-que-em-revista-e-filme-adultos-Compare>>. Acesso em: jan.2016.

A Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), em artigo publicado, divulgou que o Brasil detém carga tributária destacada de toda a América Latina e supera inclusive a de países mais ricos. Segundo dados no período entre 2010 e 2013, a arrecadação no país cresceu cerca de 2,5 pontos percentuais do PIB, superior aos demais países da região, que tiveram 1,3 ponto de crescimento¹²⁴. No final de 2013, o IBPT indicou que 36,42% do Produto Interno Bruto do Brasil adveio da carga tributária, o que rendeu a maior porcentagem entre os países do BRICS, em que a média foi de 22%. Os outros componentes dos Brics possuem a seguinte porcentagem: Rússia, 23%; Índia, 13%; China, 20% e África do Sul, 18%, tendo o Brasil o dobro de alguns deles¹²⁵. Esse indicador reforça a ideia de que tamanha carga tributária está diametralmente oposta aos resultados deficientes das pesquisas relacionadas aos direitos fundamentais apresentadas no presente tópico.

Nesse passo, a conclusão que se chega, de forma empírica, é de que o Brasil é o país que menos entrega serviço público em função de sua carga tributária, o que menos retorna em bem-estar a seus cidadãos, seja na saúde, educação ou segurança¹²⁶. De 30 países de maior carga de tributação, com base no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), o Brasil se posicionou em última colocação, o que sublinha a afirmação de que o retorno do que os brasileiros pagam a título de tributos é ínfima diante da precariedade e da má prestação de direitos fundamentais¹²⁷. Isso se reflete inclusive no direito fundamental à segurança, onde 69% de pessoas se utilizam de segurança privada pela ineficiência do Estado; 31% que não a utiliza justifica que buscaria esse serviço em virtude da não prestação do Estado¹²⁸. Outro dado interessante traz que na segurança das Olimpíadas a serem realizadas em 2016 no Rio de Janeiro, 41% será pública e 59% será privada. Esse percentual se destaca ao se considerar que este evento é destinado ao público em geral, ou seja, incumbência do Estado e não de setores particulares. É um atestado internacional de ineficiência da segurança pública prestada pelo

¹²⁴ OECD. Economic Commission for Latin America and the Caribbean/Inter-American Center of Tax Administrations (2012), *Revenue Statistics in Latin America, OECD* Disponível em: <http://www.cepal.org/ofilac/noticias/paginas/3/43813/2ed_Rev_Stats_in_LAC_2012.pdf>. Acesso em: jan.2016.

¹²⁵ IBPT. *Carga tributária brasileira é quase o dobro da média dos BRICS*. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/1443/Carga-tributaria-brasileira-e-quase-o-dobro-da-media-dos-BRICS>>. Acesso em: jan.2016.

¹²⁶ IBPT. *De 30 países, Brasil é o que oferece menor retorno dos impostos ao cidadão*. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/2260/De-30-paises-Brasil-e-o-que-oferece-menor-retorno-dos-impostos-ao-cidadao>>. Acesso em: jan.2016.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ SESVE-SP. *Segurança privada imagem e percepção da sociedade*. Disponível em: <<http://arquivos.sesvesp.com.br/files/downloads/32/cartilhapesquisa.pdf>>. Acesso em: jan.2016.

Estado Brasileiro. Em reforço, pesquisa realizada junto à força policial brasileira, obteve-se o seguinte resultado¹²⁹:



Figura 5 – Opinião dos Policiais Brasileiros sobre Reformas e Modernização da Segurança Pública - Fonte: Fundação Getúlio Vargas

Do quadro acima, percebe-se a sensação de ineficiência dos próprios componentes da força de segurança avaliada. A pesquisa revela que a estrutura é tida como insuficiente, não há verbas para equipamentos, a formação dos policiais é inadequada e a dificuldade de produção de provas técnicas que possam levar à punição os infratores. Se a própria corporação demonstra essa percepção da força policial, de outro a sociedade corrobora essa visão.

¹²⁹ FGV – SÃO PAULO. Centro de Pesquisas Jurídicas Aplicadas – CPJA. *Opinião dos policiais brasileiros sobre reformas e modernização da segurança pública*. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anexos/pesquisa_opiniao_dos_policiais.pdf>. Acesso em: jan.2016.

Em outra pesquisa, aferiu-se que o grau de insatisfação da população com a polícia gira é de 62% entre as pessoas com melhor poder aquisitivo e 65% entre as pessoas consideradas mais pobres¹³⁰. A mesma pesquisa demonstrou um grau contundente de desconfiança na eficiência da polícia. Somente 39% dos entrevistados confiam nessa instituição, que restou na frente somente de emissoras de TV, vizinhos, Congresso Nacional e Partidos Políticos.

É possível vislumbrar as consequências que foram apontadas nesse trabalho: o enriquecimento ilícito estatal e consequentemente o empobrecimento ilícito social, notadamente em função da ausência de sinalagma do contrato social brasileiro evidenciada, que acarreta ainda outro efeito que está na busca de prestação de serviços essenciais junto ao setor privado, gerador de uma mercantilização de direitos fundamentais.

O enriquecimento sem causa, ou ilícito – a terminologia exata detém discussão doutrinárias, mas este trabalho entende que o termo ilícito está alinhado com a ideia de que uma condição jurídica desalinhada com os fins teológicos de determinado ordenamento jurídica é não lícita, não legal, entendimento que se faz presente nos julgados do STF, STJ e TJDFT, conforme colacionados ao longo do presente trabalho - é reconhecido como um princípio de direito¹³¹, conceito presente nos países de *civil law* e *common law*, o que demonstra a abrangência de seu postulado mesmo em sistemas jurídicos distintos. Nos países de *common law*, a percepção e reconhecimento do enriquecimento sem causa se estabeleceu séculos após dos países de *civil law*¹³². Talvez tal tenha ocorrido em face da referência do Direito na jurisprudência nos países de *common law*, o que lhe emprega caráter mais empírico – portanto mais demorado, uma vez que a experiência agregada do conjunto de julgamentos vai moldando os passos jurídicos em determinada sociedade -, se comparado aos países de *civil law* - estes consubstanciados em atuação do legislativo ou expedições do executivo, por vezes se aproximando de um caráter dogmático.

Para ilustrar essa temática países que adotam o sistema do *civil law* e preveem o princípio do enriquecimento sem causa, pode-se citar a Alemanha, conforme seu Código

¹³⁰ FGV – NOTÍCIAS. *Pesquisa da DIREITO GV avalia satisfação da população com a polícia*. Disponível em: <<http://fgvnoticias.fgv.br/pt-br/noticia/pesquisa-da-direito-gv-avalia-satisfacao-da-populacao-com-policia>>. Acesso em: jan.2016.

¹³¹ DICKSON, Brice. *Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview*. *The Cambridge Law Journal*, Vol. 54, No. 1 (Mar., 1995), p. 100. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4508037>>. Acesso em: jul.15.

¹³²DICKSON, Brice. *Op. Cit.*

Civil, entre os artigos 812 ao 822¹³³. Em Portugal, o Código Civil traz o enriquecimento sem causa entre os arts. 473 e 482¹³⁴. O Código das Obrigações Suíço prevê o instituto entre os arts. 62 a 67¹³⁵. No Código Civil Italiano, o enriquecimento sem causa está esculpido no art. 2041, onde se lê:

*Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda.*¹³⁶

Como demonstrado, o instituto do enriquecimento sem causa se encontra bem sedimentado nos países que seguem o *civil law*, com previsão expressa em suas codificações domésticas reguladoras das relações privadas, conforme bem retrata-se na jurisprudência Portuguesa, país de *civil law*, no qual o princípio do enriquecimento sem causa é utilizado como *ratio decidendi*.¹³⁷

Por seu turno, na Inglaterra, país caracterizado sobremaneira pelo *common law*, em 1943, o caso *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* firmou o entendimento do enriquecimento sem causa naquele país¹³⁸. Nesta demanda, uma empresa polonesa obteve restituição do pagamento efetuado na compra de maquinário de uma empresa inglesa, sendo que esta alegava ser indevida a repetição do indébito porquanto a Polônia tinha sido ocupada pela Alemanha por ocasião da 2ª Guerra Mundial, o que justificaria esse entendimento¹³⁹, argumento que não prevaleceu na instância máxima inglesa por muito tempo.

¹³³ *Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH.* Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>>. Acesso em: jul.15.

¹³⁴ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 70.

¹³⁶ “Quem, sem uma causa justa, foi enriquecido em detrimento de outra pessoa deve, dentro dos limites do enriquecimento, indenizar o prejuízo financeiro relativo. Se o enriquecimento tem por objeto uma coisa específica, aquele que recebeu é obrigado a devolvê-lo em espécie, se não tiver ocorrido perecimento do objeto.”
IL CODICE CIVILE ITALIANO. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: jul.15.

¹³⁷ JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PORTUGUESES. Disponível em: <<http://jurisprudencia.no.sapo.pt/>>. Acesso em: jul.15.

¹³⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

¹³⁹ E-LAWRESOURCES.CO.UK. *Fibrosa Spolka v Fairbairn* [1943] AC 32. Disponível em: <<http://www.e-lawresources.co.uk/Fibrosa-Spolka-v-Fairbairn.php>>. Acesso em: jul.15.

Nos Estados Unidos da América, país também alinhado ao sistema da *common law*, também há registro de julgamento pela sua Suprema Corte, em que o estado do Kansas buscou ressarcimento em face do estado de Nebraska, por este ter se enriquecido sem justa causa, porquanto não respeitou um acordo de utilização hídrica do Rio Republicano, ao ultrapassar o uso de sua cota na seca ocorrida no ano de 2006, conforme trecho do julgado:

The Special Master nevertheless recommended disgorgement because Nebraska “knowingly exposed Kansas to a substantial risk” of noncompliance. Report 130. He rested this recommendation on the Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §39 (2010).¹⁴⁰

No Brasil, o enriquecimento sem causa não constou do Código Civil de 1916. Este retratava um entendimento implícito do pagamento indevido, sob influência do direito francês¹⁴¹, o que demonstra um alinhamento ao caráter predominantemente patrimonialista por não prever esta forma de defesa social do patrimônio individual na esfera privada¹⁴². No Código Civil de 2002, o enriquecimento sem causa consta de forma expressa, por intermédio de seus artigos 884, 885 e 886:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Os referidos artigos estão inseridos na Parte Especial, no Livro I, o qual dispõe sobre o Direito das Obrigações, especificamente no Título VII, que trata dos atos unilaterais. Portanto, a localização topográfica dista daquela destinada aos contratos, situada no Título V, o que

¹⁴⁰ “O perito, no entanto, recomenda ressarcimento porque o estado de Nebraska “sabidamente expôs Kansas a um risco substancial” por seu descumprimento. Ele se indicou a restituição com correção monetária e em face do enriquecimento sem causa §39 (2010)”. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Kansas v. Nebraska et al. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/126orig_olq2.pdf>. Acesso em: jul.15.

¹⁴¹ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84 e 85.

¹⁴² *Ibidem*, p. 98.

reforça a ideia do enriquecimento sem causa como princípio de direito obrigacional, e não mecanismos jurídicos restritos a simples cláusulas contratuais.

À doutrina coube indicar as condições para que o enriquecimento sem causa seja concretizado: o enriquecimento de uma parte; conseqüente empobrecimento da outra parte; liame causal; não configuração de justificante e caráter subsidiário da ação de enriquecimento. O enriquecimento pode se dar por aumento patrimonial, diminuição do passivo, dano evitado, remissão de dívida ou serviços prestados, por exemplo. Assim, resta evidente a aplicação do enriquecimento ilícito numa abrangência supra contratual, afinal, as circunstâncias demonstradas não devem se originar, necessariamente, de um contrato privado. Já o empobrecimento, tradicionalmente, também se apresenta como requisito, uma vez que deve ser apurado o decréscimo patrimonial de uma das partes.

Diz-se que o nexó de causalidade deve demonstrar uma relação de causa e efeito, ou seja, o enriquecimento gerado em função de uma parte deve estar relacionado a uma circunstância em que envolve aquele que alega ter se empobrecido. Não deve haver justa causa que autorize o enriquecimento, sendo esta caracterizada por um motivo justo ou lícito. A subsidiariedade advém da redação do art. 886 do Código Civil de 2002, o qual estabelece que “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.”, no entanto, cabe observar que a subsidiariedade está afeta ao meio em que se pretende a restituição do *status quo* ao enriquecimento sem causa aferido, e não, necessariamente, a configuração do enriquecimento sem causa, afinal, a subsidiariedade não deve endossar fraude à lei.¹⁴³

A jurisprudência brasileira, país do *civil law*, traz exemplos da aplicação do enriquecimento sem causa, adotada como razão de decidir, o que consagra este princípio no ordenamento jurídico pátrio.¹⁴⁴

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR). RESPONSABILIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. 1. Reconhecimento da inexistência de enriquecimento sem causa, cerne das razões do recurso especial, no que tange à resolução dos contratos [...]

¹⁴³ NANNI, Giovanni Ettore. *Op. Cit.*, p. 261, 266 e 281.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 710075, AgR / RJ - Rio de Janeiro. AG.REG. No recurso extraordinário com agravo. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 05/03/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+710075%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ha9y8dr>>. Acesso em: jan.2016.

(EDcl no REsp 1352227/RN, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 13/04/2015)

JUIZADOS ESPECIAIS CIVEIS. RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COMISSÃO DE CORRETAGEM... ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA [...] 1 - A ação de enriquecimento sem causa se submete ao prazo prescricional de três anos, consoante disposto no artigo 206, § 3º, inciso IV do Código Civil [...] (Acórdão n.736363, 20120111549125ACJ, Relator: LEANDRO BORGES DE FIGUEIREDO, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 08/10/2013, Publicado no DJE: 25/11/2013. Pág.: 247)

Conforme apresentado, presente se faz os julgados em que o instituto do enriquecimento ilícito tem assento nos debates jurídicos apresentados ao judiciário brasileiro. Esse princípio tem como diretriz básica a imposição de restituição àquele que avantajou seu patrimônio de forma injusta em razão de outra pessoa. De forma contrária ao que possa parecer, o princípio do enriquecimento sem causa não deve ser percebido tão somente como cláusula contratual, mas sim categoria autônoma elevada ao patamar dos princípios gerais contratuais, o que lhe permite ser empregado em aplicação dinâmica em sociedade, porquanto não estará atrelada tão somente ao contrato típico de ordem privada, caracterizado pela convergência de vontades sob à luz da autonomia da vontade. E é esse justamente uma das preocupações enfrentadas pelos advogados nos países em que predominam o sistema de *common law*, qual seja, aplicar o princípio do enriquecimento sem causa além das fronteiras típicas do contrato civil, ao demandar em juízo com espede neste fundamento, especialmente no descortínio de novas disputas judiciais.¹⁴⁵

Para ilustrar essa serventia do princípio em testilha de forma menos ortodoxa, abaixo se colaciona ementa e passagem de julgado da lavra da Corte Irlandesa em que o Estado foi apontado como parte enriquecida de forma injusta – caso *Murphy v. Attorney-Geral* [1982] -, na qual um casal obteve restituição de impostos em face do pagamento em excesso, com fundamento na proteção familiar, porquanto os impostos dos consortes deveriam sofrer uma avaliação diferenciada e não um fator de incidência idêntico a duas pessoas solteiras: “*Constitution - Statute - Validity - Income tax - Husband and wife - Incomes aggregated - Graduated scale of taxation - Amount of tax normally payable on aggregated income exceeding amounts payable by two unmarried persons[...]*”.¹⁴⁶

¹⁴⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Op. Cit.*, p. 102-103.

¹⁴⁶ Constituição - Estatuto - Validade - Imposto sobre o rendimento familiar - Marido e mulher - Receitas agregadas - Graduação de tributação - Montante do imposto a pagar normalmente comparados a duas pessoas

Deste julgado, restou evidente a possibilidade de o Estado se enriquecer de forma injusta, em função dos impostos declarados inconstitucionais. Se o Estado se enriqueceu sem justa causa de um lado, certamente as partes autoras, por outro lado, se empobreceram ilicitamente, porquanto a quantia destinada ao Estado foi sacada do patrimônio dos autores sob o pálio de uma norma inconstitucional, o que causou diminuição dos seus recursos financeiros. No caso, os contribuintes dos impostos declarados inconstitucionais obtiveram provimento judicial em que o Estado restou condenado em ressarcir o pagamento feito de forma indevida. Nos moldes tratados em linhas acima, o princípio do enriquecimento sem causa inaugurou para o enriquecido ilicitamente – o Estado - a obrigatoriedade de estabelecer o ressarcimento da quantia paga indevidamente.

Importante destacar uma passagem do julgado em referência, a qual analisa a hipótese de o enriquecimento sem causa não gerar o dever de restituição integral, ou total, se o enriquecido o recebeu de boa-fé e as circunstâncias indiquem a impossibilidade de restituição:

It is one of the first principles of the law of restitution on the ground of unjust enrichment that the defendant should not be compelled to make restitution, or at least full restitution when, after receiving the money in good faith, his circumstances have so changed that it would be inequitable to compel him to make full restitution.[...] ¹⁴⁷

No entanto, mesmo que a boa-fé fosse capaz de reverter a obrigatoriedade de um ressarcimento em face de um enriquecimento sem causa perpetrado, associada a uma degradante condição financeira do enriquecido ilicitamente, conforme a passagem do julgado em destaque, o empobrecimento evidenciado daquele que teve seu patrimônio indevidamente diminuído restará sedimentado, sem perspectiva de retorno ao *status quo*.

Outra questão que restou evidente é a aplicação do princípio do enriquecimento sem causa ao pagamento de impostos. Com isso, se extrai a abrangência conferida ao princípio, o qual pode ter aplicação na relação sociedade e Estado, sem a presença de um contrato propriamente dito, mas sim consubstanciado num contrato social, no qual o administrado pratica uma conduta em determinada sociedade e, por seu turno, o Estado executa as funções

solteiras [...]. Disponível em: <<http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/pagecurrent/9FA0AA8E8D261FC48025765C0042F6B3?opendocument&l=en>>. Acesso em: jul.15.

¹⁴⁷ É um dos primeiros princípios da lei de restituição no terreno do enriquecimento sem causa que o arguido não deve ser obrigado a fazer a restituição, ou pelo menos a restituição integral quando, depois de receber o dinheiro de boa-fé, suas circunstâncias tenham mudado tanto que seria injusto obrigá-lo a fazer a restituição integral [...] Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.supremecourt.ie%2Fsupremecourt%2Fsclybrary3.nsf%2F\(WebFiles\)%2FB151EE8F39AB3A7D8025765E003B76F7%2F%24FILE%2FMurphy%2520v%2520AG_1980.rtf&ei=a0yYVY2EGoOu-QHW067IBw&usq=AFQjCNGzfFaFSNauxVJW5h7Iz-ZEPf7RA&sig2=HjR5Ezxe4ooM8DklNVI3TA](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.supremecourt.ie%2Fsupremecourt%2Fsclybrary3.nsf%2F(WebFiles)%2FB151EE8F39AB3A7D8025765E003B76F7%2F%24FILE%2FMurphy%2520v%2520AG_1980.rtf&ei=a0yYVY2EGoOu-QHW067IBw&usq=AFQjCNGzfFaFSNauxVJW5h7Iz-ZEPf7RA&sig2=HjR5Ezxe4ooM8DklNVI3TA)>. Acesso em: jul.15.

que lhe são eminentes e previstas em lei – num sentido amplo, cabendo aqui a considerar normas constitucionais por exemplo. Rousseau indica bem essa perspectiva ao afirmar que: “O que é, portanto, o governo? Um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano para sua recíproca correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política”.¹⁴⁸

Como demonstrado, a administração de um Estado é o corpo político capaz de promover o entendimento e convivência em determinada sociedade, ocasião em que os administrados – súditos – devem seguir as leis vigentes e, por sua vez, a liberdade civil e política é assegurada aos cidadãos. Esses são os contornos de um contrato social.

Essas leis – em sentido amplo – devem ser válidas, e, para tanto, elas devem estar em consonância constitucional – nos países que detém esse diploma, como no caso do Brasil. Sendo assim, uma ação estatal que viole norma constitucional, ou uma não ação estatal que não execute determinada função estatal, é eivada de inconstitucionalidade e, como ilustrado no caso da restituição de impostos inconstitucionais da Suprema Corte Irlandesa, é possível impor ao Estado enriquecimento ilícito.

Como visto, o pagamento de impostos inconstitucionais não reproduz, de forma clássica, a formação de um contrato na ordem privada, mas é possível de ser compreendido como um contrato social na esfera pública. Sendo assim, o enriquecimento ilícito pode alcançar o Estado quando não exerce sua parte no contrato social, notadamente ao violar a contraprestação estatal, o que faz nascer sua inconformidade com o direito – como, por exemplo, a função de garante ou regulador de direitos fundamentais.

Os requisitos tradicionais para evidenciar o enriquecimento ilícito é o dever de cuidado, a violação desse dever e um dano causado¹⁴⁹, porquanto, de forma contrária, estaria autorizada a dilapidação da propriedade privada, esta elencada como direito fundamental na CRFB ao dispor que “Art. 5º Todos são iguais perante a lei [...] garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade [...] à propriedade”.

¹⁴⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social ou princípio do direito político*. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional (série Filosofar), 2006, p. 69.

¹⁴⁹ DICKSON, Brice. *Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview*. *The Cambridge Law Journal*, Vol. 54, No. 1 (Mar., 1995), p. 106. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4508037>>. Acesso em: jul.15.

Vale ressaltar que esse triunvirato nem sempre é considerado, como demonstra o sistema inglês em que os juízes pode não considerar a necessidade do dever de cuidado, por exemplo.¹⁵⁰

No caso dos impostos inconstitucionais relatado anteriormente, é possível observar esses três elementos. O Estado detém o dever de cuidado frente aos seus administrados, consistente em conduzir a liberdade civil e política dentro do espectro legal estabelecido, logo, o primeiro requisito elencado se fez presente. Ao editar normas inconstitucionais, o Estado violou o dever de cuidado, afinal, a edição de normas constitucionais atenta contra a liberdade civil de um Estado democrático de Direito. O pagamento de impostos inconstitucionais representa o dano causado, porquanto violou o direito fundamental de propriedade dos administrados.

Como já ressaltado, o Estado brasileiro traz o menor retorno. Em outras palavras, é o que menos devolve o sinalagma estabelecido no contrato social nos direitos afetos à educação, saúde e segurança, notadamente porque o país ocupa a última colocação no *ranking* de benefícios que são oferecidos à população com o resultado de sua arrecadação, o que revela as sequelas da ineficiência do Estado em relação a administração de seus recursos, conforme esclarece João Eloi Olenike do IBPT¹⁵¹. Assim, o Estado brasileiro não presta o encargo que se incumbe por força da reciprocidade advinda do contrato social, o que incorre a condição de enriquecimento ilícito do Estado Brasileiro.

O próprio texto constitucional trouxe inserido em seus dispositivos mecanismos que impedem o inadimplemento estatal na garantia de direitos fundamentais, com destaque no art. 34 da CF¹⁵², que trata a questão do repasse de receitas tributárias fixadas na Constituição aos Municípios, dentro dos prazos estabelecidos pela norma, em que se lê que “Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal: [...]; II - não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês”.

Esse insistente desequilíbrio do sinalagma, conforme as pesquisas evidenciam, sugere que o enriquecimento ilícito estatal tem o condão de tornar-se uma tendência, com persistente

¹⁵⁰ DICKSON, Brice. *Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview*. *The Cambridge Law Journal*, Vol. 54, No. 1 (Mar., 1995), p. 106. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4508037>>. Acesso em: jul.15.

¹⁵¹ IBPT. *De 30 países, Brasil é o que oferece menor retorno dos impostos ao cidadão*. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/2260/De-30-paises-Brasil-e-o-que-oferece-menor-retorno-dos-impostos-ao-cidadao>>. Acesso em: jan.2016.

¹⁵² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

banalização dos direitos fundamentais, em face da sua má prestação. Logo se a sociedade cumpre a sua parte ao observar o ordenamento jurídico e se submeter às leis regras decretos portarias e exações tributárias, cabe ao Estado adimplir com suas obrigações decorrentes do contrato social, sobretudo, porque o Estado está recebe uma contraprestação sem devolver parte que lhe cabe pela reciprocidade contratual.

Outros casos de enriquecimento ilícito brasileiro corroboram a presente perspectiva, ainda que numa ênfase administrativa, o que dá suporte à ideia ora ventilada no presente tópico, como a presente oportunidade em que o STF se posicionou nos termos abaixo:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL... 1. As férias não gozadas por aqueles que não mais podem delas usufruir, seja por conta do rompimento do vínculo com a Administração, seja pela inatividade, deverão ser convertidas em indenização pecuniária, tendo em vista a vedação do enriquecimento sem causa pela Administração... (ARE 718547 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 22-08-2013 PUBLIC 23-08-2013)¹⁵³

O julgado acima veda o enriquecimento ilícito do Estado numa situação em que discute aplicação do direito à indenização das férias não gozadas pelo servidor aposentado e também aos ativos. Nota-se, assim, que o patrimônio individual, fruto do trabalho da pessoa, deve ser isento de violação que denote um desequilíbrio na relação entre servidor e administração. Notório, assim, a impossibilidade de se admitir que o Estado tire proveito de um sinalagma atribuído à sua relação com o administrado. Essa perspectiva consubstanciada numa relação administrativa pode alcançar a relação político-jurídico entre Estado e sociedade. Em outra oportunidade, o STF vislumbrou a relação existente entre carga tributária e a prestação advinda dos termos assinalados pelo contrato social brasileiro, em outras palavras, as previsões constitucionais afetas ao tema:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DESTINADA À SAÚDE – INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL [...] A fixação de efeito prospectivo a decisão no sentido da glosa de tributo disciplinado em norma não compatível com a Constituição implica estímulo à edição de leis à margem da Carta da República, visando à feitura de caixa, com o enriquecimento ilícito por parte do Estado – gênero –, em detrimento dos contribuintes, que já arcam com grande carga tributária. (RE 593734 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A G .Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 718.547 Rio de Janeiro Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4373805>>. Acesso em: jan.2016.

em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 02-04-2012 PUBLIC 03-04-2012)¹⁵⁴

No caso em destaque, o Estado de Minas Gerais e o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG - buscavam imprimir efeito *ex nunc* à inconstitucionalidade reconhecida sobre cobranças compulsórias, com a finalidade de promover a saúde dos servidores. O relator – Ministro Marco Aurélio – afastou esse entendimento e, no que toca o presente trabalho, assentou ser indevido o enriquecimento sem justificativa, portanto ilícito, da Fazenda Pública. Destacou, ainda, que já há uma alta carga tributária a ser suportada pelos contribuintes, o que demonstra a relação efetiva entre a carga tributária recolhida que justifique, de *per si*, a existência de uma entrega satisfatória de serviço de saúde, sendo despropositada outra incidência compulsória com a mesma finalidade. Outros julgados se põe em alinhamento nas linhas seguintes, e vêm demonstrar a questão em debate, em que se identifica o sinalagma implícito nas relações com o Estado, o qual serve como limitador à reciprocidade adequada da relação jurídica estabelecida. Seguem acórdãos da lavra do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONVERSÃO EM PECÚNIA DE FÉRIAS E LICENÇA ESPECIAL. MILITAR EXPULSO DA CORPORACÃO. DIREITO ADQUIRIDO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ESTADO. SENTENÇA MANTIDA. I. O militar expulso da corporação a bem da disciplina faz jus à conversão em pecúnia das licenças especiais e das férias não gozadas... (Acórdão n.867751, 20120110083329APO, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Revisor: CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/04/2015, Publicado no DJE: 01/06/2015. Pág.: 243)¹⁵⁵

AÇÃO DE CONHECIMENTO. ADMINISTRATIVO. MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORACÃO. LICENÇA ESPECIAL NÃO GOZADA. PAGAMENTO EM PECÚNIA. RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA DESPROVIDOS. 1. Ainda que ausente disposição legal expressa de que a licença especial não gozada possa ser convertida em pecúnia em favor do militar excluído da corporação, a proibição do enriquecimento sem causa do Estado, serve a justificar o deferimento do pedido... (APO 20110111156700, 4ª T., rel. Des. Antoninho Lopes, DJe 24/07/2014).¹⁵⁶

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA EXOFFICIO. ARTIGO 475, I DO CPC. POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO A BEM DA DISCIPLINA. LICENÇA ESPECIAL NÃO GOZADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. POSSIBILIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRECEDENTES. 1. A exclusão de policial militar da corporação, mesmo a bem da disciplina, não tem o condão de isentar a Administração da responsabilidade pelo adimplemento das obrigações resultantes de

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A G .Reg. no Recurso Extraordinário 593.734, Minas Gerais. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1878634>>. Acesso em: jan.2016.

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: jan.2016.

¹⁵⁶ Ibidem.

direito adquirido pelo ex-servidor, pena de enriquecimento ilícito da Administração. ... (TJDFT, 6ª Turma Cível, APC nº 2012.01.1.037077-6, rel. Des. Jair Soares, DJe de 26/3/2013, p. 180). 3. Sentença confirmada por força do reexame necessário. (RMO 20110110943899, 5ª T., rel. Des. João Egmont, DJe 02/07/2013).¹⁵⁷

Nos julgados em destaque, o direito à conversão não está adstrito ao fundamento da saída ou da exclusão do policial militar, mas ao fato objetivo de que, sem a conversão, haveria irrecusável desrespeito ao direito adquirido e favorecimento ao enriquecimento indevido do Estado. Isso se deve em razão de haver, na relação jurídica entre o policial e o Estado, um contrato ou sinalagma implícito que regula a dimensão de direitos e obrigação entre ambos. De igual forma, na linha desse trabalho, se propõe reconhecer esse mesmo sinalagma entre Estado e sociedade que, uma vez violado, trará a possibilidade do enriquecimento ilícito estatal.

Apesar de esses julgados estarem alinhados à ideia de vedação do enriquecimento ilícito estatal, também se apresentou na jurisprudência um revês jurisprudencial de grande envergadura: a questão do pedágio.

O STF cooperou com o desequilíbrio do sinalagma entre Estado e sociedade ao admitir a natureza jurídica do pedágio como de preço público ou tarifa¹⁵⁸, ao invés de taxa, o que reforça a ideia do enriquecimento ilícito estatal, que favoreceu uma postura absenteísta do Estado em função de seu papel garantidor de direitos fundamentais, notadamente o direito de ir e vir - art. 5º, inciso XV, da CF¹⁵⁹ -, o que o torna inadimplente quanto à essa obrigação assumida perante sua sociedade. Não foi indicada a necessidade de via alternativa nas rodovias que tenham a cobrança de pedágio, ainda que não possuam as mesmas condições de rodagem, como via dupla, pontos de apoio ou suporte de guincho.

Ao estipular a natureza jurídica do pedágio como tarifa ou preço público, e não taxa, o STF admitiu que o uso de rodovia seria uma facultatividade do usuário, o que possibilitaria retirar esse pagamento do regime jurídico tributário de exação. Data máxima vênua aos nobres ministros, esse entendimento é um absurdo. Dá a entender que o usuário tem a faculdade, ou

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: jan.2016.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 800, Rio Grande do Sul. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6274991>>. Acesso em: jan.2016.

¹⁵⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

não, de viajar em seu próprio território nacional, de visitar um familiar, de procurar melhores oportunidades de empregos, de trabalhar ou socorrer um amigo em município vizinho, quiçá buscar tratamento médico contínuo dentre outros.

Como consequência ainda, aproximou a cobrança de pedágio do regime jurídico privado, porquanto ausentes as garantias correlatas ao regime tributário, como os princípios da legalidade estrita e noventa – o que torna o valor do pedágio propenso a receber altas variações em seu preço e torna o pedágio um comércio do direito de ir e vir, posto que a tarifa ou preço público aproxima-se do direito privado nesses aspectos. A lei de concessão de serviço público - Lei n.º 8.987/95¹⁶⁰ -, em seu artigo 7º, prevê a possibilidade de escolha pelo usuário, o que foi ignorado pelos julgados.

Vale ressaltar que as taxas integram uma das hipóteses tributárias, com previsão na CF, em seu art. 145 e no CTN, entre os artigos 77 e 80. A taxa seria possivelmente passível de configurar a natureza jurídica de pedágio, porquanto a sua cobrança é vinculada a um determinado serviço público. Na taxa, é considerado aquele que se beneficia e de que forma o benefício é aferido por usuário da prestação pública vinculada, conforme bem assinalado em doutrina.¹⁶¹

Essa postura favoreceu é causa de desequilíbrio do sinalagma tratado no contrato social. Em que pese limitação de tráfego que sua cobrança acarreta, a CF prevê essa possibilidade em vias conservadas pelo Poder Público - art. 150, V, da CF.¹⁶² O direito à liberdade de ir e vir é básico para alcançar a liberdade humana, o que deveria sofrer uma harmonização com a exceção do art. 150, IV da CF.

Houve o mesmo posicionamento do STF em momento anterior pelo STJ, em que se consignou não ser necessária a existência de via alternativa isenta de cobrança ao usuários de via com pedágio¹⁶³. Seria possível afirmar, inobstante esse posicionamento do STJ, que houve um atentado à reciprocidade que deve ser observado pelo Estado com base em seu contrato social, apesar de tolerada pela Constituição Federal?

¹⁶⁰ BRASIL. Lei Nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: jan.2016.

¹⁶¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

¹⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\('RESP'.clas.+e+@num='417804'\)+ou+\(\('RESP'+adj+'417804'.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(('RESP'.clas.+e+@num='417804')+ou+(('RESP'+adj+'417804'.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: jan.2016.

Num primeiro esforço, a melhor interpretação da previsão constitucional da existência do pedágio deveria ser orientada com a liberdade positivada no rol do art. 5º da CF, por seu inciso XV, no qual se assegura a livre a locomoção no território nacional em tempo de paz. Essa cláusula do contrato social brasileiro, posicionada no Título II, destinado às garantias e direitos fundamentais, em hipótese alguma, poderia sucumbir à previsão específica de exação constitucional, sob pena de se inverter a maior importância dada pelo contrato social brasileiro em assegurar direito de tal envergadura.

Marcelo Novelino endossa esse entendimento, ao entender a falta de opção ao usuário do serviço público, na medida em que se “viola direito de escolha do serviço, legalmente outorgado aos usuários do serviço público”¹⁶⁴. A Lei n.º 8.987/95 assegura em seu art. 7º que: “[...] são direitos e obrigações dos usuários: [...] III – obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços”.¹⁶⁵

Em reforço, o magistério, Hely Lopes Meirelles opina que:

Sendo o pedágio, como é, uma tarifa, e, portanto, um preço, tanto pode ser cobrado pelo Poder Público como por seus concessionários incumbidos da construção e conservação de obras rodoviárias, desde que a empresa atenda aos requisitos constitucionais da concessão, ou seja, prestação de serviço adequado, tarifa justa e fiscalização pelo poder concedente (Constituição da República, art. 167 ns. I a III). No caso particular do pedágio de rodovia, exige-se que a estrada apresente condições especiais de tráfego (via-expressa de alta velocidade e segurança), seja bloqueada e ofereça possibilidade de alternativa para o usuário (outra estrada que o conduza livremente ao mesmo destino), embora em condições menos vantajosas de tráfego. Estes requisitos são hoje considerados indispensáveis pela doutrina rodoviária estrangeira e nacional.¹⁶⁶

Como se demonstra, a garantia de superação do óbice do pedágio previsto em sede constitucional seria adequadamente sanada pela construção de uma via alternativa, a qual não teve o condão de sensibilizar a apreciação pelo STJ ou do STF.

Prova maior das críticas dirigidas ao STF e ao STJ são as inúmeras ações propostas pelo MPF, seja em face de reajustes abusivos ou cobranças indevidas de pessoas transeuntes de municípios interligados, como na demanda em que se obteve liminar para suspender reajuste de 12,50% na rodovia entre Juiz de Fora e Petrópolis, bem como suspendeu outro

¹⁶⁴ NOVELINO, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 528.

¹⁶⁵ *Idem.*

¹⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 01, p. 331.

reajuste já agendado pela concessionária. Um dos argumentos do MPF é a violação ao critério de modicidade, em face de outros valores de pedágio praticados em vias de condições similares. E caso todas as rodovias realizassem valores identicamente altos? Certamente o MPF teria mais dificuldades em demonstrar a violação ao critério de modicidade. Essas circunstâncias seriam evitadas se a natureza jurídica do pedágio fosse compreendida como taxa, posição que o STF não acolheu.¹⁶⁷

A vertente demonstrada nesse tópico buscou evidenciar a existência do enriquecimento ilícito numa esfera notadamente pública, em que as partes detêm um contrato social que impõe um sinalagma entre Estado e sociedade. Essa relação em pleno desequilíbrio, notadamente em virtude da má ou não prestação da contraprestação acertada, sugere o entendimento de um enriquecimento ilícito estatal. Ao se aplicar a técnica exposta pelos doutrinadores acima, se verifica a existência das características que evidenciam esse enriquecimento ilícito aventado, nessa perspectiva.

De fato, de um lado a sociedade tem seu patrimônio diminuído, ao realizar o pagamento de tributos e se submeter às limitações jurídicas impostas pelo Estado. Na sequência, a esfera patrimonial do Estado aumenta, ao ser incrementada pelos recursos advindos do recolhimento dos tributos e ter uma massa de obrigações exercidas por pessoas submetidas às limitações advindas do ordenamento jurídico editado pelo próprio Estado. Por fim, aquele que contribuiu assume o papel de lesado, porquanto ao não encontrar o sinalagma esperado em retorno pelo Estado, vê seu patrimônio diminuído e, para agravar, como será exposto no tópico seguinte, necessita de dirigir mais recursos ao mercado privado em busca daquele sinalagma não encontrado das mãos do Estado.

Esse regresso no cumprimento do sinalagma pode ser entendido, de igual forma, um retrocesso nos direitos fundamentais, o que é vedado segundo doutrina de Sarlet, um vez que não seria possível admitir um recrudescimento nas conquistas sociais, a qual está afeta a contraprestação do sinalagma estatal, porquanto incorporado ao bem maior protegido pelo sistema normativo jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.¹⁶⁸ Tal, porque a

¹⁶⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. *MPF/RJ derruba reajuste de pedágio na rodovia BR-040*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-derruba-reajuste-de-pedagio-na-rodovia-br-040>>. Acesso em: jan.2016.

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 434.

dignidade representa “um valor subjacente às numerosas regras de direito, daí a razão de ser da proibição de toda ofensa à dignidade da pessoa”.¹⁶⁹

CAPÍTULO II – EMPOBRECIMENTO ILÍCITO SOCIAL

Os direitos fundamentais são o alicerce ao regime adotado no Brasil, consubstanciado na democracia e sua proposta de Estado, conforme já desenvolvido. Contudo, esse quadro é ameaçado pelo enriquecimento ilícito estatal e um consequente empobrecimento ilícito social, este advindo da ausência de contraprestação adequada do Estado em face de seu contrato social e a submissão da sociedade ao ordenamento jurídico brasileiro – notadamente o direito tributário – somada à proliferação da mercantilização dos direitos fundamentais, conforme será demonstrado.¹⁷⁰

Pesquisas do presente tópico indicam que os direitos fundamentais estão em curso de se tornarem mera mercadoria, dissociada de toda a carga axiológica que lhe são atribuídos, o que viola, por exemplo, os critérios de entrega desses direitos, afinal, o imperativo do comércio tem se acentuado na aquisição, o que remonta um critério de poder econômico e não universal.

A evolução do Estado tratada nos tópicos antecedentes, saído de um Estado de Natureza e culminado, no caso do Brasil, num Estado de Direito Democrático social, sofre regresso em suas relações sociais, porquanto as contingências ou predicativos que distribuía o senso de justiça aos mais fortes voltam a se apresentar, no caso de se entender que a força atual não é a física, mas sim monetária.

Dos números indicativos de deficiência de prestação de serviço estatal já analisados, conjugados com os índices de aumento de serviços relacionados ao fornecimento de direitos fundamentais nesse tópico, cogita-se que se encontra em curso um fenômeno de mercantilização de direitos fundamentais, tema que já tem sido discorrido por operadores do

¹⁶⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁷⁰ NUNES, Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 22-23.

direito¹⁷¹. Nesse particular, cabe analisar que possível consequência ou efeito jurídico essa denominada mercantilização tem alcançado em sociedade.

Direitos como educação, segurança, creche, educação ou liberdade de locomoção que vêm encartados pelo diploma constitucional no rol dos direitos de categoria fundamental, constituidores do núcleo existencial da pessoa, devem ser garantidos pelo setor privado na escala em que se apresentam? A doutrina aponta que não, uma vez que esses direitos conferem “poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos”¹⁷². Como se sabe, a esfera comercial não tem essa preocupação, mas sim preocupa-se com o poder aquisitivo individual.

2.1 Empobrecimento ilícito social como efeito do enriquecimento ilícito estatal

O conceito de empobrecimento ilícito social surge como uma proposta, em consequência da má ou inexistente reciprocidade exercida pelo Estado em face do contrato social brasileiro, ao mesmo tempo em que a sociedade está subordinada à obrigação que lhe cabe no sinalagma advindo do contrato social, notadamente em face de seu ordenamento jurídico, especialmente na esfera tributária.

Esse empobrecimento já foi constatado de modo empírico, conforme pesquisa publicada na Revista de Saúde Pública da Universidade de São Paulo¹⁷³. Restou demonstrado que o número de famílias submetidas abaixo da linha de pobreza no Brasil aumentou se considerados os gastos com o direito fundamental de saúde. A pesquisa realizada reforça a proposta de empobrecimento ilícito social vivenciado pela sociedade brasileira. O caráter ilícito do empobrecimento advém do enriquecimento ilícito do Estado proposto no presente trabalho em etapa anterior, na qual restou demonstrado que o Estado incorre em ilicitude ao não realizar a contraprestação estampada no contato social brasileiro, afinal se trata de uma omissão ou não fazer em desacordo com as normas e leis do ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁷¹ ACADEMIA. *Mercantilização de direitos fundamentais e o potencial regressivo das decisões judiciais*. Disponível em: <https://www.academia.edu/8696233/MERCANTILIZA%C3%87%C3%83O_DE_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_E_O_POTENCIAL_REGRESSIVO_DAS_DECIS%C3%95ES_JUDICIAIS>. Acesso em: jan.2016.

¹⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

¹⁷³ BOING, Alexandra Crispim; BERTOLDI, Andréa Dâmaso; POSENATO, Leila Garcia; PERES, Karen Glazer. *The influence of health expenditures on household impoverishment in Brazil*. *Rev Saude Publica*. 2014 Oct; 48(5): 797–807. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4211571/>>. Acesso em: jan.2016.

O fenômeno ora proposto se afasta da ideia do mínimo existencial, porquanto este retrata o mínimo de condições para uma vida digna, conforme elucidação da doutrina ao entender que se trata de “um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana, [...] mas uma vida com dignidade, no sentido de vida saudável”¹⁷⁴. Já o empobrecimento ilícito é um efeito advindo da não prestação de uma obrigação estatal em face de sua sociedade, notadamente contrária ao sinalagma estabelecido em determinado contrato social, que gera enriquecimento ilícito estatal e se agrava pela mercantilização de direitos fundamentais. Numa possível relação entre mínimo existencial e empobrecimento ilícito social, pode-se dizer que este conduz àquele, caso não haja condições financeiras de suprir o auto fornecimento de direitos fundamentais junto ao setor privado, ao passo que este serviço não existe ou é prestado de modo insuficiente pelo Estado.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística revela índices que apontam os gastos privados com acesso às creches se intensificaram nos últimos anos, com aumento considerável das crianças que migraram para o setor privado.

O IBGE relacionou consultas do ano de 2012 em razão de dois grupos de crianças: entre 0 a 3 anos e entre 4 e 5 anos. Foi considerada a renda de cada família no levantamento. Percebeu-se que no grupo considerado com melhores condições financeiras, um índice de 7,5% das crianças entre 4 e 5 anos de idade estão fora da pré-escola. Já entre os 20% mais pobres esse percentual é de 29%. Ainda obteve-se que no percentual de 20% mais pobres cerca de 21,9% das crianças de faixa etária entre 2 e 3 anos de idade estavam matriculados em creche, ao passo que dentre os 20% mais ricos o índice se mostrou em 63%.¹⁷⁵

Em pesquisas divulgadas pela Federação Nacional das Escolas Particulares, os números indicam aumento significativo do mercado privado pela expressiva participação do setor privado, ao revelar que o número de crianças atendidas por creches avançou de 1.414.343 para 2.540.791, no período de 2005 a 2012, o que representa um aumento de 79,64% em sete anos. Trata-se de aumentos na ordem de 8,73% ao ano, o que reforça a expressividade de matrículas em entidades particulares¹⁷⁶. Nas matrículas nas creches privadas, houve um crescimento de 535.226 para 929.737, avanço que corresponde ao

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 43.

¹⁷⁵ IBGE. *Indicadores sociais*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2013/SIS_2013.pdf>. Acesso em: dez.2015.

¹⁷⁶ FGV. FENEP. *Números do Ensino Privado 2013*. Disponível em: <http://www.fenep.org.br/wp-content/uploads/2014/08/Numeros-do-ensino-privado-20131.pdf>. Acesso em: dez. 2015.

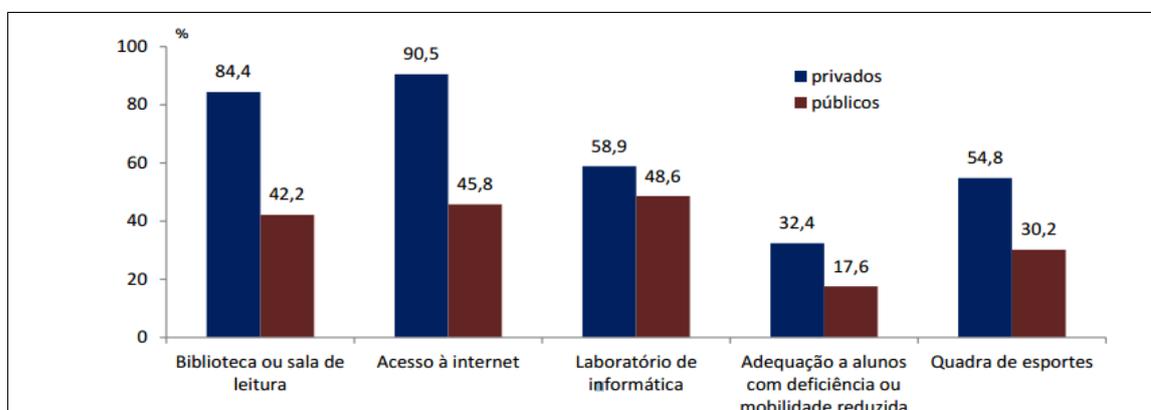
percentual expressivo de 73,71% no período, ou de 8,21% ao ano segundo divulgado pela FENEP em sua página na internet. Deve-se registrar que o ensino público também experimentou crescimento, o que fez as matrículas em estabelecimento de creches particulares diminuírem de 37,84% para 36,59%. No entanto, a esfera privada continua com parcela expressiva de matrículas, o que implica dizer que no caso de estagnação do crescimento dos estabelecimentos públicos, a parcela de atendimento privado tende a dominar o setor¹⁷⁷.

A seguir, um quadro ilustrativo dos números de matrículas em creches segundo divulgado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas:

Ano	Matrículas			Variação anual	
	Total	Estabelecimentos Privados	% em Relação ao Total	Total	Estabelecimentos Privados
1999	831.978	292.174	35,12%
2005	1.414.343	535.226	37,84%	9,25%	10,62%
2012	2.540.791	929.737	36,59%	8,73%	8,21%

Figura 6 – Quadro de matrículas em creches - Fonte: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas

O Gráfico abaixo apresentado apresenta a proporção de estabelecimentos da esfera privada e pública no ensino fundamental. Traz como cerne de análise a infraestrutura desses estabelecimentos e os compara no ano base de 2012, conforme divulgado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas. Mostra-se como outra forma de avaliar os índices relacionados ao aumento e significativa participação do setor privado como garante de direito fundamentais:



¹⁷⁷ FGV. FENEP. Números do Ensino Privado 2013. Disponível em: <<http://www.fenep.org.br/wp-content/uploads/2014/08/Numeros-do-ensino-privado-20131.pdf>>. Acesso em: dez. 2015.

Figura 7 – Comparativo de infraestrutura entre estabelecimento de ensino privado e público - Fonte: Fenep¹⁷⁸

Esses resultados sugerem a justificativa proposta de uma crescente mercantilização de direitos fundamentais. Se uma família detém condições financeiras de matricular seu filho numa escola com melhor infraestrutura, ela não o faria? Os números têm indicado que sim e, a depender da condução de políticas públicas que tentem conter um crescimento vertiginoso nessa mercantilização, o Estado não deterá legitimidade para justificar seu financiamento pela sociedade. No tocante ao ensino superior, houve a seguinte evolução divulgada pelo MEC:¹⁷⁹

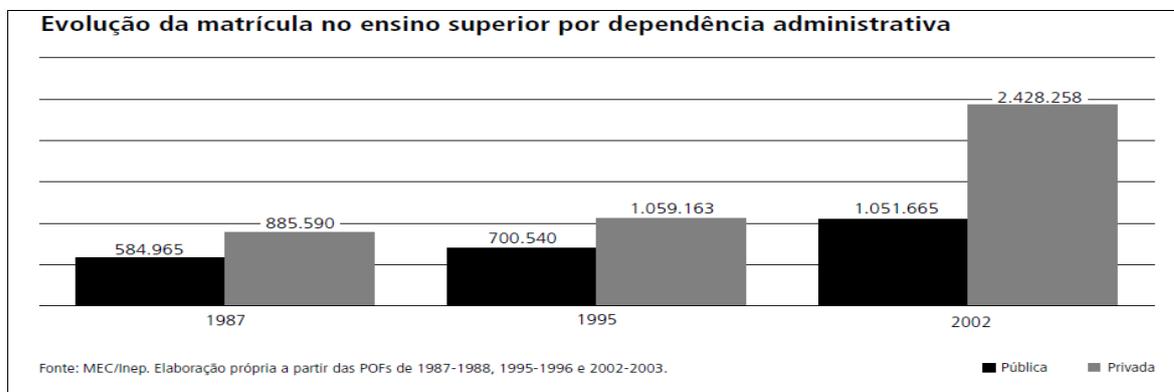


Figura 8 – Crescimento privado do ensino superior - Fonte: Inep¹⁸⁰

Assim sendo, é possível concluir pela análise do gráfico e dados acima que conforme a linha do tempo avança, os índices privados se projetam sobre o público, o que indica uma evolução preocupante, porquanto demonstra uma nova forma de garantia de direitos fundamentais que não está condicionada à universalidade dos direitos fundamentais.¹⁸¹

Por um lado, deve ser ressaltado que a expansão de matrículas é fator positivo para a sociedade, que indica novo acesso a esse grau de ensino. Contudo, por outro lado, esse crescimento se apresentou de forma mercantilizada, que se trata da principal preocupação deste tópico.

¹⁷⁸ FGV. FENEP. Números do Ensino Privado 2013. Disponível em: <<http://www.fenep.org.br/wp-content/uploads/2014/08/Numeros-do-ensino-privado-20131.pdf>>. Acesso em: dez. 2015.

¹⁷⁹ SILVEIRA, Fernando Gaiger. *Gasto e consumo das famílias brasileiras contemporâneas*. Brasília: Ipea, 2007, p. 85.

¹⁸⁰ CENSO DA EDUCAÇÃO BÁSICA: 2012 – resumo técnico. – Brasília : Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2013. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2012.pdf>. Acesso em: jan.2016.

¹⁸¹ SILVEIRA, Fernando Gaiger. *Op. Cit.*, p. 102.

Outro demonstrativo do crescimento de matrículas nas entidades de ensino privadas faz-se oportuno. A pesquisa realizada pela Universidade de Campinas (UNICAMP) pelo professor Marcelo Knobel vem corroborar com a questão dessa abordagem, pois indica o crescimento do ensino privado no país:

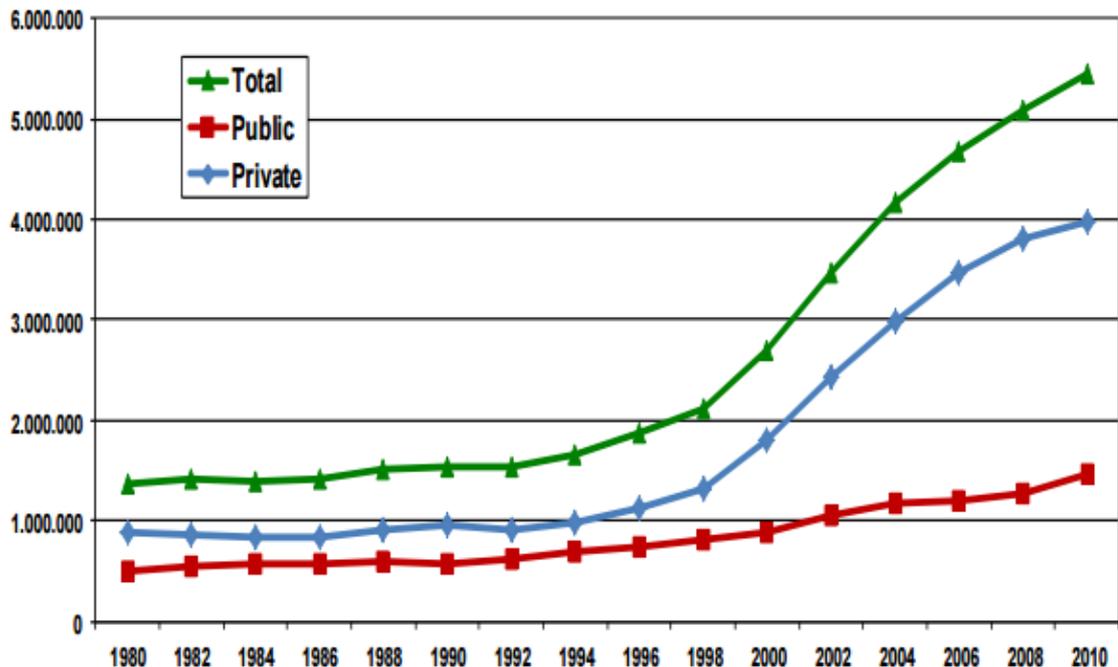


Figura 9 – Crescimento de ensino privado acentuado a partir de 2000 - Fonte: Fapesp¹⁸²

O gráfico demonstra de modo cristalino o crescimento acentuado do ensino privado a partir do ano 2000. Até então, o comportamento do gráfico de ensino público e privado se mantinha constante. Logo, nesse setor de direito fundamental, qual seja, a educação, o fenômeno da mercantilização de direitos fundamentais já demonstrou que não deve ser ignorada a sua evolução em sociedade, sob pena de incrementar a ideia de empobrecimento ilícito social.

Na saúde os números também indicam um crescimento na busca da população pela prestação de serviços médicos junto ao setor privado, vez que flagrante é a precariedade do Sistema Único de Saúde no país, conforme já relatado em tópico antecedente.

Em relatório do TCU, consignou-se que o IBGE e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) revelaram que em 2012 aproximadamente 25% da sociedade brasileira

¹⁸² PROFIS. *Programa de formação interdisciplinar superior*. Universidade Estadual de Campinas Disponível em: <http://www.fapesp.br/eventos/2014/01/Excellence/Marcelo_Knobel.pdf>. Acesso em: jan.2016.

detinha algum plano de saúde, com destaque no sudeste do país, que representou 37% dos segurados nacionais. Já na Região Norte, apresentava-se o outro extremo desse estudo, somente 10,81% dos segurados no Brasil pertenciam a essa região. Esses dados já demonstram que o pacto federativo não distribui condição harmônica de subsistência à sua sociedade. No demonstrativo abaixo, constata-se um crescimento de parte da sociedade brasileira adepta às seguradoras de saúde privada, com o objetivo de realizar uma auto compensação da reciprocidade falha do Estado Brasileiro:¹⁸³

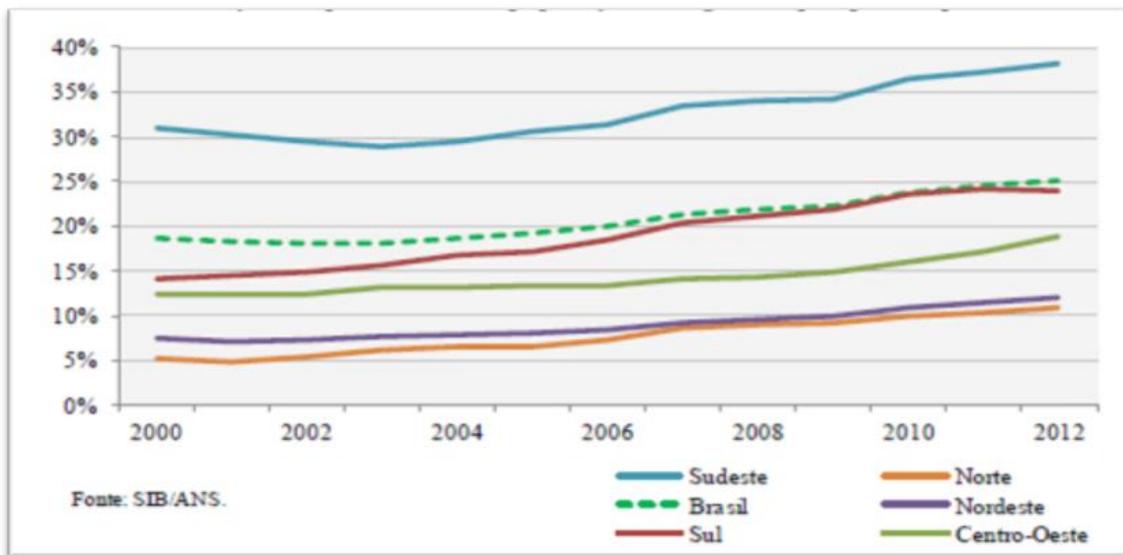


Figura 10 – Evolução do percentual da população usuária de plano privado de saúde - Fonte: TCU

O gráfico sugere um contínuo crescimento da busca do brasileiro pelo plano de saúde privada. Observa-se que apesar de uma queda no crescimento entre os anos de 2003 e 2005, em seguida o crescimento se reapresentou e já alcança o patamar de 25% da população. Caso não seja notada essa mercantilização em plena evolução, em breve esse patamar pode atingir índices maiores, o que acentuará o quadro de empobrecimento ilícito social no Estado que tem como premissa uma preocupação social de recomposição de direitos.

Para 87% dos entrevistados, a saúde é de vital importância; 57% dos entrevistados entendem que a pasta não detém a devida prioridade do Estado; 30% revelam aguardar ou ter um familiar na espera para realizar procedimentos médicos; 29% aguardam mais de um semestre para atendimentos. O presidente do CFM relata que “As respostas estão aí para serem analisadas”, “Não somos nós, médicos, que continuamos a dizer que a insatisfação é

¹⁸³ BRASIL. Tribunal de contas da União. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf>. Acesso em: jan.2016.

muito grande. No nosso meio, temos certeza absoluta de que esse atendimento é insatisfatório. E eu diria mais: é prejudicial”.

O Ministério da Saúde aponta que o investimento na última década triplicou, mas não revela se esse investimento melhorou a saúde brasileira. Destaca-se que 45,11% do orçamento de 2014 foram destinados a juros e amortização da dívida pública, o que aponta 12 vezes maior desses gastos se comparado à educação e 11 vezes em razão da saúde, conforme demonstrado a seguir.¹⁸⁴

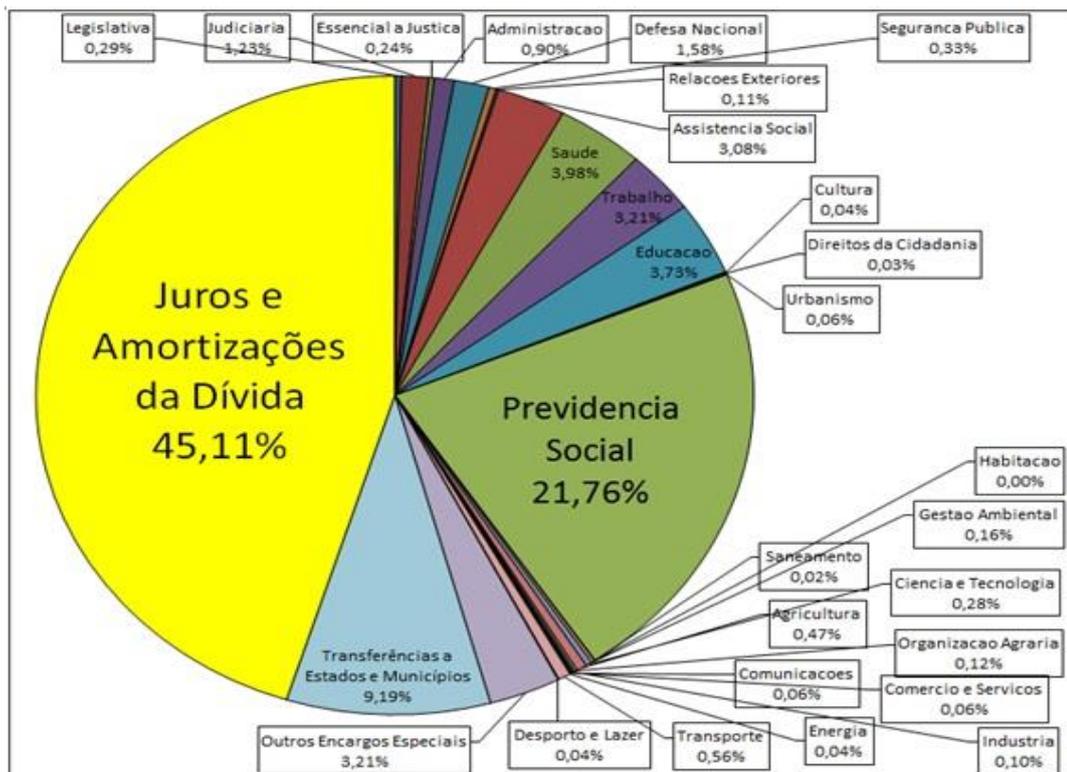


Figura 11 – Distribuição do orçamento em 2014 - Fonte: CFM

Ao avaliar esses percentuais de investimento estatal, torna-se claro o comprometimento da renda dos cidadãos ao indicarem que os gastos ultrapassam a capacidade de muitos brasileiros, o que vem contribuir sobremaneira para o empobrecimento e ainda dificultar o acesso à saúde.

Outro sintoma da mercantilização de direitos fundamentais, elemento do empobrecimento ilícito social, se revela na análise do direito fundamental relacionado à

¹⁸⁴ *OPINIÃO & NOTÍCIAS. CFM: 93% dos brasileiros estão insatisfeitos com saúde pública e privada. Disponível em: <<http://opinioaenoticia.com.br/brasil/cfm-93-dos-brasileiros-estao-insatissfetiso-com-saude-publica-e-privada/>>. Acesso em: jun.2015.*

segurança. Para ilustrar, tem-se que o efetivo de vigilantes pertencentes ao setor privado supera o efetivo de policiais militares, forças regulares de segurança pública prevista na Constituição Federal do Brasil. Como exemplo, no Distrito Federal, o número de vigilantes de segurança privada acusa o efetivo de 23 mil. No entanto, o efetivo da polícia militar no Distrito Federal se reduz em 15,1 mil policiais militares. No mesmo levantamento, apurou-se inclusive a comparação entre os vigilantes e polícias militares e civis no estado de São Paulo:¹⁸⁵

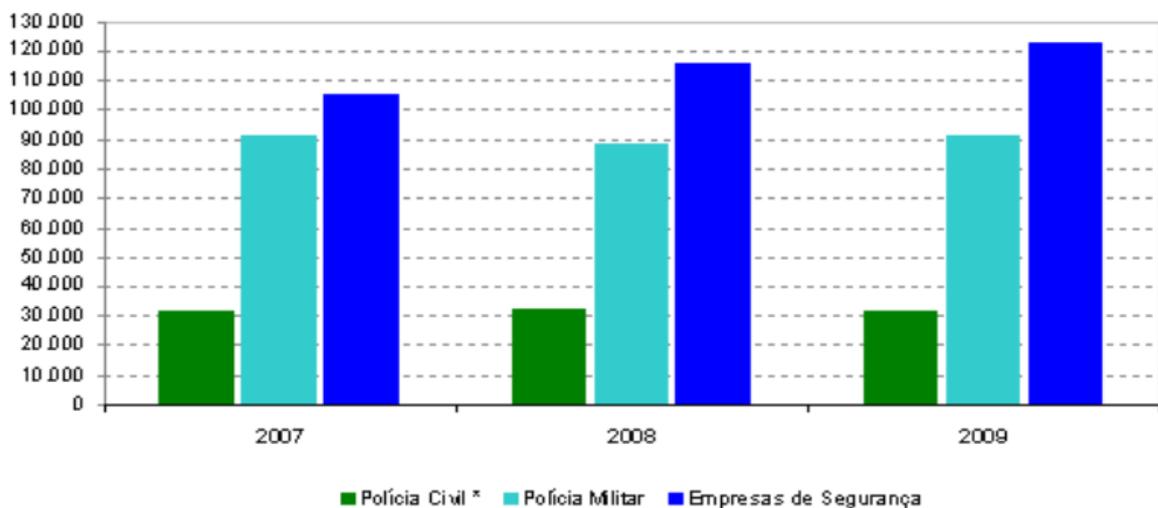


Figura 12 – Tabela demonstrativa do crescimento do efetivo de vigilantes em São Paulo - Fonte: Federação Nacional dos Policiais Federais

Como se demonstra, a segurança patrimonial e da integridade física do cidadão detém alta responsabilidade do setor privado, função precípua do Estado, afinal, a segurança, conforme destacado no art. 5º da constituição não deve ter distinção de qualquer natureza, o que alcança o entendimento de que a condição econômica não deve ser óbice ao acesso ao direito fundamental de segurança. No entanto, como se observa, o efetivo de vigilantes supera o efetivo da polícia militar e quase é idêntico ao efetivo total de forças policiais, se considerados as corporações policiais militares e civis.

Em outro levantamento, a Associação Brasileira de Profissionais de Segurança reforça as pesquisas da Federação Nacional de Policiais Federais. Constatou-se que as classes de

¹⁸⁵ FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS. *Mais vigilantes do que policiais nas ruas do Distrito Federal*. Disponível em: <<http://www.fenapef.org.br/fenapef/noticia/index/45320>>. Acesso em: jan.2016.

melhores poderes aquisitivos contratam segurança privada para realizar o papel que deveria ser do garante estatal, conforme previsto no seu contrato social. Indicou-se, na pesquisa, que a finalidade dessa contratação se dirige à vigilância de lojas, empresas, residências e condomínios residenciais. Nessa outra pesquisa, afirma-se que o efetivo de vigilantes é de aproximadamente o triplo das forças regulares de segurança, considerado inclusive o efetivo de bombeiros militares. A Associação revela ser de 1,7 milhão o total de vigilantes componentes das diversas empresas relacionadas à segurança privada. Esse total supera, e muito, o efetivo de 602 mil militares e policiais civis do Brasil, conforme consulta ao último ano disponível do ano de 2006 junto ao Ministério da Justiça.

Num estudo comparado, essa proporção supera os Estados Unidos, onde se constata que a proporção entre agentes públicos e particulares é de 2,5 agentes particulares por agentes públicos. No México essa proporção atinge 2x1. A situação se agrava por conta de aproximadamente 800 mil agentes de segurança privada que trabalha na clandestinidade, segundo o Departamento de Polícia Federal brasileira, que é o responsável, fiscalizador e autorizador da atividade de segurança pública privada. O estudo ainda revela que do ano de 2003 a 2006 o aumento da segurança pública foi de 5%. Já na segurança privada o aumento se deu em torno de 40%. Esses números são sinalizadores de que há um aumento atual e silencioso do empobrecimento ilícito social, porquanto o financiamento do Estado pela sociedade não tem como efeito a reciprocidade ou sinalagma do Estado consubstanciado em seu contrato social.¹⁸⁶

A busca no mercado privado da garantia dos direitos que não são prestados efetivamente pelo Estado, percebeu-se uma forte tendência de crescimento pelos serviços fornecidos pela iniciativa privada em decorrência justamente da inabilidade do Estado na materialização de direitos fundamentais, como saúde, segurança, creche, educação e direito de locomoção. Entende-se que, a partir dessa constatação, não é possível a responsabilização de outra figura senão o próprio Estado.¹⁸⁷

Sem dúvida alguma, no contexto atual, constata-se um paradoxo onde as pessoas estão sujeitas a uma elevada carga tributária e mesmo assim tem que buscar a garantia dos direitos

¹⁸⁶ ABSEG. *Segurança privada é o triplo do efetivo de policiais civis, militares e federais*. Disponível em: <<http://www.abseg.org.br/acontece/noticias/seguranca-privada-e-o-triplo-do-efetivo-de-policiais-civis-militares-e-federais/>>. Acesso em: jan.2016.

¹⁸⁷ CINTRA, Guilherme. *Saúde. Saúde: direito ou mercadoria? O direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: UnB, 2008, p.439.

fundamentais ao pagar paralelamente por estes serviços que deveriam receber forçosamente por força do que impõe o texto constitucional, e com isso flagra-se a ocorrência do fenômeno que é o cerne desse estudo – o empobrecimento ilícito social.

Ilustrando esse ponto da questão, alguns dados são relevantes, pois vem demonstrar o crescimento na linha do pagamento de imposto por habitantes no país segundo divulgado pelo Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis e das Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas no Estado de Mato Grosso do Sul:¹⁸⁸

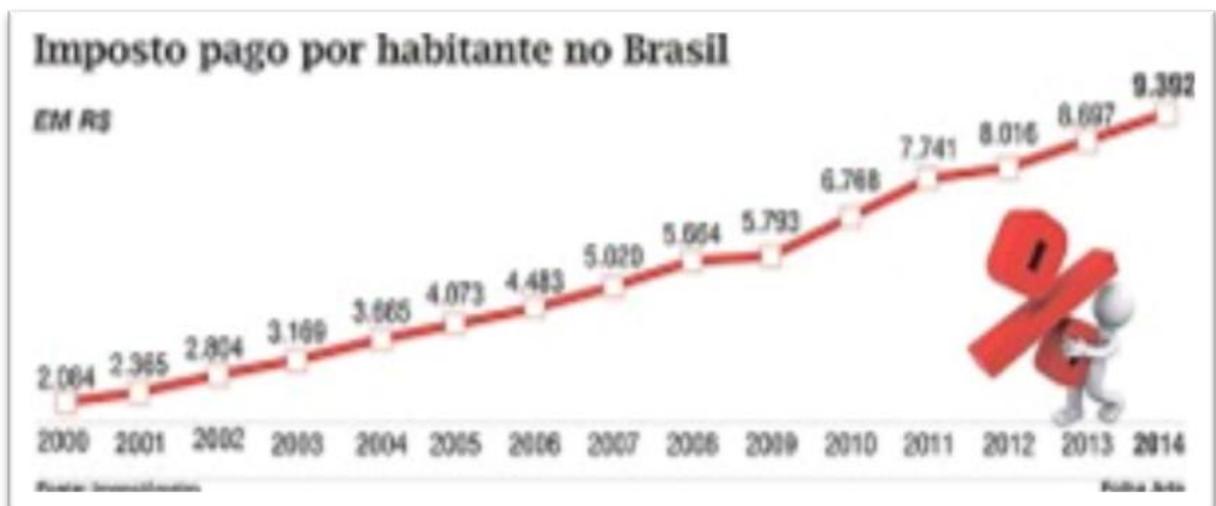


Figura 13 – Carga tributária por habitante no Brasil - Fonte: SESCONMS

É notório o crescimento da carga tributária por brasileiro ao longo dos anos. No ano 2000 a carga tributária era de aproximadamente dois mil reais, que já alcançou o dobro no ano de 2005. No ano de 2014 novamente se apresenta uma nova duplicação da carga tributária, que atingiu o patamar de aproximadamente nove mil reais. Essa evolução está na contramão de todas as pesquisas lançadas no presente trabalho. Como visto no tópico 1.2, as deficiências estatais no fornecimento de direitos fundamentais têm se agravado, com o reconhecimento de órgãos como a Organização Mundial de Saúde, Tribunal de Contas da União, Fundação Getúlio Vargas e Unicamp, dentre outros.

No presente tópico, outras inúmeras pesquisas indicam que a sociedade tem buscado o acesso aos direitos fundamentais junto ao setor privado. Com isso, o entendimento lógico

¹⁸⁸ SESCON/MS. *Brasileiro paga R\$ 26 por dia de impostos*. Disponível em: <<http://sesconms.org.br/brasileiro-paga-r-26-por-dia-de-impostos/>>. Acesso em: dez.2015.

seria que o Estado tem diminuído suas despesas e, por conseguinte, não seria necessário um aumento na carga tributária. No entanto, justamente o oposto tem sido observado. A carga tributária não só tem aumentado como esse aumento tem se mostrado vertiginoso, associado a um discurso constante de que outras exações devem complementar o quadro, como é o caso do ventilado retorno da CPMF.

Como justificar o pagamento em média diária de R\$ 26,00 por pessoa, segundo dados do Impostômetro em mostra apresentada pelo Instituto Assaf, se os dados indicam que o Estado esta se enriquecendo às custas do empobrecimento dos seus componentes societários, porquanto se paga a título de impostos serviços não ou deficientemente prestado pelo Estado? Como fonte de análise a essa pergunta, soma-se o fato de, num período de 15 anos, os tributos brasileiros avançarem de R\$ 0,35 trilhão à R\$ 1,85 trilhão, o que representa um acréscimo no que se arrecada pelo Estado de 11,7% por ano.¹⁸⁹

Outro fator que impulsionou esse aumento da arrecadação, segundo este levantamento, foi o aumento do salário mínimo de R\$ 151 para o patamar de R\$ 724, o que representa uma variação de 379,5%. O Diretor da Assaf - Fabiano Guasti Lima – entende que esse aumento expressivo do salário mínimo motivou a variação da arrecadação, porquanto gerou aumento de renda e consequentemente o gasto, o que reflete na arrecadação de impostos, como o imposto de renda, ICMS e IPI dentre outros. Outro dado constatado pelo referido direito é de que as exações tributárias experimentaram aumento maior que o da inflação inclusive.

Conclui-se que, apesar desse aumento dos impostos, as necessidades básicas dos cidadãos não têm apresentado as melhorias que justifiquem essa evolução da carga tributária. Logo, a percepção de que o contexto gerado pelo enriquecimento ilícito do Estado, empobrecimento ilícito da sociedade e crescente mercantilização de direitos fundamentais é vital para entender esse movimento que tem agravado de sobremaneira a reciprocidade assentada no contrato social brasileiro.¹⁹⁰

O Brasil possui impostos indiretos embutidos nos produtos ou serviços, o que indica que o país está acima da média em relação a outros países segundo divulgado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e segue nesse

¹⁸⁹ SESCON/MS. *Brasileiro paga R\$ 26 por dia de impostos*. Disponível em: <<http://sesconms.org.br/brasileiro-paga-r-26-por-dia-de-impostos/>>. Acesso em: dez.2015.

¹⁹⁰ SESCON/MS. *Brasileiro paga R\$ 26 por dia de impostos*. Disponível em: <<http://sesconms.org.br/brasileiro-paga-r-26-por-dia-de-impostos/>>. Acesso em: dez.2015.

patamar no ranking há anos. Em dados pela Receita Federal, de toda a riqueza produzida internamente o percentual de 35,95% foi pago em impostos no ano de 2013, ocorre que a média dos países componentes da OCDE indicou 34,1% do PIB.¹⁹¹

Segundo entendimento do presidente do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) - João Elói Olenike -, o estudo realizado pelo Instituto Assaf tomou em consideração a média: “muitos brasileiros pagam acima desse valor e outros arcam apenas com tributos sobre o consumo, quando não possuem bens”. De modo geral ele afiança a indicação dada pelo estudo quando revela que a carga de exação no País se mostra muito alta, enquanto o retorno dos brasileiros com a prestação de serviços fundamentais “é insatisfatório”, quando sublinha que:

A arrecadação é muito grande – duas ou três vezes o PIB da Argentina – com relação ao nosso retorno é pífio, muito abaixo de países da América do Sul, como Uruguai e Chile. Se não precisássemos pagar assistência médica particular, escola particular, pedágio, colocar cerca elétrica na casa, talvez a carga tributária não fosse tão importante assim.¹⁹²

Com base nestes conteúdos é visível que tributação no Brasil é elevadíssima em relação a muitos países, perdendo apenas para a Dinamarca, que representava em 2013 cerca de 48,6% do PIB, enquanto no Brasil o percentual foi de 35,95% no mesmo ano. Em países como os Estados Unidos, o índice chega ao percentual de 25,4%; no vizinho Chile é 20,2%. Já no México repousa em 19,7%. O que se quer demonstrar diz respeito ao retorno em serviços públicos no país que não é correspondente ao que o brasileiro recolhe aos cofres do Estado, pois a realidade nua e crua evidencia que o Estado é deficiente nesse sentido, porquanto, os dados anteriores dão conta que o brasileiro tem investido pesado junto ao setor privado em busca desses serviços que o poder público não lhe garante ampla e eficientemente.

Essa afirmação de que não existe o retorno vem confirmada por economistas, ao se avaliar uma exação ilógica, porque o maior problema no país não se encontra em pagar mais ou não, mas está afeta ao “[...] não retorno para a população em serviços como saúde e

¹⁹¹ G1 – ECONOMIA. *Brasil tem IR menor que o da OCDE, mas carga tributária total maior*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/09/brasil-tem-ir-menor-que-o-da-ocde-mas-carga-tributaria-total-maior.html>>. Acesso em: dez. 2015.

¹⁹² SESCON/MS. *Brasileiro paga R\$ 26 por dia de impostos*. Disponível em: <<http://sesconms.org.br/brasileiro-paga-r-26-por-dia-de-impostos/>>. Acesso em: dez.2015.

educação. Se o Brasil tratasse dos recursos de maneira mais eficiente, acho que o brasileiro estaria maduro para aceitar pagar mais [...]".¹⁹³

No campo do direito a exemplo da saúde, a sociedade tem buscado reequilibrar o sinalagma do contrato social por medidas judiciais, que se traduzem na prestação dos serviços esperados do Estado.

Será necessário aguardar esses índices atingirem que proporção para se debruçar sobre o tema? Essas pesquisas empíricas que foram aqui destacadas, vieram afirmar essa sujeição das pessoas e a total dependência dessas nos dias de hoje ao mercado privado quando se deseja acessar direitos fundamentais assegurados no contrato social brasileiro. Direitos que são considerados como fundamentais e essenciais para uma vida embalada pela cláusula geral de personalidade: a dignidade da pessoa humana.

O que se tinha como ideal em alcançar é uma esfera propícia para a proteção e desenvolvimento humano, conforme destacado no sistema constitucional brasileiro. Contudo, esta condição vem sendo renegada à condição de mercadoria e submete o desenvolvimento da pessoa em sociedade. O mercado privado é regido pela ideia básico do lucro, o qual se orienta em buscar tal intento por intermédio de atividades lucrativas - produtivas, prestadoras de serviços ou negociais. Logo, esse setor da sociedade não se questiona em função de uma homogeneidade de sua distribuição de bens, produtos ou serviços, a não ser que o critério seja o alcance do lucro como meta pura e simples a ser atingida. Com isso, maiores questionamentos em função de sua atividade propiciar ou não igualdade, inclusão social, promoção da dignidade humana ou outras questões correlatas não ecoam em seu modo de agir.

Como entender então a atuação desse segmento societário ao comercializar material estritamente ligado aos conceitos desenvolvidos pelo Direito com o objeto de desenvolvimento humano de forma universal? Dessa forma, o objeto do setor privado se demonstra amplamente incompatível ao negociar direitos fundamentais, ademais em função do novo significado dado à vida, como sendo aquela em que a pessoa tem a condição de desfrutá-la de modo pleno, ao se determinar em função de seus vários aspectos numa dimensão física, emocional, espiritual ou emocional. Logo, determinar o alcance desta diretriz

¹⁹³ FEDERAÇÃO DOS CONTABILISTAS DOS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO, ESPÍRITO SANTO E BAHIA. Impostos levam 41,3% da renda; 5 meses de trabalho Disponível em: <<http://www.fedcont.org.br/boletim/229.pdf>>. Acesso em: dez. 2015.

jurídica pelo intermédio do poder de compra individualizado indica uma incongruência instaurada no sistema lógico definido pela Ciência do Direito.

O quadro sugere uma melhor avaliação da ocorrência dessa mercantilização de direitos fundamentais. De modo contrário, duas categorias de pessoas vão se cristalizar: aquela que detém condições de compra de *status* de pessoa em detrimento de pessoas que somente detém uma vida formal, sem sua usufruição material, conforme ditames dos estados contemporâneos, ou seja, seres em vida, e não seres vivos no sentido atual da semântica.

A natureza jurídica dos direitos fundamentais detém como meta lhe atribuir sua lógica inserida no contexto jurídico. Com isso, será possível definir a finalidade desse instituto e seus limites de manuseio em sociedade. Essa ideia traçada, esse conceito, ou natureza jurídica dos direitos fundamentais, trará dicas interessantes para se questionar, ao final, a possibilidade de se mercantilizar os direitos fundamentais.

A despeito dos direitos fundamentais, pela teoria jusnaturalista, estes se caracterizam por sua universalidade em função de um valor propriamente dito fundido na essência humana, o que implica em sua perenidade, vinculando assim a atuação legislativa e não criadora – ou seja, o legislativo deve referendar essa necessidade essencialmente humana, não criá-la conforme a vontade dos homens -, com implicação na imutabilidade desses direitos¹⁹⁴. Ainda assim o fosse, essa discussão é superada, uma vez se encontrarem assentados na CF, ou seja, de forma positivada.

Com isso, a clássica discussão doutrinária em buscar a origem dos direitos fundamentais – se positivistas, ou jusnaturalistas – com a intenção de desenhar os contornos de sua natureza jurídica, não demonstra maior relevância, com o que, entende-se esse aspecto superado na medida em que a sociedade já aponte esses direitos fundamentais assentados constitucionalmente, como é o caso do Brasil.

A natureza jurídica de um instituto revela a relação estabelecida entre um instituto jurídico e sua ciência, o Direito, sendo esta tarefa bem auxiliada pela classificação do instituto¹⁹⁵. Com isso, é possível estabelecer uma coerência sistêmica, com vistas em validar as relações entre os diversos institutos de uma ciência e evitar anomalias para não tornar o

¹⁹⁴ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.*, p. 15.

¹⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro. Teoria geral do direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 66, V. I.

próprio sistema inválido¹⁹⁶. Daí a importância para buscar a natureza jurídica dos direitos fundamentais e estudar essa relação estabelecida com a comercialização, aquela com gênese no direito público, está no direito privado.

Para auxiliar essa busca, faz-se necessário trazer a inspiração e fundamentação, conceito, natureza e eficácia, caracteres e classificação dos direitos fundamentais, com apoio em José Afonso da Silva. Sua inspiração tem como referência o cristianismo – aquele remoto, que cunhava a liberdade, o que difere do cristianismo cunhado pelo poder da igreja e seus altos cleros – e o jusnaturalismo – fundado na essência humana.¹⁹⁷

Essas inspirações já delineavam anseio em combate à arbitrariedade especificamente no viés jurídico e econômico, onde as classes privilegiadas se sobrepunham à sociedade de maneira geral. A conceituação dos direitos fundamentais advém de uma paulatina condução histórica das expectativas trabalhadas no início deste subtópico, e, por isso, adjetivada por inúmeras expressões como “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”¹⁹⁸. Todas essas classificações decorreram do recorte histórico sob a qual se analisa as terminologias destacadas. Contudo, numa visão resumida, todos esses termos são bem enquadrados pela expressão direitos fundamentais. Já sua natureza é de “situações jurídicas objetivas e subjetivas, apontadas no direito positivo em auxílio à igualdade, dignidade e liberdade do ser humano, garantidos por uma aplicação instantânea dos direitos individuais”.¹⁹⁹

Dos caracteres, os que contribuem de maior relevância para a ideia da natureza jurídica dos direitos fundamentais é sua inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade tornar o acesso desses direitos pela sua compra impõe uma renúncia, prescrição e uma institucionalização privada de alienação de direitos, que apesar de não ser a ótica apontada pela doutrina – esta diz que a pessoa não pode vendê-los – não se distancia de sobremaneira da incompatibilidade da prática de alienação dos direitos fundamentais. Das diversas espécies de classificações, a preocupação deste trabalho tem maior afinidade com os

¹⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 17.

¹⁹⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 172.

¹⁹⁸ *Ibidem*, 175.

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso. *Op. Cit.*, p. 175 e ss.

direitos individuais expostos no art. 5º, inevitavelmente atrelados aos direitos sociais dos arts. 6º, 193 e seguintes.²⁰⁰

Nessas linhas, já é possível visualizar uma perspectiva da natureza jurídica dos Direitos fundamentais numa ótica contemporânea. Nesse entendimento, têm-se os direitos fundamentais como institutos jurídicos positivados em sede constitucional ou provindos de necessidade humana, de ordem pública, garantidos pelo Estado, de acesso universal, imprescritíveis e inalienáveis, com o objetivo de atender às expectativas emocionais, físicas e biológicas do ser humano, com certo grau de relativização conforme a adesão ideológica em determinada sociedade, que, via de regra, busca impedir arbitrariedades especificamente no viés jurídico e econômico, com o objeto imediato de manutenção da incolumidade física, emocional e biológica da pessoa.

Nos dilemas que os direitos fundamentais enfrentam hodiernamente, nota-se que esses direitos atingiram *status* de artigo de luxo, afinal deve-se ter capital suficiente para manter a condição de pessoa digna por intermédio do comércio de direitos fundamentais, sendo demonstrado que há classe em que esses recursos não se apresentam, com efeito maior do empobrecimento ilícito social; os direitos fundamentais montam ao Direito o seu potencial de viabilizar o valor ético e modificador, colocado em cheque na atual mercantilização dos direitos fundamentais ora revelada.²⁰¹

A carga axiológica envolta nos direitos fundamentais é tamanha que possuem “força normativa independente do ato de transformação legislativa”²⁰². Não fosse necessário, nosso ordenamento jurídico o consagra de forma expressa ao longo da CF e demais atos legislativos.

O quadro do empobrecimento ilícito social se contrapõe a ideia em que “o grande e principal fim dos homens se unirem em sociedade e de se constituírem sob um governo é a conservação de sua propriedade”²⁰³, afinal a propriedade individual tem sido violada sob rubrica de principais razões de se formar um Estado politicamente organizado, qual seja, o alcance da justiça e segurança, invariavelmente concretizados por prestação de serviço público fomentadores de direitos fundamentais.

²⁰⁰ SILVA, José Afonso. *Op. Cit.*, pp. 172-174, 175-178, 180-181 e 182-183.

²⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

²⁰² NOVELINO, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 384.

²⁰³ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 76.

Daí se questiona: o Estado ao perceber essa compulsão societária ao mercado privado para realizar a compra de direitos fundamentais está protegendo a propriedade das pessoas? A resposta fatalmente tende a ser negativa, o que atenta contra o cidadão e a consagração da liberdade humana, uma vez dependente de um mercado privado totalmente avesso às funções e preocupações estatais, porquanto aquele guiado tão somente pelo lucro.

Com isso, os contornos do fenômeno do empobrecimento ilícito social pode ser entendido como: o decréscimo patrimonial ou da dignidade em face da compra de direitos fundamentais, fundados em direito jusnatural, positivo ou jurisprudencial, em razão de um garante ilegítimo, o setor privado, que realiza o papel do Estado, este atualmente falho por conta da *faute de service*²⁰⁴, em flagrante choque com a natureza desses direitos, uma vez o setor privado deter uma orientação lucrativa em detrimento de uma proteção jurídica de arbitrariedades no viés jurídico e econômico, bem como a despreocupação da esfera privada do pilar básico de acessibilidade universal dos direitos fundamentais. O termo empobrecimento se apoia tanto na deterioração humana como econômica, em face da compra realizada hodiernamente pela sociedade de seu status de pessoa, ou seja, tanto no decréscimo humano como patrimonial do indivíduo. Já o termo ilícito advém de forma lógica à violação da natureza jurídica – mecanismo do direito o qual revela a relação estabelecida entre um instituto jurídico e sua ciência Direito²⁰⁵, sob pena de invalidação do sistema em virtude de incoerência sistêmica e respectivas anomalias, para que se torne possível as validações das relações entre os diversos institutos de uma ciência.²⁰⁶

Nota-se que o empobrecimento ilícito social pode ser diagnosticado em duas dimensões, a depender da relação que este fenômeno estabelece com a pessoa. A dimensão material causa impacto de forma direta na matéria, no substrato, na essência humana dos direitos fundamentais, no seu objeto – a pessoa. Esse impacto se traduz na exposição do cerne da pessoa irradiadora de todos os valores constitucionais previstos. Logo, essa esfera material agride e expõe a pessoa sem recursos ou capacidade financeira para adquirir o acesso, gozo e fruição desses direitos, oportunidade em que se gasta uma moeda fictícia, que todos os

²⁰⁴ “Por conta da existência de princípios publicísticos, não é necessária a identificação de uma culpa individualizada do agente para eclodir a responsabilidade do Estado. Essa influência do direito civil é suplantada pela ideia de *faute du service* entre os franceses. Assim, ocorre a "culpa" do serviço quando este, devendo funcionar, não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente”. (ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREITAS, Juarez (org.). *Da responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental*. in: Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 76).

²⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 66.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 17.

humanos detêm, mas nenhum desses desejam lançar mão: a dignidade da pessoa humana. Essa esfera material se calca em valores propriamente ditos inatos ao homem, com respaldo jurídico, calcada na própria essência humana, ao tratar de um núcleo material humano de alta carga axiológica.

Exemplo disso se demonstra das mais variadas formas, como por exemplo, conforme relato de uma promotora do DF, o caso de um rapaz de notória beleza facial, mas que somente conversava de cabeça baixa, por temer que as pessoas notassem as condições precárias de sua saúde bucal, por não possuir nenhum de seus dentes, ou quando o noticiário veicula no jornal condições indignas nos hospitais públicos ou no caso recente no Distrito Federal em que policiais realizaram levantamento de fundos para quitar a fiança de um pai desesperado, sem emprego, que praticou furto de carne para alimentar seu filho – este notoriamente nutrido em razão do esforço hercúleo perpetrado por seu pai na manutenção de seu descendente²⁰⁷.

Já a dimensão formal pode ser compreendida como aquela em que o sujeito que compra direitos fundamentais assim o faz por deter condições econômicas de arcar com esse encargo. Essa disponibilidade financeira evita o atingimento do material central humano – a dignidade da pessoa humana, cláusula geral da personalidade –, ao menos de forma direta, uma vez que há uma consciência da imprescindibilidade de se arcar com esse custo, uma quase extorsão, frente a fuga que a pessoa se pauta na tentativa de escape da dimensão material indicada em momento anterior, em que o preço a ser pago é altíssimo por desintegrar o núcleo essencial formador da pessoa por violar de forma direta a dignidade. Com isso, o plano formal, por não deteriorar a matéria humana de forma direta, assim se classifica pela possibilidade de o indivíduo se comprometer financeiramente com os custos gerados pela manutenção de seu *status* digno de pessoa e, dessa forma, assegurar junto ao ente privado todos os deveres e comprometimentos não realizados pelo Estado em seu sistema normativo jurídico.

O Estado até lança ferramentas para evitar o empobrecimento ilícito social, ao confeccionar normas reconhecedoras de direito que evidencia sua ciência da mercantilização de DF. A Lei n.º 12.880, de 14 de novembro de 2013, dispõe cobertura em domicílio para tratamento de pessoas acometidas de câncer ao alterar a Lei 9.656/1998, a qual dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde; a partir de então, as seguradoras de saúde

²⁰⁷ G1-DISTRITO FEDERAL. *Policiais se comovem, pagam fiança e fazem compras para ladrão no DF*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/05/policiais-se-comovem-pagam-fianca-e-fazem-compras-para-ladrao-no-df.html>>. Acesso em: jan.2016.

privada deverão suprir medicamentos orais para o tratamento de neoplasia maligna. Já a lei 12.732 de 2012 estipula termo para início do tratamento de neoplasia pelo SUS – sessenta dias - de forma gratuita. No primeiro caso, o Estado dá ciência da mercantilização e de forma louvável busca atenuar essa anomalia jurídica, ao proteger a pessoa na esfera formal do empobrecimento ilícito social, já que ao obrigar fornecimento de medicamento pelo setor privado impede a sua compra pelo paciente; no segundo caso, determina orientação que vem auxiliar no combate ao empobrecimento ilícito social na esfera material, porquanto impede que não haja atendimento na rede pública.

A “Teoria das janelas partidas” pode auxiliar na compreensão e importância do tema debatido, para compreender que no caso de o Estado não reparar suas falhas, este vai permitir que o fenômeno apresentado se intensifique de forma não desejada, se levar em consideração toda a expressão que os direitos fundamentais detém em face do ordenamento jurídico. Essa teoria é fruto de uma experiência realizada pelo centro acadêmico de Stanford, na qual se escolheu um bairro de classe econômica de baixo poder aquisitivo e alto índices de violência, o bairro do Bronx, localizado em Nova York e outro bairro de características oposta, Palo Alto, na Califórnia. Nos locais apontados, deixou-se estacionado um carro, de mesmas marca, modelo, ano e condições estruturais. Especialistas em estudos psicossociais analisaram a reação dos transeuntes de cada bairro, o que permitiu compreender um ponto comum ao final da pesquisa.²⁰⁸

A viatura que foi abandonada no bairro Bronx experimentou violação de sua estrutura pela população em poucas horas depois de seu abandono. Tudo que era aproveitável como rodas, motor, rádio, por exemplo, foram levados pelos moradores. Já as partes não passíveis de serem levadas foram destruídas, enquanto que o automóvel deixado em Palo Alto não sofreu qualquer violação, segundo observado pelos analistas e relatado por James Q. Wilson.²⁰⁹

Contudo, os pesquisadores resolveram então partir um vidro da viatura deixada em Palo Alto com vista a buscar um resultado diferente. Com essa janela da viatura partida, a mesma sorte acometida ao automóvel do Bronx teve lugar na viatura de Palo Alto – houve roubo, violência e vandalismo, o que reduziu o automóvel às mesmas condições em razão do outro bairro pobre que depreciou o bem em pouco tempo.

²⁰⁸ WILSON, James Q. e KELLING, George L.. *Broken windows*. Disponível em: <http://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf>. Acesso em: dez. 2015.

²⁰⁹ WILSON, James Q. e KELLING, George L. *Op. Cit.*, p. 01

Diante daquela ocorrência veio à tona um questionamento: o vidro partido deflagrou a mesma escala de violação das duas viaturas. Evidenciou-se, assim, que a psicologia e suas interações sociais transmitidas a partir da ideia de violação, de desleixo ou despreocupação que aquele vidro partido causara foram os elementos autorizadores de quebra de regras de convivência, desrespeito à lei e normas. Não foi necessariamente as condições econômicas de um bairro pobre, portanto o diferencial para as violações à viatura.

A conclusão da “Teoria das Janelas Partidas” é de que o delito é maior nas zonas em que se detecta condutas de relapso e descaso ou maltrato. Em ampliação dessa ideia, é possível imaginar que se uma comunidade sinaliza estágios de degradação, inclusive endossado pelo Estado, por sequela, a velocidade e rapidez que novas degradações e violações vão se apresentar serão otimizadas. Em sintonia com a observação proposta no presente estudo, caso o atual empobrecimento ilícito social proposto se perpetue, a tomar pela analogia, uma velocidade preocupante pode se apresentar na banalização e finalidade dos direitos fundamentais eleitos como metas primordiais no estado brasileiro, o que representa um regresso na seara de direitos humanos.

2.2 O poder judiciário como fonte do restabelecimento do sinalagma violado

A estrutura estatal dominante no cenário político-constitucional contemporâneo compreende a divisão dos poderes constituídos, independentes e harmônicos entre si, em derivação direta do legado doutrinário deixado por Montesquieu.²¹⁰

A separação de poderes é tema recorrente da doutrina clássica, com a atuação de filósofos como Aristóteles, John Locke e Montesquieu. Coube a este último a formação da divisão tida como clássica. Com isso, foi possível determinar uma condução do poder estatal com apresentação didática para lidar com as inúmeras questões advindas de um convívio social em um Estado politicamente organizado, em que se identificam as funções legislativa, judiciária e executiva. Contemporaneamente, é o modelo adotado pelo Brasil com temperança em razão do sistema de freios e contrapesos estatuído na CF.²¹¹

Segundo Montesquieu, “todo aquele que é investido de poder tende a dele abusar até que encontre limites”. Sustenta, ainda que essa possibilidade se sustente na ideia de “outro poder capaz de limitá-lo”²¹² Essa fonte inspiradora teve grande difusão na América e Europa e influenciou a Constituição da Filadélfia que consagrou a fórmula da especialização dos órgãos e da recíproca limitação de poderes, “com o objetivo concreto de impedir a concentração e o exercício despótico do poder”.²¹³

O grande filósofo francês, em magistral vaticínio, anteviu a derrocada política do absolutismo e do despotismo esclarecido e pugnou a necessidade de separação dos poderes como forma de resposta aos anseios que a sociedade exigia do decadente sistema - agora burguês, multifacetado, em vias de industrialização e consolidado no sistema capitalista.

Ainda que tenha preconizado a divisão de poderes como forma de equilíbrio do poder estatal escapou à Montesquieu, em suas ilações, que o abuso potencial de um poder absoluto poderia se manifestar a despeito da existência de mecanismos de controle recíproco previstos em um determinado sistema constitucional. A realidade da sociedade e a linha diretiva de sua evolução não obedecem à lógica estática, e sim à lógica dinâmica; impende considerar que anseios e rupturas com paradigmas tidos como perfeitos e acabados influem de forma

²¹⁰ MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução de: Cristina Murachco.

²¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 385.

²¹² CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. Tomo I, pp. 192-193.

²¹³ NOVELINO, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 356.

imprevisível no jogo político-constitucional das nações, ora sobrelevando interesses e direitos, ora descartando e acobertando outros que se consideram defasados ou incompatíveis com determinado marco jurídico.²¹⁴

Resta claro o que foi ofertado por Montesquieu. Depois de todo o aprofundamento temático e o seu convencimento, foi a tripartição equilibrada de poderes, o que veio por em cheque sistemas despóticos de poderes e influenciar a maior parte dos sistemas governantes atuais.²¹⁵

Uma explicação se faz necessária: ainda que se considerem os poderes como independentes e harmônicos entre si, tem-se que eles não representam mais que exteriorizações das funções que precipuamente lhes competem. Essas funções decorrem do poder único, força constitucionalmente pulsante que dá vida a todas as funções do Estado. Este é o verdadeiro sentido do constitucionalismo, que passa a ganhar corpo na doutrina que se debruça sobre a tormentosa - e ao mesmo tempo fascinante - questão da divisão de poderes.

O jogo constitucional de funções estatais admite a interconexão entre os "poderes". O Poder Judiciário desenvolve a atividade judicante do Estado de forma preponderante; tal função não está reservada a ele exclusivamente, eis que os demais poderes podem também exercê-la, ainda que em caráter atípico e subsidiário. A correspondência de função nem sempre encontrara o poder destinatário; no sistema constitucional brasileiro, o Poder Legislativo desenvolve atividade jurisdicional na hipótese de o Senado Federal atuar em processo de crime de responsabilidade do chefe máximo do executivo por exemplo. Destaca-se, ainda, que apesar de o ordenamento jurídico pátrio não deter previsão da figura do contencioso administrativo, o Poder Executivo pode julgar por ocasião de um processo administrativo. Contudo, cabe pontuar que nesse exemplo não será alcançada a coisa julgada, questão por excelência afeta à atividade judicante.

A incorporação das ideias de Montesquieu ao longo de anos de evolução do sistema constitucional fez com que se convencionasse a concepção de que as diferentes funções existentes. Essa perspectiva inspirou a estruturação do sistema constitucional brasileiro e

²¹⁴ Em brilhante ensinamento que corrobora nossa visão, Eros Roberto Grau aduziu que “em verdade não existe a Constituição do Brasil de 1988. Pois o que existe hoje, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada”. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 84.

²¹⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Constituição Brasileira de 1988: interpretações*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 71.

diversas nuances, que abordam inúmeras prerrogativas e peculiaridades de cada poder, como por exemplo, as imunidades constitucionais. Esse aparato reforça, em tese a atuação livre e não subordinada de cada um dos três poderes em destaque. Essas previsões, em última análise, não correspondem às facetas do absolutismo de outrora, mas sim antídotos de despotismo não desejado numa sociedade democrática e social como a brasileira.²¹⁶

Atenta a essa vicissitude, parte da doutrina passou a defender que a “tricotomia dos poderes não reflete uma verdade, algo inexorável proveniente da natureza das coisas”, afinal, trata-se de uma ficção jurídica adotada²¹⁷. Não se pode negar, entretanto, que se mostrou replicada a proposta de Montesquieu em grande parte de sistemas governamentais, com amplíssima consagração jurídica. Essa constatação reflete, em verdade, a premente necessidade de impedir a concentração absoluta de poderes e garantir a liberdade individual, ideário mor que vem orientando o constitucionalismo universal desde a derrocada do absolutismo na dimensão e extensão em que se apresentava,

É bem verdade que o binômio traduzido nos freios e contrapesos promove um equilíbrio bem articulado - não entre poderes - e sim entre os órgãos do Poder, que é uno e indivisível. Com essa separação e limitação de poderes visou-se evitar tornar perene os ideais e teorias de um Estado com bases constitucionais insculpidas em intentos democráticos e sociais.²¹⁸

A diretriz de proteção máxima da liberdade individual é que permitiu a idealização daquela ficção jurídica que considera unidades orgânicas como se fossem a personificação de "poderes" autônomos. A Carta Política Brasileira, seguindo a referida consagração aceita universalmente, estabelece, em seu art. 2º, os poderes da União, independentes e harmônicos entre si. o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.²¹⁹

Essa independência e harmonia de que se falou outrora deve ser analisada à luz do princípio da igualdade, informador dos direitos fundamentais, os quais dão sustentabilidade

²¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 52-53.

²¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29-36.

²¹⁸ MORAES, Alexandre. *Op.cit.*, p. 52.

²¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

ao proposto na carta magna em função da carga axiológica de sustento aos princípios constitucionais.²²⁰

Parece - ao menos em tese - que as liberdades individuais se encontram consolidadas no cabedal de direitos do homem em nível universal. O plano fático pode colocar em xeque essa constatação, mas o ideário da dignidade humana é, ao menos, aceito mundialmente no consciente coletivo da população, a despeito de regimes despóticos que insistem em negar-lhes a efetividade.²²¹

Daí se infere que as garantias postas em face de um governo onipotente não representam ao menos em nações com histórico democrático consolidado - perigo imediato que justifique a necessidade de elevação de funções ou tarefas estatais, didaticamente concebidas e divididas no interesse da melhor eficiência do Estado, à categoria de "poderes" constituídos.

A estrutura estatal deve, em suma, manter-se atual e azeitada, de forma a atender as expectativas da sociedade ao longo do tempo. O Estado precisa acompanhar a sociedade em sua evolução, dirimindo conflitos, provendo soluções e impondo sua autoridade para que possa manter a ordem e garantir o convívio social pleno.

Essas ilações levam à conclusão de que o Estado não deveria deter perfil estático, sob pena da inviabilização do próprio ritmo de evolução da sociedade. Já Santo Agostinho assim escreveu:

Os regimes políticos evoluem, a lei segue suas vicissitudes, os costumes se transformam, a lei se adapta às suas variações. [...] aspirações até então desconhecidas aparecem, necessidades presumíveis surgem' ê de toda a necessidade rever as leis para os satisfazer.²²²

²²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

²²¹ Como exemplos citamos as violações de direitos humanos na Coreia do Norte, subjugada por um regime de ditadura familiar desde 1948 e nas ditaduras africanas, dentre as quais destacamos a exercida há trinta e seis anos pelo nonagenário Robert Mugabe, no Zimbábue. TERRA. *Com festa cercada por polêmicas, Robert Mugabe completa 91 anos*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/com-festa-cercada-par-polemkas-robert-mugabe-completa-91-anos.9241dSabO1cab410VgnCLD200000b1bf46dORCRD.html>>. Acesso em: fev.2016.

²²² SALGADO, Plínio. *Psicologia da Revolução - Obras completas*. São Paulo: Editora das Américas, 1953, v. 7, p. 69.

A dinâmica da estrutura do Estado se relaciona diretamente com a distribuição das tarefas e funções aos órgãos do Poder. Essa distribuição obedece às necessidades sazonais da sociedade, que é a razão de existência do Estado. Por esta precisa razão é que o constitucionalismo hodierno rechaça a concepção de vários poderes constituídos e herméticos, justamente porque este engessamento atrofiaria a organicidade do Estado, impedindo que o mesmo suprisse as necessidades mais imediatas de seus componentes.

A concepção de “empoderamento” das funções ou dos órgãos do Poder único padece, além do engessamento da organicidade e dialeticidade do Estado, de outro mal, tão ou mais deletério: a confusão decorrente dos papéis que são confiados a cada unidade autônoma de poder. Aqui reside o problema que tem atormentado os juristas ao longo dos séculos: a eventual sobreposição de um “poder” sobre “outro”.

Se considerarmos que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário não constituem “poderes”, mas órgãos do Poder, ou mesmo unidades gestoras de tarefas e funções, a solução para o impasse terá sido assustadoramente simples, eis que o Poder, uno, restará intocado, enquanto que as meras funções desempenhadas pelos órgãos do Poder - e não “poderes” propriamente ditos - é que poderão ser realocados e otimizados de acordo com as necessidades de curto, médio ou longo prazo que a sociedade porventura apresente.

Historicamente, os pontos de tensão entre os “poderes” constituídos coincidem com os períodos em que determinados anseios da sociedade se manifestaram acentuadamente. Durante a época de afirmação dos direitos individuais básicos frente ao absolutismo dentre eles, mais destacadamente o de liberdade, presenciamos o apogeu do Poder Legislativo. Atenas, por exemplo, é “o primeiro grande precedente de limitação do poder político -governo de leis e não de homens - e de participação dos cidadãos nos assuntos públicos”²²³. Outro recorte histórico que bem demonstra esse entendimento é a instauração da República Romana, pelo ocaso do domínio monarca etrusco, orientado pela Lei das Doze Tábuas.²²⁴

Outro marco simbólico de importante referência da história constitucional, que evidencia a consagração do Poder Legislativo como guardião das liberdades públicas, é a Magna Carta, concebida em 1215²²⁵. Ainda no cenário inglês, há a petição de direitos -

²²³ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p 06.

²²⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.*, p. 07.

²²⁵ *Idem.*

Pétition of Rights de 1628 -, por meio da qual se questionou o lançamento de tributos sem prévia aprovação, bem como as prisões arbitrárias. Gerou tensão política ao impor limitações substanciais ao poder do rei e desembocou na Revolução Gloriosa - 1688 -, com regime de supremacia do parlamento - *Bill of Rights*, 1689.

Na mesma esteira, a Constituição Americana de 1787 - a primeira escrita do mundo moderno - preconizou a ideia de compartimentar os poderes, com apoio na isonomia e a evidência de uma lei maior. A Revolução Francesa, por sua vez, rompeu a máxima *L'Etat c'est moi* definidora do absolutismo reinante naquele país: o *ancien regime* foi substituído pelo lema da "liberdade, igualdade e fraternidade", o que resultou na confecção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e posterior norma constitucional em 1791.

Todas essas fases históricas indicam a consolidação da lei como fonte de proteção da liberdade e paradigma para o rompimento com o antigo regime. Após a consolidação do primado da lei e das liberdades individuais, a demanda da sociedade passou a centrar suas expectativas em melhorias das condições sociais.

Já no século XX, o Estado torna-se progressivamente intervencionista, o que inaugura, assim, a era do Estado Social. Cabe à estrutura estatal, a partir de agora, combater efetivamente desequilíbrios sociais, a desarmonia das hipertrofias econômicas advindas da circulação do capital e mazelas dos serviços prestados pelo Estado. Para implementar todas essas medidas - de cunho visivelmente material e específico - a estrutura estatal valeu-se primordialmente de sua função executiva, em detrimento das demais.

A experiência do *New Deal* com cunho de ingerência estatal, no intuito de promover direitos sociais no governo norte-americano no período pós-depressão, retrata essa nova fase. Para constar, no Brasil, um país cuja estrutura remete inequivocamente ao *welfare State*, os diversos programas sociais - a exemplo do "bolsa-família" e "Minha casa. Minha vida" - têm sido implementados e conduzidos pelo Executivo em tempos atuais.

As críticas à eficiência do Estado de bem-estar social e o conseqüente esgotamento do modelo intervencionista têm se dirigido ao Poder Executivo, que parece ter colocado termo ao papel que deveria representar. O discurso do neoliberalismo passou a ser a desregulamentação dos mercados domésticos, a eliminação do protecionismo e a flexibilização ou mesmo a remoção de cláusulas do contrato social brasileiro, numa solução alternativa para a deficiência da estrutura estatal.

Em que pese a abrangência dos planos de desestatização levados a cabo no Brasil entre os anos de 1990 e 2002, cujo objetivo era sanar as faltas deixadas pelo Estado, remanesçam problemas sociais que escapam ao controle do aparato estatal - agora reduzido - e que não puderam também ser minorados ou solucionados pela ingerência da iniciativa privada.

Diante de determinadas cláusulas do contrato social brasileiro que permanecem em aberto, ou seja, sem a devida contraprestação estatal, resta ao administrado, nesta fase da evolução histórica do quadro constitucional, socorrer-se da reserva dos componentes da tríade estrutural do Estado: o Judiciário.

Daí surge a significativa ascensão institucional do Poder Judiciário ao longo dos últimos 25 anos de trajetória político-constitucional brasileira. Recuperadas, por assim dizer, “as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo”.²²⁶

O direcionamento ao judiciário é fruto da expectativa que a sociedade nutre nesta fase de sua evolução constitucional. Tais quais os anseios que colocaram em evidência o Legislativo e o Executivo, quando da consolidação da liberdade e quando da instituição do Estado de bem-estar social, é agora o Judiciário chamado a cumprir a função de efetivação de políticas públicas e a garantia de direitos relacionados ao mínimo existencial, especialmente no que toca à saúde, educação e segurança

Seguindo essa tendência, a experiência político-constitucional brasileira consolidou-se no sentido da primazia funcional do Judiciário na efetivação de políticas públicas de âmbito constitucional, na hipótese de omissão das demais instâncias do Poder. Nesse sentido, a jurisprudência dominante no âmbito da Corte Suprema entende ser admissível ao judiciário o provimento de ações que visem implementar políticas públicas com assento constitucional, que enaltecem o mínimo existencial, em plena harmonia com os demais poderes.²²⁷

Na mesma esteira, o STJ, apesar de assentar não ser da genética judicante a ingerência de matérias afeta ao executivo, aceitou a excepcionalidade da circunstância se correlacionadas

²²⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia, e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Fortaleza: Mimeo, 2011, p. 383.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE 595.129/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU, 03 jun.2014.

com promessas constitucionais, ou seja, se de acordo com o contrato social brasileiro, especialmente em quadros de disfunção estatal de provimento de direitos fundamentais.²²⁸

As cortes estaduais seguem a mesma diretriz; no âmbito do TJDF, por exemplo, o procedimento é o de que não obstante o caráter programático e a baixa densidade normativa das normas constitucionais de direitos fundamentais, é imperioso que o Poder Público implemente ações e políticas públicas sociais visando assegurar determinações do contrato social brasileiro, que se perfazem, no julgado analisado, em medicamentos e atenções médicas devidas. Anota-se a habilidade que deve instruir o julgador nessas questões, para que se evite ingerências demasiadas no poder executivo, a ponto de deturpar sua pauta de ações afirmativas, ademais no que se refere ao impacto que podem acarretar nas políticas públicas relacionadas à saúde²²⁹. Todavia, pelas peculiaridades do bem em apreço - que é a vida - conclui-se pela prevalência do direito público subjetivo do jurisdicionado de obter a tutela mandamental.²³⁰

O tema referente à educação tem sido no país, também, recorrente na jurisprudência das cortes. O STF possui entendimento no sentido de ser possível o judiciário “determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas a fim de garantir direitos constitucionalmente assegurados” o que estaria em harmonia com a previsão constitucional de separação de poderes.²³¹

Para o STJ, por sua vez o entendimento aponta no sentido que cabe ao ente público adotar as políticas públicas necessárias a efetivação do preceito constitucional transcrito pelo art. 208 da Carta Magna, com o fito de propiciar o acesso à educação integral a todos, inclusive assegurando, para o perfeito desenvolvimento da atividade educacional, ambiente salubre e seguro conforme a norma prescreve. Embora a regra editada pelo referido dispositivo legal acima indicado possua uma nuance programática, deve-se adotar políticas com a finalidade de implementar um eficaz sistema público de educação. E direito

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp 1068731/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012.

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1366337 RS 2012/0132465-9, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Publicação: DJ 30/04/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184882570/recurso-especial-resp-1366337-rs-2012-0132465-9>>. Acesso em: jan.2016.

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.904794, 20150020206156MSG, Relator: Roberval Casemiro Belinati, Conselho Especial, Data de Julgamento: 03/11/2015, publicado no DJE: 10/11/2015.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE: 761127 AP, Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 24/06/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-158 Divulg 15-08-2014 Public 18-08-2014.

fundamental do cidadão o acesso à educação, direito que se enquadra na necessidade de se assegurar a cada ser humano um mínimo existencial.²³²

Depreende-se, portanto, que havendo omissão do Administrador no atendimento e efetivação de políticas com capacidade de fornecer direitos fundamentais, deve sim o judiciário atuar de forma concreta, o que alinha as ações estatais no cumprimento do contrato social brasileiro e busca o reequilíbrio do sinalagma ali demonstrado, afinal se trata de cláusula constitucional para que todos tenham acesso a um sistema educacional condigno, independentemente da situação econômica.²³³

Não difere a orientação jurisprudencial do TJDF. Esse direito fundamental encontra assento no princípio da dignidade humana, que detém alta carga valorativa num viés atual, o qual propala as opções constitucionais e normativas que zelam por essa diretriz. No caso, o direito à educação, tem o condão de abastecer a pessoa de conhecimento básico necessário para o desenvolvimento da cidadania e condições favoráveis de subsistência, o que atenuará o assistencialismo estatal, o que não pode ser reduzido pelo entendimento que as políticas aí relacionadas se apresentaria num cunho discricionário suficiente para lhe retirar a eficácia mínima aguardada²³⁴. Portanto, tem a criança o direito de compelir o Estado a proporcionar-lhe a matrícula em creche, nas proximidades de sua residência, a fim de que desfrute do bem fundamental que lhe é assegurado, que não pode ser dificultado pela inércia do setor público.²³⁵

Outros direitos fundamentais como a segurança pública também já tiveram implementação dada pelo judiciário. Em sede de ação civil pública, originada no Estado de Goiás, houve a determinação de implementação de apoio policial para que fosse atendida a segurança em centro de adolescente infrator. Houve a tutela em face da ausência de segurança constatada no caso em espécie, o que violou os termos do contrato social brasileiro. Restou claro que nem sempre caberá ao executivo determinar a sorte de distribuição de direitos e garantias fundamentais na sociedade, ademais se afeta à integridade física daqueles que a

²³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. APL: 402295220088070001 DF 0040229-52.2008.807.0001, Relator: Leila Arlanch, Data de Julgamento: 18/11/2009, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 25/11/2009.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no AREsp 297.506/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013.

²³⁴ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 262.

²³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.896325, 20150020214135AGI, Relator: Flavio Rostirola, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/09/2015, Publicado no DJE: 01/10/2015.

concretização da norma se refere, afinal a contrapartida da sociedade em cumprir sua parte do sinalagma dá sustentação a reciprocidade aguardada pelo Estado.²³⁶

O fechamento da cadeia cronológica da tríade de poderes corrobora as ideias inicialmente agregadas: a de que o Poder é uno e indivisível e que as unidades orgânicas de poder - o Legislativo, o Executivo e o Judiciário - encerram funções e tarefas que correspondem aos anseios da sociedade em dado momento de sua trajetória evolutiva.

O caráter contra majoritário do Judiciário tem sido levantado como limitador de sua legitimidade no que toca à satisfação de direitos ligados ao mínimo existencial. Diferentemente do Legislativo e do Executivo - poderes que sofrem processo constante de renovação de seus representantes por meio de eleições periódicas - o Judiciário franqueia o ingresso aos seus quadros por intermédio de concurso público de provas e títulos. Daí se questiona com bastante interesse a própria legitimidade da função judicante e até que ponto a função precípua do Executivo não estaria sendo substituída, afinal os chefes do executivo seriam representantes legítimos do povo numa ótica direta. Essa resistência é mitigada pelo fato de que os órgãos do Judiciário detêm ferramentas que podem retirar a efetividade de normas estatais, como ocorre numa Adin. Ademais, o déficit de legitimidade do Judiciário pode não ser tão menos expressivo do que o verificado nos demais poderes da tríade: basta observar a crise de representatividade verificada em pesquisas do gênero.²³⁷

Todo este delineamento apenas denota que o conflito entre “poderes” é aparente, os “poderes” constituídos são órgãos do Poder uno, repise-se, e desempenham tarefas incumbidas pela Constituição. Como o sistema constitucional é dinâmico e não estático, justamente porque tem sua razão de ser na sociedade, que está em constante processo de evolução, a decorrência lógica é a de que surjam sempre novas expectativas, problemas e desafios a serem manejados e resolvidos pelo Poder Público.

Se encararmos o dinamismo do jogo constitucional como regra basilar, será perfeitamente possível admitir o controle de políticas públicas pelo judiciário, voltadas à garantia dos direitos fundamentais, sem maiores hesitações, o que tem se mostrado uma

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadoipub/pagador.jsp?docTP=TP&docID=4291294>>. Acesso em: jan.2016.

²³⁷ CNI. *Publicações estatísticas*. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/publicacoes-estatisticas/estatisticas/2015/09/1,42615/pesquisa-cni-ibope-avaliacao-do-governo.html>>. Acesso em: dez.2015.

tentativa da sociedade em reaver o sinalagma não devolvido pelo Estado nas suas acepções executivas.

O anseio da sociedade é ver garantida a fruição dos direitos que compõem o núcleo do mínimo existencial em contraprestação aos tributos que paga. Não cumprido o sinalagma por parte do Estado, surge para o súdito o direito à prestação dos direitos básicos contemplados no contrato social. O anseio da sociedade, neste momento, é o de ver a efetivação dos direitos fundamentais e sociais conquistados nas duas fases anteriores da evolução constitucional conduzidas sob a égide dos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente.

O contexto de surgimento das políticas públicas é justamente esse: a progressiva constitucionalização do seu conteúdo pressupõe a sedimentação dos direitos fundamentais e sociais atrelados ao mínimo existencial. Sedimentado que está o conteúdo desses direitos no patrimônio jurídico da sociedade, e assegurados os mesmos pelo sistema constitucional brasileiro, não há como admitir que as políticas públicas destinadas a garantir-lhes a efetividade devam estar totalmente infensas ao controle judicial.

Se as outras duas unidades de função do Estado não conseguem atender aos comandos constitucionais refletidos no conteúdo das políticas públicas, houve o movimento natural na busca da sociedade na recomposição de sua relação jurídica com o Estado, que seja por intermédio do Judiciário, o qual coube, em certa medida, a incumbência de atender ao pleito e conduzir a “locomotiva dos poderes” nos trilhos da evolução social, munido que está da força de julgamento e concretização apoiados na imparcialidade de seu instrumental e da definitividade de suas decisões. Em sendo as normas constitucionais dotadas de imperatividade, afiguram-se como parâmetro de sindicabilidade judicial. Quanto a isso não resta dúvida.

O problema reside em estabelecer os limites da ingerência do Judiciário com base no alcance permitido pela teoria da constituição, bem como a operacionalidade desta ingerência. A questão filosófica acerca da legitimidade democrática e da legitimidade essencial do Judiciário, fundadas no risco da formação de uma aristocracia governante de “reis juízes” parece-nos imprópria; o Poder é uno e a opinião de uma cúpula encarregada de uma função constitucionalmente prevista jamais seria capaz de sobrepor a sua opinião à sociedade, imbuída do espírito democrático.

A controvérsia sintomática do debate em torno das ações de distribuição de medicamentos resume bem esse quadro. A atividade judicante tem que lidar com argumentos que duvidam de sua atuação em ingerência executiva no trato de políticas públicas. Outra fonte de abordagem da atuação judiciária é a formação de uma classe diferenciada, a qual detém ferramentais suficientes para mover a máquina pública em seu favor, em detrimento de outra classe que amarga o fenômeno do empobrecimento ilícito social, notadamente na dimensão material, conforme proposto no tópico anterior. Outras vertentes da discussão são arrançadas em tomo da definição e extensão do mínimo existencial e reserva do possível.²³⁸

Cabe ao judiciário, dessa forma, lidar com o entendimento que as necessidades são ilimitadas, ao passo que os recursos não o são. Ocorre que os direitos atinentes à vida, especialmente aqueles envoltos à saúde e fornecimento de medicamento, não podem, ou ao menos não deveriam sofrer impasse decisório numa ficção jurídica de divisão de poderes que em última análise é uno.

Não é razoável supor que meros argumentos que explorem a falta de cognição aprofundada da reserva do possível viole direito devido na contraprestação estabelecida no contrato social, assim como também não é desejável que todo e qualquer pleito se utilize do mínimo existencial com o condão de arrebatar orçamentos públicos destinados à grande parte da sociedade que nele depende de seu atendimento fundamental na subsistência da vida²³⁹. Isso se torna preocupação na medida em que a jurisprudência autoriza como regra geral, o sequestro de verbas públicas e sua adjudicação aos jurisdicionados, acrescido de outras medidas de cunho prático que assegurem o resultado prático da política pública, a exemplo das internações compulsórias em hospitais da rede privada²⁴⁰ providências estas que acabam gerando desequilíbrio orçamentário e celeumas doutrinárias e jurisprudência acerca do real papel do Judiciário.

A questão aqui é saber se o Poder Judiciário, enquanto caracterizado por sua inércia, terá o ônus esperado para abarcar a tarefa de corrigir as distorções decorrentes do

²³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. RI: 02472802420138190001 RJ 0247280-24.2013.8.19.0001, Relator: Luiz Fernando de Andrade Pinto, 1ª Turma Recursal Fazendária, Data de Publicação: 28/08/2014.

²³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. RI-RJ 02472802420138190001 0247280-24.2013.8.19.0001, Rel. Juiz Luiz Fernando de Andrade Pinto, DJE 28.08.2014.

²⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0085676-30.2008.8.19.0001 - Des. Rel. Valeria Dacheux, 19ª Câmara Cível - Julgado em: 05/08/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0201751-16.2012.8.19.0001 - Des. Rel. Carlos Jose Martins Gomes, 16ª Câmara Cível - Julgado em: 24/02/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0028955-85.2013.8.19.0000 - Des. Rel. Fabio Dutra, 1ª Câmara Cível - Julgado em: 10/06/2014.

desequilíbrio sinalagma do contrato social brasileiro, com vista a arrefecer a mercantilização de direitos fundamentais e conseqüente empobrecimento ilícito estatal. Também deve ser fonte de preocupação se o judiciário terá o *know-how* para fazer substituir a vontade da administração pública em desfavor da parte adversa em um processo judicial em que esteja em jogo a efetivação de um direito fundamental e que implique em alteração da dotação orçamentária disponível. E de se pensar, ainda, se o Judiciário teria legitimidade para decidir os destinos de créditos orçamentários cujo direcionamento já fora proposto pelo Executivo e aprovado pelo Legislativo.

Importante observar que todos esses problemas estruturais não decorrem propriamente da aparente inabilidade da função judicante no trato de matérias deste jaez antes, pelo contrário, essa inversão de papéis entre os poderes demonstra a falência do pensamento tradicional da separação de poderes e parece indicar que a função judicante, mantida em sua estrutura essencial, não se mostra capaz de atender às demandas de preservação dos direitos fundamentais. Não é a tarefa judicante que deve criar mecanismos para suprir os déficits de jusfundamentalidade, e sim o Estado, através de seu Poder, é que deve garantir as políticas públicas necessárias ao bem-estar de seus cidadãos, munindo a estrutura estatal de órgãos e instâncias complementares que se façam necessárias.

O alegado desacerto de algumas decisões judiciais nas quais se privilegiam direitos individuais, ou mesmo de um grupo seletivo e determinado em detrimento da coletividade, denota que a velha dicotomia do público *versus* privado também não encontra solução plausível no judiciário.

Aliás, este velho conflito entre espaço público e espaço privado é o combustível que alimenta as distorções verificadas na ingerência do Judiciário em matérias afetas ao Executivo. Determinação judicial em provimento de um determinado remédio caríssimo a apenas um indivíduo e determina o redirecionamento de uma determinada rubrica financeira resguardada para investimento coletivo diz respeito ao espaço público ou ao espaço privado? Se pensarmos que o direito à vida é inerente à intimidade personalíssima, estaremos fatalmente situados no espaço privado e, de fato, a condição humana, desde o nascimento, é autocentrada e individualista²⁴¹. Em princípio, o próprio direito a vida não admitiria o sacrifício coletivo - baseado na realocação de recursos orçamentários - mas a sua elevação à

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia, e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Fortaleza: Mimeo, 2011, p. 60.

categoria de direito fundamental liga-o ao espaço público - aquele em que se enxerga a conversão do indivíduo em cidadão.

Ainda assim, o debate remanesce acalorado e há quem entenda que, em determinados casos, deve prevalecer a discricionariedade administrativa em detrimento do mínimo existencial. Nessa esteira, a pretensão diria respeito à política pública, e não a destinação contingencial individualizada.²⁴²

O cerne da questão parece, então, deslocar-se do âmago da majoritariedade democrática para o direito e para a racionalidade técnica. Tal polarização destaca o caráter dinâmico da sociedade e evidencia a necessidade que o Poder tem de acompanhar esta evolução, travando-se entre os dois - governo e sociedade - um diálogo permanente acerca da condução dos negócios públicos.

Se existem determinadas resistências no que diz respeito à ingerência do Judiciário em assuntos ligados ao mérito administrativo, às políticas públicas e a garantia de direitos fundamentais ou sociais ligados ao mínimo existencial no plano individual, é de ver que existe a necessidade de repensar o alcance da função judicante e de rever os instrumentos que estão colocados à sua disposição.

De qualquer forma, deve-se pensar na função judicante como fonte de garantia de efetividade do contrato social brasileiro de forma transitória e subsidiária, isto porque, conforme dito, a legitimidade do Poder depende da participação social permanente. Nesta toada, uma forma de suprir tal lacuna seria submeter o controle sobre políticas públicas planejadas em longo prazo a uma gestão predominantemente técnica, profissional e independente, que pudesse desempenhar suas tarefas em uma formatação paralela às demais funções existentes.

Mais do que perquirir se o Judiciário brasileiro estaria apto para lidar com situações que escapam do raio de sua atuação, ou se a especialização da atividade jurisdicional poria a salvo os objetivos das políticas públicas que asseguram os direitos fundamentais, seria interessante observar as experiências de agências independentes e não-judiciais em sistemas político-constitucionais de ultramar.

²⁴² TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 213.

Alguns governos têm manifestado preocupação quanto à própria subsistência da democracia; a reiterada perpetuação de determinada maioria legislativa, ou de um determinado partido político no poder, inspirou estudos tendentes à implementação de um "reforço de representação" para coibir abusos do poder político.²⁴³

Com fundamento nesse pensamento, instâncias democráticas especiais de governo foram postas em experimentação; o exemplo mais contundente é o da Índia, cuja constituição prevê expressamente a existência de uma comissão eleitoral e prevê medidas para assegurar a independência da instância democrática, cuja finalidade é livrar o jogo democrático de pressões partidárias²⁴⁴. De fato, os estudos mais aprofundados indicam que os eleitores indianos confiam mais na comissão eleitoral do que nos políticos²⁴⁵. Não há dúvida, portanto, acerca do renascimento da confiança do processo eleitoral naquele país, fenômeno que reafirma o fato de que o Poder é uno e admite a implementação de novas tarefas ou funções adequadas à marcha evolutiva da sociedade.

Aliás, o próprio sistema político-constitucional da Índia tem se revelado dinâmico e pronto para atender as demandas oriundas de sua evolução democrática. Com muita propriedade, o jurista hindu Upendra Baxi - um crítico da divisão tradicional de poderes e teórico da rearticulação ordenada do Poder - ensina que:

Se o princípio federativo privilegia o *local* no interior do *nacional* respeitando a geografia da diferença de um modo que autoriza conhecimentos, culturas, poderes e vozes locais a informar e moldar a governança, os pormenores federais - principalmente a distribuição dos poderes legislativo, executivo e administrativo - buscam negar isso. É verdade que essa distribuição de poderes só pode ser alterada por emendas constitucionais e essas são difíceis de negociar e efetuar na atual era de política de coalizão. Porém, o Parlamento indiano possui uma generosa autoridade residual que lhe dá poder para legislar em matérias não especificadas nas listas estadual e concorrente - ademais, as leis que pede fazer têm, com frequência, uma autoridade nacional preponderante. Além disso, o Artigo 35 dá especificamente ao Parlamento poderes preponderantes para fazer leis que proíbam as discriminações e "incapacitações" impostas milenarmente aos intocáveis da Índia (Artigo 17) e a escravidão e práticas similares (Artigos 23-24). Baseando-se fortemente na "experiência" do federalismo comparativo da *Commonwealtdk*, em especial do Canadá e da Austrália, a Suprema Corte indiana inova constantemente em sua fonte interpretativa para aumentar o papel hegemônico nacional do governo da União.

O federalismo cooperativo característico da Índia está definido e desenvolvido por muitas redes institucionais. A Comissão Nacional de Finanças, definida pela

²⁴³ COX, Paul N., ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 15 Val. U. L. Rev. 637 (1981). Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1592&context=vulr>>. Acesso em: fev.2016.

²⁴⁴ CIRANDAS. *Cidadãos comuns governam capital da Índia!* Disponível em: <<http://cirandas.net/deboranunes/blog/cidadaos-comuns-governam-capital-da-india>>. Acesso em: dez.2015.

²⁴⁵ *Ibidem*.

Constituição constrói a normatividade dos direitos humanos na alocação dos recursos aos estados. A Constituição e a lei criam agências nacionais em todo o país encarregadas da proteção e promoção dos direitos humanos das minorias "separadas e insulares".

O Tesoureiro e Auditor Geral da Índia, auxiliado pela Comissão Central de Vigilância, pelo menos ajuda a moldar o discurso relativo à corrupção em altos postos. Em geral, a Comissão Eleitoral da Índia tem perseguido a tarefa heroica de alcançar um pouco de integridade no processo eleitoral. O modo como essas e outras agências realizam suas tarefas e tema de um discurso político animado, dentro das práticas do jornalismo investigativo, e do ativismo dos movimentos sociais e dos direitos humanos garantidos constitucionalmente pelo esforço dos Tribunais Superiores Estaduais e da Suprema Corte do país.

Tudo isso permite uma rearticulação contínua do poder popular confrontado com um Estado e uma estrutura política fortemente militarizados, os quais juntos frequentemente causam um pesado déficit democrático aos processos, instituições e redes de governabilidade. Assim as intervenções da sociedade civil, acionando cada vez mais o alto poder judicial, levaram a um certo abrandamento dos aspectos antidemocráticos da Constituição indiana em funcionamento.²⁴⁶

O êxito dessa democrática governamental independente pode ser transplantada para o plano das políticas públicas e dos direitos fundamentais. Foi dito que a evolução da sociedade é um processo contínuo, que se confunde com os próprios destinos do sistema político-constitucional. Os momentos de mobilização popular traduzem anseios que devem ser analisados e resolvidos pelo Poder Público e, para tanto, a ideia de implementação de uma “instância de justiça distributiva” pode ser a solução para o impasse gerado pela rígida, limitada e burocrática divisão tricotômica do Poder.²⁴⁷

A história política mostra que os grupos que pretendem conservar sua posição no poder tendem a fazer concessões aos oligarcas²⁴⁸. É interessante notar que o marco histórico de consolidação do capitalismo e do Estado Moderno - a Revolução Francesa - que marcou a transição de poder entre a aristocracia e a burguesia, ironicamente manteve inalteradas as estruturas de dominação e conservação do poder. Não sem razão escreveu Karl Marx, em seu *Manifesto*, que as sociedades acabam, de regra, preteridos em suas reivindicações e não encontram respaldo adequado para suas expectativas políticas. Esse fenômeno atinge os

²⁴⁶ BAXI, Upendra. *O Estado de Direito na Índia*. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos, Ano 04, n.º 06, São Paulo, 2007, p. 6-27.

²⁴⁷ A concepção de instância de justiça distributiva é bem desenvolvida por: ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 108- 109.

²⁴⁸ É interessante notar que o marco histórico de consolidação do capitalismo e do Estado Moderno – a Revolução Francesa – que marcou a transição de poder entre a aristocracia e a burguesia, ironicamente manteve inalteradas as estruturas de dominação e conservação do poder. Não sem razão escreveu Karl Marx, em seu *Manifesto Comunista*, que “o Executivo do Estado Moderno não é senão um comitê para administrar os negócios comuns de toda a burguesia” (MARX, Karl; ENGELS, Frederick. *The Communist Manifesto. Selected Works, Moscow: Foreign Languages Publishing House, 1962, v. 1, p. 36*). As estruturas de poder e influência continuam grassando em sua forma tradicional, desta feita entre as grandes corporações mundiais dos mais variados segmentos econômicos.

círculos de poder instalados no Executivo e no Legislativo, os quais, obedecendo ao critério majoritário, mostram comprometimento com as bases da massa parcelar de eleitores e com o grupo de patrocinadores de campanhas políticas. A massa de cidadãos não encontra respaldo nesses poderes e isso empurra para o Judiciário - o poder contra majoritário - a tarefa de prover direitos básicos.

Essa distorção prova a tendência da judicialização das políticas públicas, não por acaso essa ingerência é controvertida. À incapacidade de tratar matéria orçamentária soma-se outro empecilho: a crescente tutela individual ou parcelas de direitos fundamentais - transindividuais por excelência. O quadro acaba acarretando, além do desequilíbrio orçamentário, também um desequilíbrio jusfundamental, na medida em que a fruição de direitos básicos e universais, previstos na própria Carta Política, abandona o seu caráter transindividual e força os que anseiam o seu gozo ao pagamento extorsivo, na clara encarnação do fenômeno do empobrecimento ilícito.

O desequilíbrio apontado - tanto o orçamentário quanto o jusfundamental - levam a um processo de defasagem do próprio regime democrático. Urge, portanto, redistribuir, de forma equânime, a carga jurídica de fruição dos direitos fundamentais, para que se possa alcançar a plenitude e o equilíbrio político que a própria constituição estatui.

Dotar o Judiciário de feições próprias de administrador para lidar com assuntos ligados a efetivação de políticas públicas pode constituir uma ajuda substancial: remanesce, porém, paliativa em seu conteúdo. A criação de varas de fazenda pública, com juízes especializados no trato da matéria, bem como a adoção de um procedimento judicial próprio, são medidas que podem adequar (momentaneamente) o Judiciário em sua tarefa de garantidor de direitos fundamentais.

Essa discussão remete, aliás, ao ponto nevrálgico discutido neste capítulo, o qual diz respeito aos anseios decorrentes da evolução político-constitucional da sociedade e às demandas pela efetividade de direitos básicos. Até que ponto um projeto social pré-estabelecido seria capaz de atender às legítimas expectativas de uma sociedade em constante evolução?

A experiência brasileira nos tem ensinado que, a despeito da evolução formal do sistema democrático, o déficit de jusfundamentalidade persiste e o fenômeno do empobrecimento ilícito social se faz presente. Isso significa que a diretriz constitucional do

Estado de bem-estar social da Carta de 1988 está defasado? Ou o papel de uma constituição seria "apenas" o de prover condições para o funcionamento adequado da vida democrática?²⁴⁹ Da difícil resposta a essas indagações depende o alcance da manifestação dos poderes no manejo das políticas públicas de direitos fundamentais.

A vinculação obrigatória do legislador ao teor dos comandos constitucionais tidos como "normas ou princípios programáticos" é que tem gerado um ponto de tensão com o Poder Judiciário e também acarretado os problemas de inefetividade de muitos direitos básicos. Para comprovar este fenômeno, basta observar que as normas etiquetadas como programáticas dependem do longo e exaustivo processo legiferante para sua implementação e não podem ser diretamente tutelados pelo Judiciário, salvo por manobras jurídicas tecidas em construções jurisprudenciais que legitimem a prevalência de um dado direito em desfavor da norma legislativa.

Por essa razão é que um conceito "democrático-funcional" deve ser estabelecido, com a instituição de condições para a cooperação na deliberação democrática, por meio da instituição de uma "instância de justiça distributiva".

Daí a absoluta pertinência acadêmica daqueles que advogam a estruturação dessa instância: alguns chegam, até mesmo, a sugerir uma partição de fração específica do produto interno líquido para garantir a completa autonomia desta instância e muni-la dos meios de fornecer uma subvenção financeira mínima à população relegada a segundo plano em decorrência da inoperância dos demais poderes²⁵⁰. Um sistema de subvenções de caixa permitiria aos cidadãos reclamar maior espaço econômico na sociedade, minorando, assim, a defasagem de efetividade do regime democrático.

À exemplo da instância democrática indiana, a instância de justiça distributiva pode fazer valer o compromisso constitucional e possibilitar a justiça social realçando grandemente a legitimidade total do sistema. Os problemas relativos à alocação de recursos financeiros, mérito administrativo, trato orçamentário e especialização - recorrentes em se tratando do

²⁴⁹ Afirma Gustavo Zagrebelsky, em excepcional reflexão sobre o assunto, assim escreveu: "[...] as sociedades atuais [...] atribuem à constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, mas sim o de realizar as condições de possibilidade da mesma". (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traducción de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 13).

²⁵⁰ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Coleção Del Rey Internacional. n.º 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 110.

Judiciário - desapareceriam perante a instância de justiça distributiva, implementada especificamente para a demanda da sociedade.

O problema é tentar atribuir essa tarefa - a de comutação da lacuna gerada pelo déficit democrático ao longo do tempo - ao poder supostamente neutro - o Judiciário. Essa tendência viciosa e problemática se torna ainda mais dramática em países de tradição antidemocrática, ou de histórico de democracia instável - tais como o Brasil.

No caso brasileiro, o espírito da Carta Cidadã de 1988 preconizou ênfase muito maior à participação popular do que à atuação do Judiciário. Basta ver a sistemática do orçamento participativo no âmbito dos Municípios como forma de realização da própria gestão pública²⁵¹, o texto da cooperação das associações representativas no planejamento municipal tida como inspirador das leis orgânicas, ou ainda a imposição, à coletividade, do dever de defesa e preservação do meio ambiente.

Esse espírito de participação popular - a síntese da democracia deliberativa em última instância - ainda que fomentado também na legislação infraconstitucional²⁵² - permanece estiolado no Brasil e cede lugar, indevidamente, à ingerência do Judiciário. Apreendendo bem essa tendência, assim se manifestou Cláudio P. de Souza Neto:

No Brasil predominou a compreensão de que, por ser menor o nível de organização e atuação política da sociedade civil, deveria ser aumentada a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, inclusive as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica²⁵³

Também das eventuais consequências de uma judicialização desmedida das políticas públicas, J.J. Gomes Canotilho escreveu:

[...] a realização da constituição dirigente não pode aquilatar-se através da dissolução do potencial da ação político-democrática numa "curta" mentalidade de pretensões subjetivas, individualmente acionáveis. A "perda de justiciabilidade" e a colocação dos direitos a prestações dentro da reserva do possível devem ser

²⁵¹ BRASIL. Lei Nº 10.257 - de 10 de Julho de 2001 - DOU DE 11/7/2001. Estatuto da Cidade. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2001/10257.htm>>. Acesso em: fev.2016.

²⁵² BRASIL. Resolução CONAMA no 9, de 3 de dezembro de 1987 Publicada no DOU, de 5 de julho de 1990, Seção 1, página 12945 Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>>. Acesso em: fev.2016.

²⁵³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p 275.

compensadas por uma intensificação de participação democrática na política dos direitos fundamentais.²⁵⁴

Essa participação pode ser almejada à custa da implementação de uma instância autônoma de justiça distributiva, que permita o fluxo direto entre a população e o governo e que permita ao Judiciário exercer a sua importante função política, sempre subsidiária à deliberação popular.

Em verdade, é sempre desejável a neutralidade política do Judiciário, em contraponto às deliberações democráticas dos diversos setores da população, os quais devem encontrar, nas instâncias de justiça distributiva, o canal próprio para tanto. Nessas condições, restará perfeitamente equilibrada a repartição entre os poderes entre as unidades orgânicas autônomas do Poder, responsáveis pela execução de tarefas delimitadas com exatidão.

CAPÍTULO III – A NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DO JUDICIÁRIO FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Restou demonstrado, por intermédio das jurisprudências, que a sociedade brasileira tem acionado a função jurisdicional na busca de reequilibrar o sinalagma advindo do contrato social brasileiro. Esse panorama tange a condução e ingerência das políticas públicas atipicamente por um poder – o judiciário – em face de outro que o executaria de forma típica – o executivo. Essa constatação traz inquietações, porquanto uma proeminência de atuação de um poder não especializado em questões alheias afetará o equilíbrio e harmonia na condução societário pelo Estado. Esse movimento societário pode ser justificado pela violação paulatina da reciprocidade justificadora de um Estado politicamente organizado, conforme demonstrado ao longo dos tópicos antecedentes.

Essa perspectiva indica o quanto é louvável e crucial uma atuação mais certa das decisões judiciais na questão apontada, de modo que se mantenha incólume a valorização dos primados constitucionais. O deslocamento da função típica dos administradores e legisladores para a seara do judiciário de forma despreparada ocasionará distorções que, apesar de buscar a salvaguarda dos direitos fundamentais, poderão se apresentar enviesadas e novamente violar

²⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação ao legislador*. 2. ed. Coimbra, Coimbra: Almedina, 2001, p.75.

outros valores pertencentes ao núcleo essencial de toda a coletividade. Esse desfecho desembocará no agravamento da ideia ventilada de empobrecimento ilícito social, porquanto distorções de políticas públicas, ainda que derivadas de decisões judiciais, afetarão o acesso aos direitos fundamentais numa projeção societária e alimentará a mercantilização nesse setor pela iniciativa privada, um dos efeitos mais sensíveis do empobrecimento ilícito social.

Atento a esse problema aqui ilustrado, o presente tópico pretende examinar e identificar alternativas inovadoras àquela estrutura tradicional do Poder Judiciário dentro daquele rol de instrumentos judiciais disponíveis no contexto pátrio atual. Busca-se garantir a judicialização da política de forma mais equânime e estabilizada, uma vez que o judiciário tem se apresentado a restabelecer o sinalagma das obrigações assumidas pelo Estado no contrato Social.

Em inúmeros casos apreciados pelo judiciário na questão, flagrou-se uma adjudicação individual de bens públicos - tratamento médico, remédios, educação, moradia, assistência social, etc. -, sob o discurso aparente de acesso aos direitos prestacionais de natureza fundamentais, que veio a culminar em “indisfarçável injustiça com a multidão dos excluídos do país”, conforme afirma Ricardo Lobo Torres.²⁵⁵

É um fato que o judiciário é convocado a reequilibrar o sinalagma em que, de um lado encontra-se o Estado que não vem exercendo a reciprocidade que tem como efeito imediato o enriquecimento ilícito do Estado versus o empobrecimento ilícito da sociedade. Nesse cenário, sublinha-se que o órgão judicial é chamado pelos interessados a assumir esse papel de garantidor da efetivação dos direitos e apreciar as demandas que lhe são apresentadas e tem como enfoque de discussão dois pontos mais vagos e metafísicos do direito: “a reserva do possível e o mínimo existencial”, o que dificulta a devida cognição do julgador.

3.1. Especialização do judiciário e efetividade processual

Estudos empíricos indicam que, geralmente a parte – componente societário - que busca a prestação jurisdicional, formula seu pedido apoiando-se no instituto do mínimo

²⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 127-128.

existencial em contra partida o Estado se defende com fulcro na reserva do possível²⁵⁶. Deste modo, diante desses dois contrapontos é que o magistrado tem que lidar para conceder ou não a tutela pretendida.

Assim, colocado nesses termos, uma decisão equivocada que decida com base na reserva do possível, apesar da previsão no contrato social, pode ser acertada ou, o que não é desejado, incrementar o enriquecimento ilícito do Estado ao afirmar que ele não está compelido a garantir os direitos constitucionais. De outra forma, uma decisão apoiada no mínimo existencial que não detenha maiores critérios objetivos, de igual forma, pode fomentar o empobrecimento ilícito social, porquanto afetará o orçamento estatal destinado ao cumprimento das cláusulas do contrato social. Logo, sustenta-se a necessidade de criação das varas de políticas públicas, especializadas para que o magistrado possa lidar melhor com esses dois conceitos tão vagos e possa proferir sua decisão de forma mais acertada.

Destarte, essa problemática se mostra perceptível “quando o mínimo existencial aparece mesclado com os direitos sociais, como acontece no campo das prestações da saúde”, ensina Torres²⁵⁷, em que é flagrante a precariedade na distribuição deste direito de natureza essencial. O que leciona essa doutrina é que “a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais”²⁵⁸.

Consequência disso é que, apesar de não constar o direito à saúde no rol de direitos individuais ou coletivos do art. 5º da CF, mas sim no art. 6º do mesmo diploma – que trata dos direitos sociais -, há no art. 5º a pronúncia do direito à vida. Como a vida e a saúde se entrelaçam de modo inevitável - por exemplo, na aquisição de um determinado remédio ou tratamento médico de um paciente em estado grave -, vê-se que os recursos públicos podem ser drenados da saúde do art. 6º - da tutela social – para a vida do art. 5º - num viés individual. Logo, decisões pulverizadas por juízes das varas de fazenda pública ou até de varas cíveis, numa ótica molecular, tem o condão de deturpar a consistência de justiça que se aguarda do judiciário.

²⁵⁶ O mínimo existencial consiste num grupo de direitos essenciais para uma vida digna. Reserva do possível pode ser compreendida como sendo uma limitação fática e jurídica oponível a realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de cunho prestacional (NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 621-623).

²⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito à saúde, o mínimo existencial e a Defensoria Pública*. *Revista da Defensoria Pública*, Ano 1, n.º 1 - jul./dez. 2008, p. 274.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 274.

Na prática a realidade indica a insistência do Judiciário brasileiro pela adjudicação de bens considerados de natureza pública ao revés de determinar forma impositiva à implementação de políticas públicas adequadas para fins de garantia daquele rol de direitos sociais, o que de forma indireta saciariam os direitos individualizados. Essa dinâmica fatalmente tem levado à predação da renda pública pelas elites²⁵⁹, em que pese entendimento da lavra do STF reconhecendo que “o direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”²⁶⁰, conforme já tangenciado no parágrafo anterior.

Isso decorre da concepção equivocada que se formou no cenário jurídico em torno do instituto da “reserva do possível”, que tem sua origem naqueles países que concedem maior concretização de direitos essenciais à vida, o que se apresenta bem contrário ao flagrado no Brasil, porque basicamente a pretensão de todos os cidadãos brasileiros seria melhor atendida “à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos”.²⁶¹

Nessa seara da abordagem podemos inferir que a intervenção do Judiciário com as políticas públicas, inevitavelmente ao invés de erradicar a pobreza e a desigualdade social como é preitado pelo texto Constitucional, tem criado no panorama da sociedade atual distorções que conduzem inevitavelmente ao fenômeno que aqui se debate, do enriquecimento ilícito do Estado em detrimento do empobrecimento ilícito da sociedade.

O contexto dos direitos deficientemente prestados pelo Estado indica com clareza que os processos das demandas que tenham como enunciado as prestações de políticas públicas devem tramitar com a devida celeridade processual, direcionados pela política constitucional estampada no contrato social brasileiro. Essa possibilidade merece via especial de tramitação por varas especializadas. Quiçá, seria prudente mesmo sugerir que as matérias inerentes ao campo das políticas públicas seguissem rito próprio, dada à complexidade de seu conteúdo, com vista em possibilitar que a atuação do judiciário seja a mais precisa possível, evitando-se desta maneira a extrapolação dos limites que afetariam o desempenho do executivo com os direitos fundamentais.

²⁵⁹ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harbard University Press, 2004, p. 16.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR,RE 271286 Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, Acórdão Eletrônico DJ 24-11-2000 PP-00101 Ement Vol-02013-07 PP-01409) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>>. Acesso em: fev.2016.

²⁶¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Op.cit.*, p. 275.

Desta feita, apoiado na tendência emergencial, é oportuno concluir pela necessidade imediata desse ambiente propício a decisão desse porte do magistrado, por intermédio dessas varas especializadas, para que “possam colocá-lo a par da situação financeira do ente federativo e das necessidades da pessoa, e ter elementos para garantir, na medida do possível, a plenitude dos direitos fundamentais tutelados na demanda judicial”, como afirma Vianna.²⁶²

A questão deste tópico é de extrema relevância, em consequência das repercussões e em virtude das inúmeras situações que são levadas ao judiciário na busca de solução de concretização de direitos via políticas públicas, que deveriam se equacionar por outros meios, notadamente por atuação do executivo. A isso os juristas têm entendido como a judicialização das relações sociais, que é entendido pela submissão ao Poder Judiciário de quaisquer questões outrora resolvidas em outras fontes típicas, sobretudo pelo poder tradicional ou meios administrativos.

Via de regra, a concepção que se colhe da doutrina de “judicialização das relações sociais” corresponde à entrega de matéria sensível na condução de provimentos executivos estatais para tutela do Poder Judiciário, utilizando-se de medidas de proteção a direitos fundamentais que estejam sob ameaça de lesão e que já sofreram lesões, que deveriam receber igual solução pelo poder típico.²⁶³

Com a crescente reivindicação de fornecimento de direitos fundamentais, a judicialização da política pública se intensificou ao longo dos anos no processo evolutivo social a partir da instituição do *Welfare State*, o que ocasionou o aumento da invasão do Estado em questões sociais, espaço em que o ente estatal se manteve por muito tempo afastado.²⁶⁴

Nessa perspectiva, vislumbra-se a hipertrofia do judiciário desacompanhada de maturidade para lidar com a questão, porquanto pego de assalto nesse chamado. Já é momento de superar essa atuação devida ou indevida, porquanto é uma realidade desenhada pela jurisprudência, o que torna necessário uma reavaliação do papel do Poder Judiciário enquanto

²⁶² VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149.

²⁶³ Cf., WACHELESKI, Marcelo Paulo; MEDEIROS, Clayton Gomes de. Judiciário interventivo, acesso à justiça e a judicialização das relações sociais. *Revista da AJURIS*, v. 41 – n.º 136, Dezembro 2014, pp. 321-323.

²⁶⁴ GABRICH, Frederico de Andrade; SILVA, Rogerio Luiz Nery da. *Autonomia privada, regulação e estratégia*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/h0yx9ly1/CEhV4NE6oSTQE6gp.pdf>>. Acesso em: fev. 2016.

ente regulador que ora se apresenta, viabilizado pelas varas especializadas de políticas públicas.

Essa inflexível autonomia e alargamento do direito na política, com abrangência de temas como economia, família, escola, consumidor, meio ambiente e o mundo das relações do trabalho é que se verifica a judicialização das políticas públicas²⁶⁵, em que há uma “patológica colonização do mundo da vida que se veria enredado na malha de um processo de juridicização, do que resultaria uma cidadania passiva composta de clientes da ação administrativa do Estado”. Logo, a sociedade se limitaria em provocar o judiciário e aguardar as decisões que conduziram a ação da administração pública, o que esvazia a função administrativa e o próprio direito.

Esse entendimento justifica de igual forma, a necessidade de uma atuação segura do judiciário em matérias afetas às políticas públicas. O direito perderia com sua identidade. Essa perda de feição do direito advém em razão da contínua dependência da sociedade por sua tutela para dirimir seus conflitos de naturezas mais diversas.

A atuação das varas de políticas públicas, na ótica do que ensina a doutrina de Luiz Roberto Barroso, ao comentar o controle de constitucionalidade na sistemática brasileira, deve levar em consideração “que a jurisdição constitucional tem servido bem à causa, de uma maneira geral”. Isso, segundo ele “se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização recente, como no caso do Brasil, onde o amadurecimento democrático ainda se encontra em curso” e a passos lentos, ao enfrentar reminiscência de preeminência do Executivo, o que indica um campo favorável para a aparição do judiciário afeta às questões do Estado²⁶⁶.

Nessa seara, a harmonização das varas de políticas públicas deve se pautar em diálogo dos diversos atores envolvidos na questão, o que somente poderia ocorrer com maior desenvoltura em vara apropriada, ainda que o magistrado venha a exercer atuação contra majoritária, desde que afinada com o contrato social brasileiro, na tentativa de se privilegiar um reordenamento das políticas públicas voltadas ao social e, em difíceis casos, houvesse a

²⁶⁵ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. *Revolução processual do direito e democracia progressiva. A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 340

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. In LOUREIRO, Priscila Félix Silva; FREITAS, Andre Vicente Leite de. *Jurisdição constitucional: ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal face as omissões legislativas*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39948/jurisdiacao-constitucional-ativismo-judicial-do-supremo-tribunal-federal-face-as-omissoes-legislativas>>. Acesso em: fev.2016.

possibilidade de concessão de direitos individualizados, após uma devida apreciação do atendimento ao mínimo existencial de forma criteriosa, a impedir os impactos prejudiciais no orçamento público. A decisão de uma vara de política pública, seja em favor da administração, do direito social ou ainda individual ou coletivo, deve ser pautado na melhor ótica da democracia²⁶⁷ adornada pelos contornos compensatórios da escola igualitarista.

Essa atuação é reforçada e indissociável do judiciário em oportunidades que a sociedade vive uma “desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral”²⁶⁸. Esse quadro impõe ao judiciário o papel de substituir a via majoritária e faça-se incluir a observação ao contrato social brasileiro redigido pelo legislativo e não ou mal cumprido pelo executivo, isso quando não se cogita de pautas negativas das casas legislativas em que há a primazia de interesses corporativos.²⁶⁹

Uma atuação acertada do poder judiciário faz-se imprescindível, uma vez que eventuais desajustes agravará a insatisfação acumulada na sociedade em face dos outros poderes, o que poderá representar as últimas tentativas democráticas e cidadãos para a efetivação do sinalagma no contrato social. Decisões que imponham o desgaste da máquina²⁷⁰ terão efeitos negativos tanto no discurso de quem procura o judiciário como dos outros poderes, o que ocasionará desequilíbrio da simbiose social.

Inúmeros são os casos que evidenciam o relevante papel desempenhado pelo Poder Judiciário para a consolidação do regime democrático de direito no âmbito nacional. No entanto, as distorções atualmente apontadas devem ser sanadas, sob pena de arrematar as violações ao contrato social já evidenciada ao longo da presente pesquisa. Existem graves distorções a serem corrigidas por este poder. Sobre o assunto a doutrina traz que:

Os indivíduos que vão ao Judiciário postular algum bem ou serviço em matéria de direitos fundamentais nem sempre serão representantes das classes menos favorecidas da sociedade. As necessidades destes, como regra, não chegam aos Tribunais e nem são ouvidas pelos juízes. Nesse contexto, o que se pode verificar é

²⁶⁷ COSTA, Lucas Sales da. *Teoria dos diálogos interinstitucionais e interpretação constitucional*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33583>>. Acesso em: fev. 2016.

²⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia, e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Fortaleza: Mimeo, 2011, p. 07.

²⁶⁹ PEREIRA JUNIOR, Jose Aldizio. *O poder judiciário e a sua função constitucional: algumas reflexões*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49027&seo=1>>. Acesso em: fev. 2016.

²⁷⁰ *Idem*.

um deslocamento de recursos das políticas públicas gerais – que em tese, deveriam beneficiar os mais necessitados de forma direta – para as demandas específicas daqueles que detêm informação e capacidade de organização.²⁷¹

Essa percepção doutrinária evidencia uma atuação equivocada do judiciário na matéria de políticas públicas. A título ilustrativo alguns dados corroboram essa afirmação. Exemplo interessante ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, em que uma reportagem escrita por Fernando Teixeira relata que “o governo está vivendo uma nova fase da disputa judicial pelo fornecimento de remédios não disponibilizados pelo SUS”²⁷².

Segundo dados divulgados pelo artigo, o Estado acumula no judiciário cerca de 20 mil ações de requerimento por medicamentos constantes do rol dos remédios considerados de “alto custo”. As despesas com ordens judiciais e o processamento das ações “saltaram de R\$ 11 milhões no ano de 2005, para 30 milhões nos anos seguintes, um crescimento bem considerável”²⁷³. Será que esse passivo milionário do Estado foi concedido pelo judiciário aos demandantes de forma criteriosa, numa visão panorâmica e bem compreendida nos efeitos que podem assolar tentativas de implementação de direitos sociais?

Outro caso ocorreu no Estado do Mato Grosso, em que remédios de necessidade essencial à vida duvidosa são fornecidos pelo Estado. Trata-se de fornecimento de estimulantes sexuais em determinada política pública denominada “Pinto Alegre”, desenvolvida no Município de Novo Santo Antônio.²⁷⁴

Outro caso relevante é o que acontece no Estado de São Paulo, em que cerca de cem pessoas são portadoras da doença de *gaucher*²⁷⁵ e há a concessão gratuita de remédios pelo Estado. Sabe-se que estes tratamentos custam ao erário, por pessoa, aproximadamente US\$ 9.620 por mês e o custo por ano atinge a cifra de US\$ 10 milhões. Pode-se entender haver

²⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *Revista de Direito do Estado*, ano 01, nº 03, p. 34.

²⁷² CREMEPE. *Governo do RS sofre bloqueios de conta para custear medicamentos*. Disponível em: <<http://cremepe.org.br/2007/02/12/governo-do-rs-sofre-bloqueios-de-conta-para-custear-medicamentos/>>. Acesso em: fev.2016.

²⁷³ RICCIARDI, Emerson. *Governo do RS sofre bloqueios de conta para custear medicamentos*. Disponível em: <http://cvirtual-economia.saude.bvs.br/tiki-read_article.php?articleId=154>. Acesso em: fev.2016.

²⁷⁴ PRAVDA.RU. *Projeto "Pinto alegre" ganha adeptos em Mato Grosso*. Disponível em: <<http://port.pravda.ru/science/21-11-2006/13954-allegrepi-0/>>. Acesso em: fev.2016.

²⁷⁵ PORTAL BRASIL. *Doença que afeta baço, fígado e formação óssea, dentre outros sintomas*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2014/09/sus-vai-oferecer-novo-remedio-para-tratamento-da-doenca-de-gaucher>>. Acesso em: jan.2016.

incoerência do Estado em privilegiar um grupo em detrimento da coletividade, sobretudo porque, esse valor, conforme anota Silva “seria suficiente para ajudar 250 mil pessoas por ano no combate à fome endêmica de algumas regiões do país”.²⁷⁶

Essas questões apresentadas certamente seriam melhor apreciadas num ambiente especializado, como a vara de políticas públicas, até porque a concentração de demandas poderia ampliar a discussão de atores, como médicos, técnicos de saúde, pacientes, ministério público e agentes públicos dentre outros em um único momento, em que seria possível, por exemplo, agregar possibilidades otimizadas, como buscar um maior desconto no fornecimento da medicação junto aos fornecedores em face de um grupo de demandantes, como os acometidos na doença de *gaucher*. Seria possível, nessa hipótese, a concentração de demandas num único processo, em razão de matéria comum. Esse possível desfecho viabilizaria tanto os doentes minoritários como a compensação social em virtude dos que dela necessitam majotariamente, como ocorre no caso das pessoas que suportam fome endêmica, o que consagraria as linhas igualitaristas da constituição, e não sustentaria um discurso meramente utilitarista.

As distorções de valores entre o que é realmente é essencial à vida e maximização da dignidade da pessoa humana não estariam sob o pálio dos desacertos dos membros do Judiciário, por não atuarem em vara especializada, mas evidenciaria modo mais harmônico com a gestão pública e o orçamento estatal.²⁷⁷

À guisa de exemplo, pode-se traçar um paralelo com as varas de entorpecentes das varas criminais, que repercutiu na atuação do judiciário nas matérias penais; as varas de famílias desmembradas das varas cíveis ou varas de execuções de títulos extrajudiciais desmembradas das varas cíveis que tornaram mais específico a análise dos casos postos ao judiciário.

Hodiernamente as decisões do Poder Judiciário que determina o Poder Executivo adotar medidas para implementar os direitos constitucionalmente assegurados a todos têm sido recorrentes, como atesta o crescente número de ações propostas pelo Ministério Público na busca de ações envoltas às doenças graves, disponibilização de vagas em escolas de ensino

²⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 597.

²⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 09-11.

fundamental ou creches, entre outros direitos que visivelmente não estão sendo efetivados pelo Estado.

No Brasil, os dados que foram trazidos a lume em linhas anteriores apontam a necessidade de um olhar especializado sobre a questão por intermédio de varas de políticas públicas, que possibilitaria tratamento particularizado e mais específico das matérias dessa ordem. A necessidade de proteção aos direitos fundamentais de forma plena requer do Estado uma postura integrativa que priorize a atuação do magistrado focado numa área específica dentro dessa política emergente da judicialização das políticas sociais.²⁷⁸

A despeito da política dos direitos fundamentais, a justiça tem um papel essencial de devido reequilíbrio do sinalagma advindo do contrato social brasileiro. O tratamento de matérias específicas nas varas especializadas impõem prioridade à apreciação do caso pela função jurisdicional do Estado, capaz de trazer pacificação social e, de igual forma acarretar maior celeridade nos processos e atendimento especializado²⁷⁹, porquanto as demandas não entrariam em concorrência com o rol de atribuições já exercidas numa vara de fazenda pública ou cível.

Um ambiente especializado para o trato dessas matérias municiaria o magistrado de maior cognição para enfrentar o pleito de direitos fundamentais nos casos concretos, ocasião em que invariavelmente é necessário discernir com propriedade as razões evocadas com base na reserva do possível ou mínimo existencial, matérias com cunho de subjetividade acentuada.

A concepção original dada ao instituto da reserva do possível não se revela “um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico - indutivo e empírico” afirma Novelino²⁸⁰, “não se consideram fundamentais da pessoa”²⁸¹. Diante disso, evidencia-se como o olhar do julgador deve estar sensível para alcançar o entendimento acertado nas demandas entre Estado e componentes societários na busca da reciprocidade estabelecida no contrato social do estado brasileiro. Por encerrar um conceito heurístico, a reserva do possível evocada deve deter carga maior de cognição, para não haver negação da

²⁷⁸ COSTA, Ana Paula Lemos. *Varas especializadas em crimes praticados contra a criança e o adolescente: possibilidades e limites da ação na defesa de Direitos*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/7VarasEspecializadas.pdf>>. Acesso em: fev. 2016.

²⁷⁹ COSTA, Ana Paula Lemos. *Op.cit.*, p. 01.

²⁸⁰ Cf., NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 621.

²⁸¹ *Idem*.

real intenção normativa de um estado de *welfare*. Não pode se perder de vista que o fim das exações exercidas pelo Estado é justamente promover seu funcionamento alinhado com suas diretrizes normativas, logo, uma vez certificado no caso concreto, de forma exaustiva, a falha do serviço estatal, esta deve ser imposta nos limites do acordado socialmente.

O STF, por exemplo, já se posicionou em perspectiva social em detrimento de demanda individualizada na discussão em torno da “suspensão da inclusão de cirurgia de mudança de sexo no âmbito do SUS”²⁸², relativo àquelas cirurgias da classe de transexuais, quando estatuiu “o respeito aos limites fáticos do orçamento público as questões de ordem coletiva e não individualizadas”, vejamos parte de seu relatório:

Verifico, ainda que, para a imediata execução da decisão impugnada no presente pedido de suspensão, será necessário o remanejamento de verbas originalmente destinadas a outras políticas públicas de saúde, o que certamente causará problemas de alocação dos recursos públicos indisponíveis ao financiamento do SUS no âmbito nacional.²⁸³

Essa abordagem evidencia a preocupação da relatora com os possíveis desequilíbrios orçamentários, o que exige do magistrado juízo de certeza, notadamente por pertencer à uma esfera de decisão com efeitos diretos sobre o bem vida. Um erro nesse *decisium* revelará toda a fragilidade que há na efetivação dos direitos fundamentais no poder judiciário, tido como último poder de apelo. Fomentará, ainda, a transferência de garante de direitos do Estado para o setor privado e incentivará o empobrecimento ilícito social. Apesar da preocupação de “realocação de recursos públicos, agora comprometidos com a pulverização de demandas judiciais de prestações sociais e/ou jusfundamentais que vão ancorando o sistema judicial”²⁸⁴, é imprescindível que o julgador detenha cognição suficiente para concluir se essa pulverização de fato acomete as forças orçamentárias ou se trata de retórica de defesa. Essa análise certamente seria melhor desenvolvida se o julgador tivesse sob sua análise uma concentração de demandas em perfil parecido, o que lhe traria números condensados e facilitaria seu alcance cognitivo numa visão sistêmica.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF suspende decisão sobre inclusão de cirurgia de mudança de sexo no SUS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=79721>>. Acesso em: fev.2016.

²⁸³ *Idem*.

²⁸⁴ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 38.

Ponto relevante que se considera servir para identificar esta pertinência da necessidade criação das varas especializadas em políticas públicas, senão dizer até mesmo de um rito próprio a essas questões, é a garantia de acesso à justiça de todos que tem seus direitos negados ou precariamente prestados pelo Estado, bem como proteger uma classe de pessoas que poderia ser afetada pela realocação de recursos orçamentários.

Indubitavelmente a presença de um Poder Judiciário intenso e preciso em suas decisões estimula o desenvolvimento de uma sociedade democrática e se revela eficaz para um melhor funcionamento de seus órgãos políticos e conseqüente harmonização social, alinhada às expectativas do contrato social estipulado em determinado Estado. Há a valorização dos primados constitucionais, capaz de assegurar com integralidade a ordem social e a prevalência dos direitos fundamentais da pessoa, haja vista que estes representam uma força enérgica para a resolução dos conflitos pela imposição da norma a partir da instauração do processo judicial apoiado na especificidade do julgador com a matéria, como se opera naqueles casos em que já existem as varas especializadas como as de execuções penais e da infância, por exemplo.

De certa feita as análises acerca dessa temática da judicialização das relações sociais no Brasil têm seu enfoque que vai além do direito²⁸⁵, afinal um homem não politizado deixa de representar o conceito de cidadania e tem seu caminho direcionado à alienação ou escravidão, ainda que num âmbito moderno. A busca de implementação de políticas públicas na via do judiciário se apresenta como uma ferramenta de não alienação, uma possibilidade nova e dinâmica de provocar o debate político de aplicação dos recursos e fidelidade à carga política estabelecida na constituição, deflagradas por aquele que justifica o poder: o povo. As varas de políticas públicas estariam não sob uma bandeira polarizada, mas sim sob a bandeira da nação representada por seus anseios e perspectivas estatuídas em seu contrato social, o que seria uma fonte de transformações sociais alinhadas ao pacto estatal de gênese social. Seria a evocação de um poder do Estado que, em última análise é único e justificado em nome de um ator: o povo.

Essa análise da criação das varas de políticas públicas pode ser interpretada como acesso à justiça, uma via de concretização de direitos fundamentais, um mecanismo à serviço da sociedade, na busca de previsões constitucionais relacionadas à saúde, educação,

²⁸⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

assistência social, entre outros. O alcance de um processo judicial apoiado no justo não se dará tão-somente pela lei, mas acima de tudo pela prestação adequada da tutela e sua acessibilidade, com enfoque na norma constitucional conferida a todos.

Nessa toada, o que se contempla é que essa discussão ainda não possui espaço apropriado no direito pátrio para a provocação e cognição judiciária das demandas afetas às políticas públicas. É preciso desmitificar a possibilidade de o judiciário se posicionar sobre política, afinal a constituição traz inúmeras previsões que devem ser adotadas por atuação politizada do Estado e, sendo certificado o afastamento dessas orientações constitucionais, deve sim o próprio Estado, seja por intermédio de sua função judiciária, trazer as ações estatais de volta aos trilhos já posicionados no contrato social.

Desta forma, com vistas em criar mecanismos de tutela de direitos ao propor a criação de uma instância judicial de políticas públicas, a sociedade vislumbrará e terá opções de provocar casos em que entende haver vulnerabilidade das pessoas, o que permitirá a integração sistêmica dos poderes, provocação de equipes externas ao meio jurídico - como as multidisciplinares - e uma sensibilidade que a justiça comum tem capacidade de imprimir aos órgãos estatais responsáveis pela concretização das políticas. Somente aqueles magistrados capacitados cognitivamente num ambiente especializado poderão explorar todo seu potencial de entrega da justiça se envolvidos num ambiente especializado para trato da questão.

Diante da diversidade que marca a praxes do Judiciário, a criação de varas especializadas em políticas públicas se apresenta como um mecanismo acertado na seara da garantia dos direitos individuais, porque empresta maior credibilidade ao julgador que prioriza um rol mais limitado de matéria e isso lhe permite emprestar maior referência às decisões proferidas.

Essa possibilidade vai ao encontro das noções de Habermas sobre a função moderna do Direito, que escapa à dimensão meramente metafísica. Isso é possível por intermédio de uma comunicação prontamente estabelecida, que pode ser muito bem exercida por intermédio de uma vara de políticas públicas. Essa vara especializada seria um reforço entre a facticidade e validade²⁸⁶, porquanto demonstraria que o direito se impõe no mundo fático das políticas públicas com maior propriedade e é capaz de efetivar ou condenar o Estado, caso este não esteja exercendo sua função prevista no contrato social de forma injustificada. Essa fuga da

²⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

metafísica atribuída ao direito moderno refletiria no enfrentamento da discussão entre reserva do possível e mínimo existencial, dois argumentos dotados de alta carga de subjetividade que precisam ser desmitificados. Seria alcançável uma relação estabilizadora entre os componentes societários que busca o reequilíbrio do sinalagma e o Estado que deve promovê-la no limite de sua possibilidade. Haveria possibilidade de êxito das duas partes, o que validaria uma relação estabilizadora no sistema social de um Estado e representaria o valor democracia de forma praticamente exaustiva.

3.2. Varas de políticas públicas: *cognição judicial apurada na tentativa de reequilibrar o sinalagma*

É notório que as transformações operadas dentro do ordenamento jurídico brasileiro nas últimas décadas, que foram oportunas para promover as mudanças do paradigma da administração da justiça, trouxe um inflacionamento de demandas no Poder Judiciário e fomentou com isso a necessidade de novas técnicas de gerenciamento das questões judiciais, como a exemplo da implantação de varas especializadas.

O Poder Judiciário, responsável pela aplicação do direito, entra em cena porque é demandado, seja pelo cidadão, seja pelo Ministério Público ou a própria fazenda, porquanto reverbera a teoria constitucional contemporânea, o que dá vivacidade às garantias fundamentais e as concede aplicabilidade imediata, o que permite inclusive o questionamento da condução de políticas públicas.²⁸⁷

Tal se amolda exatamente ao conceito de judicialização que foi deixado por Barroso ao discursar sobre judicialização, na qual se alcança a ideia de que matérias típicas da política detém decisão final no poder judiciário. Contudo, não há possibilidade de dizer que determinada questão vai ser alcançada de forma final no poder judicante, até porque nada impede que políticas públicas sejam revitalizadas e venham a superar entendimentos jurisprudenciais. Nem mesmo a declaração de inconstitucionalidade dá termo às normas constitucionais, porquanto nada impede que a casa legislativa venha a reeditar a norma.²⁸⁸

²⁸⁷ SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179-215.

²⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n.º 1, Uberaba: UNIUBE, 1998, p. 13.

O autor acima ainda diz que há transferência de poder. Nesse ponto também se questiona essa afirmação, porquanto, na linha desse trabalho, entende-se que o poder é uno e os poderes são meras ficções jurídicas que tornam didática a administração estatal.²⁸⁹ Logo, não se entende como transferência de poder, mas sim atuação de um poder especializado nos limites de sua competência²⁹⁰. Seja de um ponto de vista, ou de outro, há lastro doutrinário suficiente para endossar a dimensão do tema, o que indica a necessidade de especialização do judiciário nessa esfera de julgamento.

A teoria da separação dos poderes sublinhada em tópico antecedente depara-se aqui com uma evidente transformação nas limitações entre as funções dos poderes públicos, o que torna possível haver um novo formato de Estado, com a “transferência” para a seara do Poder Judiciário o que anteriormente era definido em outras instâncias. Temas dentro do rol das políticas públicas, como saúde e educação, por exemplo, são julgados que tem se apresentado constantemente nos tribunais e tem desafiado a cognição sumária dos julgadores afetados por varas que tratam de temas díspares. Raciona-se aqui que são estes os casos em que o judiciário nessa nova faceta da judicialização deve se propor a enfrentar de forma especializada. Certamente os critérios que indicariam quais demandas devem ser direcionadas para as varas de políticas públicas não será tarefa simplória, como não o é a fixação de um dano moral. Contudo, não por isso se deve pensar que não seria viável, até porque a discussão é patente e as demandas aportam o judiciário diariamente. Um bom passo seria a categorização de demandas afetas às obrigações de fazer ou dar em que o réu fosse o Estado no que tange implemento de direitos fundamentais.

Assim a Judicialização das políticas públicas pode ser compreendida de certa forma como um fenômeno de cunho político, social, bem como jurídico em que se observa a crescente expansão da atuação do Poder Judiciário sobre esferas outrora adstritas apenas ao espaço político-partidário ou ao cenário individual.

A intervenção do judiciário pode ser considerada alinhada à harmonia da divisão de poderes. Visualiza-se notoriamente uma atuação segura do judiciário para enfrentar temas considerados polêmicos no que seria devido ou não se praticar em nome das políticas públicas, como o caso do programa “Pinto Alegre”, instaurado no estado mato-grossense, o

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 4, n.º 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. *Idem*.

²⁹⁰ *Idem*.

qual determinou distribuição de estimulantes sexuais para homens com mais de 60 anos²⁹¹. Esse programa instituído pelo órgão executivo daquela unidade federativa, aprovado pela câmara municipal, se tornou uma verdadeira comédia. A turma sexagenária do município aderiu bem a esse programa, contudo vários desenlaces ocorreram, o que demonstraram a total falta de racionalidade e otimização dessa política pública instaurada. Num primeiro momento, 68 idosos se cadastraram, mas a procura pelos remédios superara as expectativas. É possível que o remédio passou a ser comercializado pelos participantes do programa, ou, talvez, os cadastrados, agora mais ativos, começaram a desenvolver relacionamentos extraconjugais. A prefeitura sugeriu, então, que os remédios fossem distribuídos às esposas, o que foi rejeitado de plano pelos senhores participantes.

Passo, seguinte, a prefeitura resolveu fazer palestrar para “conscientizarem” as esposas a se relacionarem sexualmente com seus maridos, o que vai dando contornos cômicos à situação. Determinado participante do programa obteve efeitos prolongado do remédio estimulante e procurou o prefeito para que este o ajudasse, afinal, o único médico do município era clínico geral e, para resolver esse possível efeito em outros senhores, foi necessário ao município contratar um cardiologista. Os gastos da prefeitura com esse programa rondam doze mil reais por mês, o que a princípio, foge a qualquer razoabilidade, em razão da carga axiológica que o estímulo buscado, para a classe alvo, não pode estar em grau de comparação com outras questões relacionadas à saúde, como a desnutrição infantil ou outra dessa natureza.

No caso em tela, a atuação do judiciário na condução de uma política pública menos canhestra certamente viria bem a calhar, afinal, os critérios de razoabilidade e proporcionalidade da política pública adotada é altamente questionável no caso em destaque, quando se entende a busca pelo bem comum e universalidade dos direitos fundamentais, sobretudo em razão de um orçamento municipal.

A mesma atuação poderia ser bem-vinda no caso dos acometidos com a doença de Gaucher em São Paulo. O custo por indivíduo monta a cifra de US\$ 9.620 por mês, atingindo a cifre de dez milhões anuais. Caso se destinasse essa quantia para a fome, uma média de 250

²⁹¹ PRAVDA.RU. *Projeto "Pinto alegre" ganha adeptos em Mato Grosso*. Disponível em: <<http://port.pravda.ru/science/21-11-2006/13954-allegrepi-0/>>. Acesso em: ago. 2015.

mil pessoas seriam beneficiadas²⁹². No entanto, o foque somente nos números remonta um discurso utilitarista, o qual não é adotado no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda assim, as varas de políticas públicas teriam melhores condições e ferramentas para buscar uma equalização das necessidades de muitos e de poucos, afinal o julgador de posse de uma visão ampliada do problema teria cognição mais apurada para harmonizar os interesses díspares de uma sociedade.

Logo, o empobrecimento ilícito social se demonstra mais evidente na alimentação de 250 mil pessoas ou no tratamento de uma centena de beneficiários do referido programa? Por conta disso, o certo seria alijar os acometidos da doença de gaucher de qualquer tratamento ou atendimento? São questões difíceis de se alcançar, o que justifica de igual forma uma especialização mais apurada do julgado por intermédio de uma vara de políticas públicas.

Ademais, quiçá houvesse um melhor investimento em direitos fundamentais de base, como o relacionado à alimentação, outros gastos advindos da desnutrição - como mortalidade infantil, doenças oportunistas de baixo sistema imunológico, delitos praticados em razão de sobrevivência, conseqüente majoração nos gastos com segurança pública, judiciário ou ministério público, dentre outros – pudessem ser revertidos para atender casos especiais como os portadores da doença de gaucher ou até os senhores que desejam melhorar sua vida amorosa? Logo, é necessário racionalizar e harmonizar a atuação do judiciário com as políticas públicas, no intento de se buscar o melhor uso da máquina pública com conseqüente melhor distribuição de direitos fundamentais, o que contribuiria para a diminuição dos efeitos do empobrecimento ilícito social.

A CF vigente, em seu artigo 2º, indica desde o início da redação constitucional a busca pela harmonia entre os poderes, onde se lê: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²⁹³. Logo, há evidente desarmonia nesse quadro revelado, em que o Executivo sofre baixas orçamentárias, comprometedoras de implementação de direitos sociais em face de decisões judiciais de cunho individual. Sendo assim, é necessário impingir ao judiciário uma conduta harmonizada com a função precípua de cada poder. De modo contrário, a própria administração social

²⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 587-599.

²⁹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

ficará à mercê da ditadura das demandas judiciais, que mal se relacionam com uma política pública adequada de aplicação de recursos, o que implementa justiça no individual e réplicas não desejadas no coletivo.

A experiência de especializações tem se demonstrado eficiente na entrega da jurisdição, como é o caso de varas voltadas para julgamento de crimes contra a criança e adolescente em cinco dos vinte e sete Estados no Brasil.²⁹⁴ Assim, ao se confirmar em a não devolução exigível do sinalagma assinado pelo contrato social do Estado, é que a sociedade se vê compelida a buscar o judiciário para assegurar à prestação dos direitos fundamentais nas varas especializadas de políticas públicas, em que, por se tratar de jurisdição, poderá, ou não ser procedente. No entanto, a satisfação da jurisdição entregue, seja de deferimento ou indeferimento, terá chancela mais autorizada até para a aceitação do resultado processual.

A despeito dessa possibilidade de especialização, a doutrina dá conta de que se trata de um “conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas”. Trata-se segundo este autor, por assim dizer, “de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado”.²⁹⁵

Destarte, pelo comando constitucional formulado com a separação dos poderes destacado em linhas pretéritas foi imposto ao Estado a obrigação de alcançar os desígnios insculpidos em seus objetivos e fundamentos constitucionais. O poder do Estado há que ser exercido segundo particularização de atividades, dentre elas a judiciária, que o cenário que aqui foi apresentado do empobrecimento ilícito, vem reafirmar a garantia de direitos.

Em boa hora são as lições de Bonavides, que com toda sapiência indica que

As formas de expressão do poder estatal são, por isso mesmo, meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser consideradas por si só. O primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado foi o da atividade legislativa, como sendo a preponderante sobre os demais poderes. E, acrescente-se: o segundo dogma, foi o da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas *la bouche de la loi*.²⁹⁶

²⁹⁴ COSTA, Ana Paula Lemos. *Varas especializadas em crimes praticados contra a criança e o adolescente: possibilidades e limites da ação na defesa de direitos*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/7VarasEspecializadas.pdf>>. Acesso em: fev.2016.

²⁹⁵ Apud FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência*. Revista USP, n.º 21, março/abril/maio de 1994, p. 14.

²⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.

Logo, a ideia de que o judiciário seria um intruso em questões evidentemente típicas de outro poder é não entender os poderes de Montesquieu como uma forma didática de o poder uno do Estado se manifestar.

Um ponto importante a se levar em conta nessas linhas é o que os tribunais têm feito em relação à questão da obrigação estatal no fornecimento de tratamento e medicação aos soropositivos. O Supremo Tribunal Federal em análise a muitos julgados reconheceu pacificamente “o dever do Estado de fornecer gratuitamente medicação a portadores do vírus HIV, sob o fundamento de que os poderes públicos devem praticar políticas sociais e econômicas que visem aos objetivos proclamados pelo art. 196 da CF”²⁹⁷. Expresso aí que os os poderes devem se conjugar na consecução das cláusulas do contrato social brasileiro, como o que consta na previsão do art. 196 da CF. Reforça-se, assim, a ideia aqui lançada de que as políticas públicas não teriam a melhor atuação e resposta aos casos se continuadas nas varas de fazenda ou cíveis.²⁹⁸

Nesse contexto, o posicionamento mais representativo em relação a utilidade das varas especializadas e favoráveis a atuação do judiciário em questões afetas às políticas públicas foi apresentado na ADPF 45-9²⁹⁹:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto — consoante já proclamou esta Suprema Corte — que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir,

²⁹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: jan.2016. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 668.722-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 27-8-2013, Primeira Turma, DJE de 25-10-2013.) e RE 271.286-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: fev.2016.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9 – Distrito Federal Relator: Min. Celso de Mello, DJ data-04/05/2004, p. 00012 Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: fev.2016.

de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado" (STF, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 745.745 MINASRTJ 175/1212-1213, Rel.Min. CELSO DE MELLO).³⁰⁰

O ventilado acima vai ao encontro com a ideia da necessidade de que o Judiciário intervenha imediatamente no controle de políticas públicas, ao se observar alguns requisitos - segundo afirmado por Grinover³⁰¹ - que são os seguintes "(i) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (ii) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (iii) a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações reclamadas".

Este esforço de buscar atualização do judiciário no contexto das políticas públicas, que venham a conferir utilidade, celeridade e instrumentalidade à análise das questões envolvidas à prestação de direitos fundamentais, dá sustento à divisão das matérias a serem julgadas pelas varas de políticas públicas. Devem-se seguir critérios que permitam a devida especialização proposta, tal como a natureza de cada direito reclamado com ênfase no instituto do mínimo existencial.

Frente a isso tudo que foi textualizado é oportuno refletirmos sobre essa configuração de um judiciário mais contemporâneo e adequado às exigências sociais que vai chancelar a concretização daquele rol de direitos sociais prescrito pelo texto Constitucional.

Em contribuições a respeito da atuação do poder judiciário nessa ótica apresentada, cabe destacar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) já se inclinou favorável para implantação de varas destinadas ao trato das demandas de saúde³⁰², o que já indica a percepção de segmentos civis na necessidade de se acertar os julgamentos em questão tão ligada às políticas públicas.

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A G .REG. no recurso extraordinário com agravo 745.745. Minas Gerais Relator: Min. Celso de Mello Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: fev. 2016.

³⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito..* Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: fev.2016.

³⁰² OAB – CONSELHO FEDERAL. *OAB apoia criação de varas especializadas em direito à saúde.* Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25689/oab-apoia-criacao-de-varas-especializadas-em-direito-a-saude>>. Acesso em: jun.2015.

O art. 333 do NCPC sofreu veto por pedido formulado pela Advocacia-Geral da União e teve como razões o argumento de que a demanda individual poderia ser convergida em ação coletiva de modo não criterioso, o que poderia ir contra a vontade individual de se ver uma demanda particular sofrer toda a sorte de uma ação coletiva. Justamente esse modo de pensar tem sido aplicado de modo questionável em matéria de políticas públicas, onde se busca privilegiar os litigantes individuais em detrimento do coletivo.

Como já dito outrora nestas linhas, o coletivo uma vez em ordem provavelmente oportunizaria a sociedade em apresentar menos contendas individuais, porque antes de tudo, o individual está inserido numa amplitude social. A evocação do direito à vida – direito individual por excelência – em enlace necessário com a saúde – direito de categoria coletiva – tem causado um dos pontos críticos de enfrentamento de questões afetas às políticas públicas. Esse artigo vetado dotaria o juízo de vara de políticas públicas de ferramental precioso para concentrar demandas pulverizadas individuais que fulminam o orçamento público, quando em melhor hipótese ao menos desafia a certeza de que não o fariam. Sustentou-se, ainda, que o incidente de demandas repetitivas afastaria a necessidade da concentração de demandas do art. 333 do NCPC vetado.³⁰³

A implementação de vara de políticas públicas tem como um dos argumentos principais a possibilidade de ampliar a cognição do julgador, ao lidar de forma distinta com as inúmeras demandas que versam sobre políticas públicas e buscam, em última análise, reestabelecer o sinalagma do contrato social brasileiro. Logo, a concentração de demandas facilitaria a visualização do impacto que os inúmeros processos moleculares causariam ao bom andamento do Executivo, o que remonta a ideia do art. 333 do NCPC vetado. O incidente de demandas repetitivas constante do art. 976 do NCPC não detém mesma propriedade, porquanto somente sinalizará o entendimento dos tribunais em demandas que nem chegarão ao seu conhecimento, a não ser na questão central destacada no incidente. Com isso, a dificuldade que as demandas pulverizadas causam no poder Executivo permaneceriam, uma vez que julgado o incidente, cada juiz aplicaria a decisão emanada de forma individualizada numa demanda que não lhe traria uma visão holística da matéria.

³⁰³ CONSULTOR JURÍDICO. *Leia as razões dos sete vetos de Dilma Rousseff ao Novo CPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/leia-razoes-sete-vetos-dilma-rousseff-cpc>>. Acesso em: fev.2016.

Essa ideia de tornar a visão do julgador global, como apresentada por Humberto Fernandes de Moura³⁰⁴, reforça a necessidade da criação de varas de políticas públicas, veja-se:

Reunindo todos aqueles que busquem o mesmo bem da vida em face de uma determinada política pública, o juiz teria condições para avaliar de maneira global a referida questão, podendo, com melhor conhecimento de causa, estabelecer verdadeiro diálogo institucional com o Poder Executivo. Da parte do Poder executivo, este poderia expor com maior abrangência a justificativa pela escolha de determinada opção técnica daquela política pública, bem como indicar o impacto econômico da decisão, por exemplo. Com isso, estará sob a responsabilidade do juiz a avaliação da decisão judicial tendo em conta o real ou potencial impacto da decisão no orçamento público e nas escolhas previamente feitas pelo Poder Executivo.

De fato, para lidar com previsibilidade dos efeitos que acarretam a judicialização da política, faz-se mister que uma cognição ampla detenha condições de orientar melhor a capacidade de jurisdição estatal. Seria possível, ainda, dotar o juízo de discernimento para que se estabelecesse uma prioridade entre as diversas demandas que aportassem a vara especializada.

Entende-se assim que trazer a lume a proposta de criação dessas varas especializadas para o debate é um modo de superar antagonismos e dicotomias outrora sublinhadas. É procurar ser mais efetivo no projeto de uma cultura em que a alegação de violação à separação dos Poderes disciplinada pelo texto constitucional não pode ser endosso à anêmica jurisdição na matéria.

Pela sistemática jurídica brasileira atual, o Judiciário se trata de um dos poderes que tem natureza relativamente autônoma. Isso se dá porque este poder apresenta de um lado o que se pode qualificar de “um superpoder”, pela ótica do jurista Rennan Faria Krüger Thamay. Essa afirmativa repousa na ideia de que o judiciário tem dentro de sua competência o dever de “julgar e tornar sem efeito atos da Administração e até para julgar e declarar inconstitucionais as próprias leis que é chamado a aplicar”³⁰⁵. Lembra o mesmo autor que apresenta-se, noutra banda, um subpoder, porquanto “é organizado pelo Legislativo e deve obediência à lei. É sobretudo pelo poder de reformar a Constituição que se afirma a primazia

³⁰⁴ MOURA, Humberto Fernandes de. *Ativismo judicial e a coletivização de ação individual*. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/03/2012_03_1551_1578.pdf>. Acesso em: fev.2016.

³⁰⁵ THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Judiciário: independência e (ou) subordinação à lei?! Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/02/05/judiciario-independencia-e-ou-subordinacao-a-lei/>>. Acesso em: fev.2016.*

do Congresso Nacional”³⁰⁶. Logo, há aí potencialidades que não devem ser descartadas pelo Estado, mas sim utilizadas e otimizadas pela melhor exploração desse poder.

Como já se anteviu, repisa-se que o Estado e os poderes que os representa estão categoricamente subordinados à lei e seus dispositivos, sendo certo que o exercício do Poder Judiciário no contexto atual encontra seu respaldo para “os fins que os juízes precisam afanosamente descobrir e buscar”³⁰⁷, por essa razão que as varas especializadas assumem papel importante no resguardo do rol de direitos fundamentais.

De fato a judicialização hodiernamente não se apresenta como uma escolha do Judiciário contemporâneo, mas deriva de uma necessidade atual frente a esse modelo institucional vigente cuja tendência retrata um modelo estatal que compromete a garantia dos direitos fundamentais pela comprovada violação do sinalagma presente no contrato social brasileiro.

Mas de qual forma essas denominadas varas de políticas públicas poderiam ser implementadas? Imperioso identificar a competência para a criação das varas especializadas é do próprio órgão judiciário segundo afirmação da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha quando diz que “O Poder Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas”³⁰⁸.

No entanto, destaca-se que está em trâmite na Câmara o Projeto de Lei n.º 8.058/2014³⁰⁹, com o intuito de tratar da atuação do judiciário em questões afetas às políticas públicas pelo Judiciário. Pelo conteúdo normativo do referido projeto deve seguir a ideia aqui dissertada apoiada em princípios de proporcionalidade e razoabilidade, da justiça social e garantia do mínimo existencial, com vistas em criar essas varas especializadas.³¹⁰

³⁰⁶ *Idem.*

³⁰⁷ *Idem.*

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF julga constitucional especialização de varas do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88918>>. Acesso em: fev. 2016.

³⁰⁹ CAMARA DOS DEPUTADOS. PL 8058/2014. Projeto de Lei. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>> Acesso em: fev.2016.

³¹⁰ Art. 2º. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais: I – proporcionalidade; II – razoabilidade; III – garantia do mínimo existencial; IV – justiça social; V – atendimento ao bem comum; VI – universalidade das políticas públicas; VII – equilíbrio orçamentário. CAMARA DOS DEPUTADOS. PL 8058/2014. Projeto de Lei. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>> Acesso em: fev.2016.

Nesse sentido, há entendimento do CNJ, assim como a OAB, de implementação de varas que apreciem demandas que versem sobre o direito à saúde. Com a decisão acerca dessa proposta, o CNJ vai sugerir aos tribunais que magistrados se especializem nas atuais varas da Fazenda Pública.³¹¹

A própria Constituição Federal - em seu Capítulo III, Do Poder Judiciário, Seção VIII -, que trata da organização da justiça, estabelece a competência dos tribunais, na dicção do art. 126, para propor a criação de varas especializadas para dirimir conflitos de ordem fundiários. Isso reflete a eficiência buscada na prestação jurisdicional, por intermédio do alcance de outras matérias, assim como se impõe as políticas públicas.

Ainda que o Projeto de Lei n.º 8.058/2014 não seja aprovado em seu trâmite legislativo, se mostram lançados argumentos que justifiquem a criação das referidas varas, ainda que por iniciativa dos próprios tribunais, ainda que se dependa de um rito processual civil. No mínimo, a concentração de demandas já auxiliaria em muito a perspectiva de amplitude de cognição judicial.

Diante disso é oportuno sublinhar a relevância da adoção de uma forma de Estado mais contemporâneo e voltado realmente à garantia da realização e promoção de direitos fundamentais, nomeados doutrinariamente como sociais, alterando assim a função singular do Poder Judiciário para abarcar questões que até outrora não eram de sua competência num formato mais voltado as questões na ordem das políticas públicas.

Enfim, do contexto é possível facilmente absorver que as responsabilidades sociais para efetivar diametralmente os direitos fundamentais sociais e todas normas constitucionais dependem de pronta organização social, o que auxiliará no combate ao empobrecimento ilícito social apontado.

Essa responsabilidade do Poder Judiciário mencionada alhures foi em tempos mais remotas profetizada por Karl Loewenstein, para quem “o dogma da separação de Poderes

³¹¹ BALIARDO, Rafael. *CNJ recomenda especialização de varas de saúde*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-06/cnj-recomenda-criacao-varas-especializadas-acesso-saude>> Acesso em: fev.2015.

deve levar em conta uma nova divisão tripartite, a saber: a definição da política, a execução da política e o controle da política”.³¹²

Apregoa-se que este novo papel do Judiciário que foi sugerido quando indicado a criação das varas especializadas em políticas públicas faz do judiciário um órgão de controle da atuação do Estado em sua função de garantidor dos direitos. Assim o é quando vem compelir que se cumpra compulsoriamente aquela sua obrigação de prestar saúde, educação e outros direitos essenciais a todas as pessoas e de forma integral, que devem se apresentar no Estado contemporâneo, senão haverá a chancela do judiciário para a confirmação do fenômeno do enriquecimento ilícito do Estado às custas do empobrecimento ilícito social, o que pode ser traduzido como um retorno moderno ao estado de natureza.

³¹² LOEWENSTEIN. Karl. *Teoria de la Constitucion*. 2ª ed., trad. Alfredo Gallego Arrabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 62.

CONCLUSÃO

Restou demonstrada a existência de um contrato social brasileiro consistente na norma constitucional e seus permissivos legislativos, o qual estampa as cláusulas existentes entre Estado e sociedade. Essa relação firmada entre essas partes remonta uma reciprocidade, ou sinalagma, a qual sustenta o contrato social pátrio, porquanto atende às expectativas capazes de superar o esforço de contribuição para a formação de um Estado.

Em momento seguinte, ao se demonstrar os deveres atribuídos ao Estado desafiados por índices desfavoráveis de consecução de prestação de serviço público, demonstrou um enriquecimento ilícito estatal, porquanto o Estado se beneficia de uma esfera de obrigações executadas pela sociedade – a sociedade deve observar obrigações estabelecidas em normas jurídicas, notadamente a tributária -, mas não realiza a contraprestação de sua parte no contrato social. Com isso, o estado detém em seu patrimônio jurídico constante obrigação sendo executada, mas não devolve o sinalagma justificador para tanto.

Uma vez detectada essa violação ao equilíbrio atinente às ideias formadoras e justificadoras do sinalagma social brasileiro, os observadores do direito devem ser sensíveis à questão, por apontar uma anomalia na figura secular das justificativas que envolvem o conceito do contrato social, adornado pela escola igualitarista.

O panorama de escassez de devolução de obrigação estatal fomenta e estimula um garante de direitos fundamentais que tem se tornado protagonista, o mercado privado, destacado nas pesquisas com perfil crescente e abrangente com superação de fornecimento daquele que se propôs e justificou sua formação: o Estado. Desse novo rearranjo de gênese de direitos fundamentais, sobrepõe-se em importância uma crescente e desenfreada mercantilização de direitos fundamentais, a qual não está circumspecta aos princípios consagrados dos direitos fundamentais, como acessibilidade e universalidade, porquanto guiados tão somente pela lógica da possibilidade de pagamento do cliente, não mais da pessoa. A dignidade humana, a partir de então tem, agregado ao seu valor o preço em dinheiro numa nuance comercial.

Esses são os elementos que justificam a proposta e ideia fixa de que ocorre nesse momento a ideia de um empobrecimento ilícito social, outra face da moeda do

enriquecimento ilícito estatal, ou seja, o cidadão dispõe de sua esfera patrimonial, seja em razão do dinheiro direcionado às exações, seja em face de obrigações representadas por um fazer ou não fazer que tem como destinatário o Estado, mas não recebe em contrapartida as obrigações convertidas em segurança e justiça representadas na garantia e fornecimento do esperado no contrato social brasileiro, tudo conforme as cláusulas delineadas desse acordo.

Passo seguinte, a sociedade passa a buscar o reequilíbrio desse sinalagma abalado junto à um dos poderes estatais que até o momento não deteve tamanho protagonismo: o judiciário. Esse movimento lança novos desafios e questionamentos, afinal não se trata do poder com ferramentas mais adequadas de solucionar a questão no paradigma estabelecido na divisão tripartite de poderes. Contudo, é fato que, apesar de não ser o poder por excelência atribuído à questão, também é fato que o judiciário tem sido conclamado a decidir inúmeras questões atinentes às políticas públicas, conforme vasta jurisprudência.

Logo, ainda que não sendo o mais indicado a reestabelecer o sinalagma advindo do contrato social, notadamente por não ser representante político direto da sociedade que exerce a prerrogativa de representação por intermédio do voto, sugere-se, nesse trabalho, que a cognição do judiciário deve ser abordada da melhor forma a preservar a harmonia e independência entre os poderes o que exige especialidade, alcançável pela proposta de implementação e atuação de varas de políticas públicas.

Apesar da espécie que pode ser causada no leitor, e inúmeras críticas em mais uma especialização da justiça, deve-se ter em mente a característica genética da sociedade atribuída ao seu dinamismo. A sociedade muda, se transforma, retorna, avança ou regride, a depender das conjugações históricas e fatores casuísticos, tendo como apoio na sua caminhada as ciências, sejam exatas ou sociais, que auxiliam a tarefa de viver. Nessa perspectiva, as varas de políticas públicas se encaixam perfeitamente, ao se apresentarem como possível ferramenta auxiliar de arranjo das novas tarefas atribuídas ao judiciário que mantenham incólumes princípios consagradores da formatação do Estado, que podem ser resumidos na isonomia preocupada com as compensações bem retratadas num estado social democrático de direito, é o cerne do nosso atual paradigma de convivência societária.

REFERÊNCIAS

ABRINQ. *Apenas 22,6% das crianças brasileiras de 0 a 3 anos têm vaga em creche*. Disponível em: <<http://www.fundabrinq.org.br/noticias/apenas-22-6-das-criancas-brasileiras-de-0-a-3-anos-tem-vaga-em-creche>>. Acesso em: jan.2016.

ABSEG. *Segurança privada é o triplo do efetivo de policiais civis, militares e federais*. Disponível em: <<http://www.abseg.org.br/acontece/noticias/seguranca-privada-e-o-triplo-do-efetivo-de-policiais-civis-militares-e-federais/>>. Acesso em: jan.2016.

ACADEMIA. *Mercantilização de direitos fundamentais e o potencial regressivo das decisões judiciais*. Disponível em: <https://www.academia.edu/8696233/MERCANTILIZA%C3%87%C3%83O_DE_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_E_O_POTENCIAL_REGRESSIVO_DA_S_DECIS%C3%95ES_JUDICIAIS>. Acesso em: jan.2016.

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Coleção Del Rey Internacional. n.º 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALISSON, Elton. *Políticas de inclusão atreladas apenas ao vestibular são insuficientes, aponta pesquisador*. Disponível em: <http://agencia.fapesp.br/politicas_de_inclusao_atreladas_apenas_ao_vestibular_sao_insuficientes_aponta_pesquisador/18592/>. Acesso em: jan.2016.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10823>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ARGÔLO, Diêgo Edington. *A Constituição simbólica no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43520&seo=1>>. Acesso em: jan. 2016.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BALIARDO, Rafael. *CNJ recomenda especialização de varas de saúde*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-06/cnj-recomenda-criacao-varas-especializadas-acesso-saude>> Acesso em fev.2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. A constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *Revista de Direito do Estado*, ano 01, nº 03.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 4, n.º 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

_____. *Constituição, democracia, e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Fortaleza: Mimeo, 2011.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. In LOUREIRO, Priscila Félix Silva; FREITAS, Andre Vicente Leite de. *Jurisdição constitucional: ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal face as omissões legislativas*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39948/jurisdiacao-constitucional-ativismo-judicial-do-supremo-tribunal-federal-face-as-omissoes-legislativas>>. Acesso em: fev.2016.

BAXI, Upendra. *O Estado de Direito na Índia*. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, Ano 04, n.º 06, São Paulo, 2007.

BERTI, Flávio de Azambuja. *Pedágio. Natureza jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 13.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOING, Alexandra Crispim; BERTOLDI, Andréa Dâmaso; POSENATO, Leila Garcia; PERES, Karen Glazer. *The influence of health expenditures on household impoverishment in Brazil*. *Rev Saude Publica*. 2014 Oct; 48(5): 797–807. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4211571/>>. Acesso em: jan.2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *O estado liberal*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Lei Nº 10.257 - de 10 de Julho de 2001 - DOU DE 11/7/2001. Estatuto da Cidade. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2001/10257.htm>> Acesso em fev.2016.

BRASIL. Lei Nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987/cons.htm>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. *MPF/RJ derruba reajuste de pedágio na rodovia BR-040*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-derruba-reajuste-de-pedagio-na-rodovia-br-040>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Resolução CONAMA no 9, de 3 de dezembro de 1987 Publicada no DOU, de 5 de julho de 1990, Seção 1, página 12945 Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>> Acesso em fev.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\('RESP'.clas.+e+@num='417804'\)+ou+\('RESP'+adj+'417804'.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(('RESP'.clas.+e+@num='417804')+ou+('RESP'+adj+'417804'.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1297938/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 11/04/2013, DJe 17/04/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1488639/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 753.565/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/03/2007, DJ 28/05/2007, p. 290). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1366337 RS 2012/0132465-9, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Publicação: DJ 30/04/2015. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184882570/recurso-especial-resp-1366337-rs-2012-0132465-9>> Acesso em jan.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A G .Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 718.547 Rio de Janeiro Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp? docTP=TP&docID=4373805](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4373805)>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A G .Reg. no Recurso Extraordinário 593.734, Minas Gerais. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=TP&doc ID=1878634](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&doc ID=1878634)>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A G .REG. no recurso extraordinário com agravo 745.745. Minas Gerais Relator: Min. Celso de Mello Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 800, Rio Grande do Sul. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP& docID=6274991>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9 – Distrito Federal Relator: Min. Celso de Mello, DJ data-04/05/2004, p. 00012 Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: fev.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR,RE 271286 Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, Acórdão Eletrônico DJ 24-11-2000 PP-00101 Ement Vol-02013-07 PP-01409) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base= baseAcordaos>>. Acesso em fev.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no AREsp 297.506/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE 595.129/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU, 03 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 Divulg 14-09-2011 Public 15-09-2011 Ement Vol-02587-01 PP-00125. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 710075, AgR / RJ - Rio de Janeiro. AG.REG. No recurso extraordinário com agravo. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 05/03/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurispruden>

cia.asp?s1=%28ARE+710075%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ha9y8dr>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE: 761127 AP, Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 24/06/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJE-158 Divulg 15-08-2014 Public 18-08-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadoipub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4291294>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271.286-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: fev.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 668.722-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 27-8-2013, Primeira Turma, DJE de 25-10-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 716777 RS, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 09/04/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJE-091 Divulg 15-05-2013 Public 16-05-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3796664>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp 1068731/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/02/2011, DJE 08/03/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 223 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie (Presidente), Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008, DJE-070 Divulg 08-04-2014 Public 09-04-2014 Ement VOL-02726-01 PP-00001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF julga constitucional especialização de varas do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88918>>. Acesso em: fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF suspende decisão sobre inclusão de cirurgia de mudança de sexo no SUS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=79721>>. Acesso em: fev.2016.

BRASIL. Tribunal de contas da União. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.783029, 20120111792945APC, Relator: Alfeu Machado, Revisor: Leila Arlanch, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/04/2014, Publicado no DJE: 05/05/2014. P.: 128). Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.895819, 20130111639603RMO, Relator: Nídia Corrêa Lima, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/09/2015, Publicado no DJE: 02/10/2015. Pág.: 131. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.904794, 20150020206156MSG, Relator: Roberval Casemiro Belinati, Conselho Especial, Data de Julgamento: 03/11/2015, publicado no DJE: 10/11/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.896325, 20150020214135AGI, Relator: Flavio Rostirola, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/09/2015, Publicado no DJE: 01/10/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.875188, 20120110833784APO, Relator: Gislene Pinheiro, Revisor: J.J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/06/2015, Publicado no DJE: 22/06/2015. P. 120. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.898694, 20140111176152APO, Relator: Alfeu Machado, Relator Designado: Fátima Rafael, Revisor: Fátima Rafael, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/09/2015, Publicado no DJE: 09/10/2015. Pág.: 198). Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. APL: 402295220088070001 DF 0040229-52.2008.807.0001, Relator: Leila Arlanch, Data de Julgamento: 18/11/2009, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 25/11/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: jan.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0028955-85.2013.8.19.0000 - Des. Rel. Fabio Dutra, 1ª Câmara Cível - Julgado em: 10/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0085676-30.2008.8.19.0001 - Des. Rel. Valeria Dacheux, 19ª Câmara Cível - Julgado em: 05/08/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0201751-16.2012.8.19.0001 - Des. Rel. Carlos Jose Martins Gomes, 16ª Câmara Cível - Julgado em: 24/02/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. RI: 02472802420138190001 RJ 0247280-24.2013.8.19.0001, Relator: Luiz Fernando de Andrade Pinto, 1ª Turma Recursal Fazendária, Data de Publicação: 28/08/2014.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. Tomo I.

CAMARA DOS DEPUTADOS. PL 8058/2014. Projeto de Lei. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>> Acesso em: fev.2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação ao legislador*. 2. ed. Coimbra, Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CENSO DA EDUCAÇÃO BÁSICA: 2012 – resumo técnico. – Brasília : Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2013. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2012.pdf>. Acesso em: jan.2016.

CINTRA, Guilherme. *Saúde. Saúde: direito ou mercadoria? O direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: UnB, 2008.

CIRANDAS. *Cidadãos comuns governam capital da Índia!* Disponível em: <<http://cirandas.net/deboranunes/blog/cidadaos-comuns-governam-capital-da-india>>. Acesso em dez.2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CNI. *Publicações estatísticas*. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/publicacoes-e-estatisticas/estatisticas/2015/09/1,42615/pesquisa-cni-ibope-avaliacao-do-governo.html>>. Acesso em dez.2015.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. revista e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSULTOR JURÍDICO. *Leia as razões dos sete vetos de Dilma Rousseff ao Novo CPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/leia-razoas-sete-vetos-dilma-rousseff-cpc>>. Acesso em: fev.2016.

COSTA, Ana Paula Lemos. *Varas especializadas em crimes praticados contra a criança e o adolescente: possibilidades e limites da ação na defesa de direitos*. Disponível em <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/7VarasEspecializadas.pdf>>. Acesso em: fev.2016.

COSTA, Carlos José de Castro. *O discurso de ordem, a racionalidade e o imaginário social contidos no Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5a23ed9882ba5a66>>. Acesso em: jan. 2016.

COSTA, Lucas Sales da. *Teoria dos diálogos interinstitucionais e interpretação constitucional*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33583>>. Acesso em: fev. 2016.

COX, Paul N., ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 15 Val. U. L. Rev. 637 (1981). Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1592&context=vulr>> Acesso em fev.2016.

CREMEPE. *Governo do RS sofre bloqueios de conta para custear medicamentos*. Disponível em: <<http://cremepe.org.br/2007/02/12/governo-do-rs-sofre-bloqueios-de-conta-para-custear-medicamentos/>>. Acesso em: fev.2016.

DICKSON, Brice. *Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview*. *The Cambridge Law Journal*, Vol. 54, No. 1 (Mar., 1995), p. 100. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4508037>> Acesso em: jul.15.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Direito civil brasileiro. Teoria geral do direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, V. I.

Disponível em: <<http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/pagecurrent/9FA0AA8E8D261FC48025765C0042F6B3?opendocument&l=en>>. Acesso em: jul.15.

Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.supremecourt.ie%2Fsupremecourt%2Fsclibrary3.nsf%2F\(WebFiles\)%2FB151EE8F39AB3A7D8025765E003B76F7%2F%24FILE%2FMurphy%2520v%2520AG_1980.rtf&ei=a0yYVY2EGoOu-QHW067IBw&usg=AFQjCNGzfFaFSNauxVJW5h7Iz-ZEPf7RA&sig2=HjR5Ezxe4ooM8DklNVI3TA](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.supremecourt.ie%2Fsupremecourt%2Fsclibrary3.nsf%2F(WebFiles)%2FB151EE8F39AB3A7D8025765E003B76F7%2F%24FILE%2FMurphy%2520v%2520AG_1980.rtf&ei=a0yYVY2EGoOu-QHW067IBw&usg=AFQjCNGzfFaFSNauxVJW5h7Iz-ZEPf7RA&sig2=HjR5Ezxe4ooM8DklNVI3TA)>. Acesso em: jul.15.

Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>>. Acesso em: jul.15.

E-LAWRESOURCES.CO.UK. *Fibrosa Spolka v Fairbairn* [1943] AC 32. Disponível em: <<http://www.e-lawresources.co.uk/Fibrosa-Spolka-v-Fairbairn.php>>. Acesso em: jul.15.

ENEM. *Exame Nacional do Ensino Médio*. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/enem/enem_por_escola/2014/Sistema_Enem_2014.xlsm>. Acesso em: jan.2016.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do welfare state. *Revista Lua Nova* n.º 24, São Paulo, Sept. 1991. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451991000200006>>. Acesso em: jan.2016.

FEDERAÇÃO DOS CONTABILISTAS DOS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO, ESPÍRITO SANTO E BAHIA. Impostos levam 41,3% da renda; 5 meses de trabalho Disponível em: <<http://www.fedcont.org.br/boletim/229.pdf>>. Acesso em: dez. 2015.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS. Mais vigilantes do que policiais nas ruas do Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.fenapef.org.br/fenapef/noticia/index/45320>>. Acesso em: jan.2016

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, n.º 21, março/abril/maio de 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direito humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FGV – NOTÍCIAS. *Pesquisa da DIREITO GV avalia satisfação da população com a polícia*. Disponível em: <<http://fgvnoticias.fgv.br/pt-br/noticia/pesquisa-da-direito-gv-avalia-satisfacao-da-populacao-com-policia>>. Acesso em: jan.2016.

FGV – SÃO PAULO. Centro de Pesquisas Jurídicas Aplicadas – CPJA. *Opinião dos policiais brasileiros sobre reformas e modernização da segurança pública*. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anexos/pesquisa_opinio_dos_policiais.pdf>. Acesso em: jan.2016.

FGV. FENEP. *Números do Ensino Privado 2013*. Disponível em: <<http://www.fenep.org.br/wp-content/uploads/2014/08/Numeros-do-ensino-privado-20131.pdf>>. Acesso em: dez. 2015.

G1 – ECONOMIA. *Brasil tem IR menor que o da OCDE, mas carga tributária total maior*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/09/brasil-tem-ir-menor-que-o-da-ocde-mas-carga-tributaria-total-maior.html>>. Acesso em: dez. 2015.

G1-DISTRITO FEDERAL. *Policiais se comovem, pagam fiança e fazem compras para ladrão no DF*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/05/policiais-se-comovem-pagam-fianca-e-fazem-compras-para-ladrao-no-df.html>>. Acesso em: jan.2016.

GABRICH, Frederico de Andrade; SILVA, Rogerio Luiz Nery da. *Autonomia privada, regulação e estratégia*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/h0yx9ly1/CEhV4NE6oSTQE6gp.pdf>>. Acesso em: fev. 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, José Cortes. *Curso de derecho natural*. 4. ed. Madrid: Nacional, 1970.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito.. Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1>

969>. Acesso em fev.2016.HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 2002.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harbard University Press, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

IBGE. *Indicadores Sociais*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2013/SIS_2013.pdf>. Acesso em: dez.2015.

_____. *População, residente, por situação de domicílio - Brasil - 2010*. Disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao.html>>. Acesso em: jan.2016.

IBPT NA IMPRENSA. *Brasileiro paga mais imposto em remédio do que em revista e filme adultos. Compare!*. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/1157/Brasileiro-paga-mais-imposto-em-remedio-do-que-em-revista-e-filme-adultos-Compare>>. Acesso em: jan.2016.

IBPT. *Carga tributária brasileira é quase o dobro da média dos BRICS*. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/1443/Carga-tributaria-brasileira-e-quase-o-dobro-da-media-dos-BRICS>>. Acesso em: jan.2016.

_____. *De 30 países, Brasil é o que oferece menor retorno dos impostos ao cidadão*. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/2260/De-30-paises-Brasil-e-o-que-oferece-menor-retorno-dos-impostos-ao-cidadao>>. Acesso em: jan.2016.

IL CODICE CIVILE ITALIANO. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: jul.15.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Censo da educação básica: 2012 – resumo técnico. – Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2013. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2012.pdf>. Acesso em: jan.2016.

JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PORTUGUESES. Disponível em: <<http://jurisprudencia.no.sapo.pt/>>. Acesso em: jul.15.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. 2. ed. trad. Alfredo Gallego Arrabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Constituição Brasileira de 1988: interpretações*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1991.

MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MARX, Karl; ENGELS, Frederick. *The Communist Manifesto. Selected Works, Moscow: Foreign Languages Publishing House, 1962, v. 1.*

MEIRELLES, Hely Lopes. Estudos e Pareceres de Direito Público in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, V. 01.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Vilma Felipe Costa de; COSTA, Saulo Felipe; ARAÚJO, Cletiane Medeiros. Hobbes e Locke: duas propostas políticas para a guerra civil inglesa (sec. XVII). *Problemata - Rev. Int. de Filosofia*. Vol. 02. No. 01. (2011). pp. 196-227. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/problemata/article/view/10815/6200>>. Acesso em: jan. 2016.

MONTEAGUDO, Ricardo. *Contrato, moral e política em Rousseau*. Marília: UNESP, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *The Spirit of Laws*. Kitchener: Batoche Books, 2001. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em: jan.2016.

_____. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução de: Cristina Murachco.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direitos humanos fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: fundamento e técnicas constitucionais da democracia.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas.* 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial.* 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

MOURA, Humberto Fernandes de. *Ativismo judicial e a coletivização de ação individual.* Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/03/2012_03_1551_1578.pdf>. Acesso em: fev.2016.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos.* Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

NADER, Paulo. *Introdução ao estado do direito.* 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa.* 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Marcelo. *Constituição simbólica.* Pernambuco: Martins Fontes, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____. *Direito constitucional.* 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

NUNES, Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OAB – CONSELHO FEDERAL. *OAB apoia criação de varas especializadas em direito à saúde*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25689/oab-apoia-criacao-de-varas-especializadas-em-direito-a-saude>>. Acesso em: jun.2015.

OECD - *Economic Commission for Latin America and the Caribbean/Inter-American Center of Tax Administrations* (2012), *Revenue Statistics in Latin America*, OECD. Disponível em: <http://www.cepal.org/ofilac/noticias/paginas/3/43813/2ed_Rev_Stats_in_LAC_2012.pdf>. Acesso em: jan.2016.

OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de. *Ideais da Igualdade: Um estudo comparativo entre Rawls, Dworkin e Amartya Sen*. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia)- Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

OPINIÃO & NOTÍCIAS. *CFM: 93% dos brasileiros estão insatisfeitos com saúde pública e privada*. Disponível em: <<http://opiniaoenoticia.com.br/brasil/cfm-93-dos-brasileiros-estao-insatisfeitos-com-saude-publica-e-privada/>>. Acesso em: jun.2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em: <http://gamapserver.who.int/mapLibrary/Files/Maps/GenGovExpTotal_2013.png>. Acesso em: jan.2016

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jose Aldizio. *O poder judiciário e a sua função constitucional: algumas reflexões*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49027&seo=1>>. Acesso em: fev. 2016.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PORTAL BRASIL. *Doença que afeta baço, fígado e formação óssea, dentre outros sintomas*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2014/09/sus-vai-oferecer-novo-remedio-para-tratamento-da-doenca-de-gaucher>>. Acesso em: jan.2016.

_____. *SUS registra volume recorde de ressarcimento*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2013/09/sus-registra-volume-recorde-de-ressarcimento>>. Acesso em: jan.2016.

PRAVDA.RU. *Projeto "Pinto alegre" ganha adeptos em Mato Grosso*. Disponível em: <<http://port.pravda.ru/science/21-11-2006/13954-allegrepi-0/>>. Acesso em: fev.2016.

PROFIS. *Programa de formação interdisciplinar superior*. Universidade Estadual de Campinas Disponível em: <http://www.fapesp.br/eventos/2014/01/Excellence/Marcelo_Knobel.pdf>. Acesso em: jan.2016.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Processo e Democracia: do postulado Democrático “povo” à construção da participação através do processo. *Revista Direito & Paz*. Ano XI, n.º 20, Lorena: Pablo Jiménez Serrano, 2009.

RICCIARDI, Emerson. *Governo do RS sofre bloqueios de conta para custear medicamentos*. Disponível em: <http://cvirtual-economia.saude.bvs.br/tiki-read_article.php?articleId=154>. Acesso em: fev.2016.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

_____. *O Contrato Social e outros escritos*. Tradução de Ridendo Castigat Mores. São Paulo: Cultrix, 1995.

_____. *O contrato social ou princípio do direito político*. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo –SP: Escala Educacional (série Filosofar), 2006.

SALGADO, Plínio. *Psicologia da Revolução - Obras completas*. São Paulo: Editora das Américas, 1953, v. 7.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

SESCON/MS. *Brasileiro paga R\$ 26 por dia de impostos*. Disponível em: <<http://sesconms.org.br/brasileiro-paga-r-26-por-dia-de-impostos/>>. Acesso em: dez.2015.

SESVE-SP. *Segurança privada imagem e percepção da sociedade*. Disponível em: <<http://arquivos.sesvesp.com.br/files/downloads/32/cartilhapesquisa.pdf>>. Acesso em: jan.2016.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVEIRA, Fernando Gaiger. *Gasto e consumo das famílias brasileiras contemporâneas*. Brasília: Ipea, 2007.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Kansas v. Nebraska et al. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/126orig_olq2.pdf>. Acesso em: jul.15.

TERRA. *Com festa cercada por polêmicas, Robert Mugabe completa 91 anos*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/com-festa-cercada-par-polemias-robort-mugabe-completa-9-anos.9241dSabO1cab410VgnCLD200000b1bf46dORCRD.html>>. Acesso em: fev. 2016.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Judiciário: independência e (ou) subordinação à lei?!* Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/02/05/judiciario-independencia-e-ou-subordinacao-a-lei/>> Acesso em fev.2016.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Escolas públicas são menos de 10% entre as mil com maior nota no Enem*. Disponível em: <<http://www.todospelaeducacao.org.br/educacao-na-midia/indice/34647/escolas-publicas-sao-menos-de-10-entre-as-mil-com-maior-nota-no-enem/>>. Acesso em: jan.2016

TORRES, Ricardo Lobo. O direito à saúde, o mínimo existencial e a Defensoria Pública. *Revista da Defensoria Pública* - Ano 1 - n.º 1 - jul./dez. 2008.

_____. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n.º 693/2014*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3A4520B48B55D5298AB308B53B4BCD2C.proposicoesWeb1?codteor=1279812&filename=Tramitacao-PLN+13/2014+CN>. Acesso em: jan.2016.

VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. *Revolução processual do direito e democracia progressiva. A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

WACHELESKI, Marcelo Paulo; MEDEIROS, Clayton Gomes de. Judiciário interventivo, acesso à justiça e a judicialização das relações sociais. *Revista da AJURIS*, v. 41 – n.º 136, Dezembro 2014.

WILSON, James Q. e KELLING, George L.. *Broken windows*. Disponível em: <http://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf>. Acesso em: dez. 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traducción de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

ZENI, Bruna Schlindwein. *Contrato social, estado democrático de direito e participação popular*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2834.pdf>. Acesso em: nov.2015.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREITAS, Juarez (org.). *Da responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental*, in: Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006.