



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fábio Cesar dos Santos Oliveira

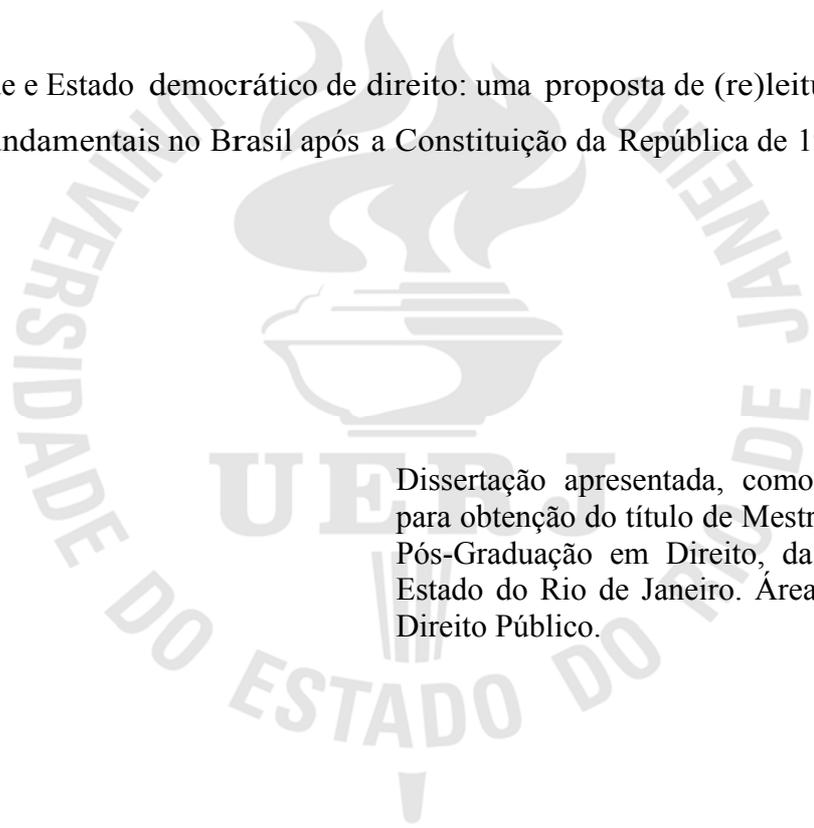
Solidariedade e Estado democrático de direito: uma proposta de (re)leitura  
dos direitos fundamentais após a Constituição da República de 1988

Rio de Janeiro

2009

Fábio Cesar dos Santos Oliveira

Solidariedade e Estado democrático de direito: uma proposta de (re)leitura dos direitos fundamentais no Brasil após a Constituição da República de 1988



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres

Rio de Janeiro

2009

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

O48s

Oliveira, Fábio Cesar dos Santos.

Solidariedade e Estado democrático de direito: uma proposta de (re)leitura dos direitos fundamentais no Brasil após a constituição da república de 1988 / Fábio Cesar dos Santos Oliveira - 2009.  
141 f.

Orientador: Ricardo Lobo Torres.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Solidariedade - Teses. 2. Direitos humanos - Teses. 3. Direito constitucional – Teses. I. Torres, Ricardo Lobo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.414

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Fábio Cesar dos Santos Oliveira

**Solidariedade e Estado democrático de direito: uma proposta de (re)leitura dos  
direito fundamentais no Brasil após a Constituição da República de 1988**

Dissertação apresentada, como requisito parcial  
para obtenção do título de Mestre, ao Programa de  
Pós-Graduação em Direito, da Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração:  
Direito Público.

Aprovado em: 27 de agosto de 2009

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres (Orientador)

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Gisele Guimarães Cittadino

Faculdade de Direito da PUC-RJ

---

Prof. Dr. Daniel Sarmiento

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Fernanda D. L. Lucas da Silva

Universidade Gama Filho - RJ

Rio de Janeiro

2009

## AGRADECIMENTOS

A gratidão é dever de difícil desincumbimento. Se o agradecimento é motivo de alegria, por termos encontrado o amparo desinteressado em jornada árdua, a dívida contraída é impagável. A sorte é ter credores que se satisfaçam com suas bondades. Posso dizer que sou um homem sortudo.

A escolha do tema e as conclusões obtidas ao término da pesquisa são intrínsecas às experiências vividas no exercício da magistratura; agradecer àqueles que colaboraram para a minha formação é um pequeno reconhecimento dos laços de companheirismo que conquistei. Luciana da Veiga Oliveira é juíza federal cuja sombra será o máximo que poderei alcançar. Marcelo Leonardo Tavares foi quem estimulou-me a ingressar no mestrado. Cláudia Maria Pereira Bastos Neiva e José Antonio Lisboa Neiva foram as vozes que mais me auxiliaram quando retornei ao Rio de Janeiro. Agradeço-lhes e aos sinceros colegas que me honraram com suas inteligências e sensibilidades nas discussões que ajudaram a amadurecer as linhas que a dissertação segue.

Sou especialmente grato ao professor Ricardo Lobo Torres por orientar-me no curso de mestrado, tendo sempre compartilhado seu brilhantismo e cultura generosamente. Daniel Sarmento e Maria Celina Bodin de Moraes ofereceram-me valiosas observações para o desenvolvimento desta dissertação. A atenta leitura e as preciosas anotações que fizeram somente confirmam a admiração que tenho por eles: excelentes juristas, educadores notáveis. Ao professor Marcelo Neves, sou grato pelas ricas sugestões que deu às minhas pesquisas na biblioteca da Universidade de Freiburg.

Os professores Luís Roberto Barroso e Gisele Cittadino, em meio a importantes compromissos acadêmicos e profissionais, aceitaram prontamente o convite para participar da banca formada para avaliação deste trabalho. É com sincera gratidão que agradeço suas colaborações.

A demonstração de quão grato sou aos meus amigos excederia os limites de páginas porventura admissíveis a este trabalho. Fico muito feliz por dizer isso: eles bem o sabem. Contudo, não poderia omitir os nomes de Ana Paula Barbosa de Sá e Elisa Costa Cruz que leram e releeram o texto, assim como comentaram-no criticamente. Elfried Kellner auxiliou-me na tradução dos textos em alemão, e mostrou-me, como também já o fez a incontáveis alunos, que aprender pode ser muito divertido.

Minha mãe e minha irmã são indissociáveis a mim. A alegria e a tristeza delas são as minhas; as minhas dores e felicidades são as delas.

Papai, como sinto sua falta e quanto tenho a agradecer-lhe. Conforto-me em saber que você, junto a Deus, “conhece meus caminhos e conta os meus passos”.

## RESUMO

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. **Solidariedade e Estado democrático de direito**: uma proposta de (re)leitura dos direitos fundamentais após a Constituição da República de 1988. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

O estudo tem por objetivo melhor definir a aplicação da solidariedade no âmbito dos direitos fundamentais. Os primeiros capítulos foram dedicados à delimitação do conteúdo jurídico da solidariedade a par das noções de caridade, virtude cívica e fraternidade, bem como à pesquisa de substratos extraídos do liberalismo igualitário que serviram de supedâneo à inserção da solidariedade em contexto de pluralismo próprio ao Estado Democrático de Direito. Em seguida, a dissertação examinou a possibilidade de subsunção da solidariedade às categorias jurídicas de regra, princípio ou postulado e sua repercussão na aplicação dos direitos fundamentais, quando concorrentes pretensões insuscetíveis à realização simultânea em razão da escassez de recursos. A solidariedade foi, então, analisada como mecanismo de proteção à parte mais vulnerável, a fim de que a realização dos direitos fundamentais não seja instrumento para preservação de desigualdades e reforço de exclusão.

**Palavras-chave:** Solidariedade. Direitos fundamentais. Desigualdade. Desvantagem.

## **ABSTRACT**

This study tries to define the enforcement of solidarity in the application of fundamental rights. The first chapters were about the definition of the judicial concept of solidarity in comparison with the notions of charity, civic virtue and fraternity, and also about the research of the liberal fundamentals which support the inclusion of solidarity in the pluralism of the democratic State of Law. After that, there was studied whether solidarity could be classified as a principle, a rule or an hermeneutic parameter and observed its enforcement when a conflict between fundamental rights takes place. Solidarity was, therefore, analysed as an instrument to protect the disadvantaged with the purpose to avoid inequalities.

**Keywords:** Solidarity. Fundamental rights. Inequality. Disadvantage.

## SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO.....   | 09  |
| 1 <b>SOLIDARIEDADE: DISTINÇÕES INICIAIS.....</b>  | 14  |
| 1.1 <b>Solidariedade e responsabilidade cívica.....</b>   | 18  |
| 1.2 <b>Solidariedade e caridade.....</b>  | 23  |
| 1.3 <b>Solidariedade e caridade.....</b>  | 26  |
| 1.4 <b>Solidariedade e pluralidade.....</b>   | 29  |
| 1.5 <b>Solidariedade e conquista de um patamar autônomo.....</b>  | 38  |
| 1.6 <b>Conclusões.....</b>  | 40  |
| 2 <b>BASES TEÓRICAS DA SOLIDARIEDADE.....</b>   | 42  |
| 2.1 <b>O liberalismo igualitário de John Rawls.....</b>   | 43  |
| 2.2 <b>O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin.....</b>   | 51  |
| 2.3 <b>Liberalismo igualitário e igualdade.....</b>   | 61  |
| 2.4 <b>A crítica comunitária ao liberalismo igualitário.....</b>  | 64  |
| 2.5 <b>Conclusões.....</b>  | 70  |
| 3 <b>A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988: A INSERÇÃO DA<br/>SOLIDARIEDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....</b> | 72  |
| 3.1 <b>Solidariedade: valor, princípio, regra ou postulado?.....</b>  | 77  |
| 3.2 <b>Solidariedade e normatividade jurídica.....</b>  | 81  |
| 3.3 <b>Conclusão.....</b>   | 85  |
| 4 <b>SOLIDARIEDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>   | 86  |
| 4.1 <b>Direitos fundamentais: gerações e graus de concretização.....</b>  | 88  |
| 4.2 <b>Solidariedade: princípio hermenêutico para aplicação dos direitos<br/>fundamentais.....</b>                      | 100 |
| 4.3 <b>Conclusão.....</b>   | 104 |
| 5 <b>SOLIDARIEDADE E APLICAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>  | 106 |
| 5.1 <b>Direitos políticos e individuais.....</b>  | 106 |
| 5.2 <b>Direitos sociais.....</b>  | 111 |
| 5.3 <b>Direitos difusos.....</b>  | 121 |
| 5.4 <b>Conclusão.....</b>   | 123 |
| 6 <b>CONCLUSÕES FINAIS.....</b>   | 124 |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>   | 127 |

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República promulgada em 05 de outubro de 1988 foi impulso determinante para a consagração contemporânea das práticas democráticas no Brasil. Ao cabo de três décadas de cerceamento dos direitos políticos, o povo brasileiro se viu maduro para promover a ampliação do rol de direitos fundamentais, a extensão e a universalização de políticas sociais, bem como o fortalecimento das instituições, no âmbito do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, garantes dos espaços necessários ao debate livre de ideias e posições políticas. Embora os avanços experimentados nos vinte anos que se seguiram à sua aprovação não radiquem somente na eficácia dos dispositivos da Carta vigente, é certo que a ampliação e o acesso a bens e serviços públicos cresceram, e passaram a beneficiar, de forma mais ampla, pessoas incapazes de contribuir para seu custeio.

Entre 1995 e 2005, o número de inscritos e beneficiários junto à Previdência Social saltou de 35,8 milhões para 47,1 milhões, a despeito de 37,6 milhões de pessoas, número correspondente a 44,4% da população economicamente ativa, estar em desamparo em relação aos riscos laborais. Outrossim, a esperança de vida média do brasileiro, que já atinge patamar superior aos setenta anos, alcançara-o no começo dos anos 1990 na região sul, enquanto a região nordeste não logrou êxito em obtê-lo até 2005. A disparidade do desenvolvimento nacional é observada de forma mais nítida quando medida a taxa de mortalidade infantil que, em 2005, era de 25,5 em cada um mil nascimentos na região nordeste, proporção próxima ao dobro daquela obtido na sul (13,8 por mil). Entretanto, a distorção não tem feição estritamente inter-regional, uma vez que, a partir dos dados obtidos na pesquisa nacional de atendimento domiciliar de 2004, é possível afirmar que “a taxa de mortalidade infantil em crianças cujas mães tenham menos de três anos de estudo era 1,3 vez mais elevada do que as com oito ou mais de escolaridade”<sup>1</sup>.

As deficiências no acesso à educação refletem-se na taxa de analfabetismo de 10,4%, em 2006 na população de 15 anos ou mais, ao passo que no Chile tal número era de 4,3%, em 2002, e, na Argentina, 2,8% em 2001. Na região nordeste, o número de analfabetos era quatro vezes superior àquele apurado no Sul do Brasil em 2006, observando-se que um quarto da população das áreas rurais do país não sabe ler e escrever, fração cinco vezes maior à

---

<sup>1</sup> Os dados estatísticos e as informações utilizadas foram retirados de AMORIM, Ricardo L. C; CAMPOS, André Gambier; GARCIA, Ronaldo Coutinho (eds.). BRASIL: o estado de uma nação – estado, crescimento e desenvolvimento: a eficiência do setor público no Brasil, 2007. Brasília: IPEA, 2008, p. 151-209.

registrada entre a população urbana<sup>2</sup>. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em publicação de 2007, após destacar os índices ínfimos de desempenho e proficiência escolar dos estudantes brasileiros, foi enfático ao afirmar que:

Se a variável renda não altera significativamente a taxa de frequência ao ensino fundamental, quando se comparam os grupos de maior e de menor rendimentos, o mesmo não pode ser dito em relação à permanência, ao desempenho e à progressão dos estudantes no sistema de ensino, pois os mais pobres apresentam índices de repetência e evasão escolar muito acima dos registrados pelos estratos de maior renda.

Apesar do grande avanço que significou a quase universalização do acesso ao ensino fundamental, na faixa etária de 7 a 14 anos, cuja relevância não pode ser menosprezada, essa conquista não se mantém por muito tempo, posto que somente

53% dos que ingressam nesse nível de ensino logram concluí-lo. Esse processo excludente se estende aos níveis de ensino superiores, de modo que não mais de 37% desse universo obtêm diploma de ensino médio. A deserção, contudo, é diferenciada, atingindo fortemente os mais pobres, que estão mais propensos a abandonar a escola ao longo desse percurso.

Os altíssimos níveis de reprovação, evasão e repetência escolar constituem uma verdadeira chaga nacional, pois além de implicar desperdício de recursos, também, e principalmente, jogam por terra oportunidades de superação da pobreza, redução de iniquidades sociais e, em última instância, comprometem o processo de desenvolvimento do país.<sup>3</sup>

A evolução dos indicadores relacionados aos grupos historicamente alvos de preconceito são igualmente preocupantes. De fato, as desigualdades já enumeradas se somam à constatação de 56% dos entrevistados que - em pesquisa divulgada em 2009, realizada pelo IBOPE e pelo Instituto AVON com o apoio da Secretaria de Proteção à Mulher do Governo Federal do Brasil - apontam “a violência doméstica contra as mulheres como o problema que mais preocupa a brasileira”, sendo que a maioria afirma não confiar “na proteção jurídica e policial à mulher vítima de agressão”<sup>4</sup>.

Em relação às minorias étnicas, as discrepâncias entre os distintos grupos ressoam quando é observado que, em 2001, a elevada taxa de homicídios de homens brancos, entre 20 e 24 anos, era de 102,3 a cada cem mil habitantes, embora para os jovens negros tal número fosse de 218,5 por cem mil. Mais: o Relatório de Desenvolvimento Humano do Brasil em 2005, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, destacou que “ao longo das duas últimas décadas do século 20, a renda per capita dos negros representou apenas 40% da dos brancos. Os brancos em 1980 ainda teriam uma renda per capita 110% maior que a dos negros em 2000”<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> AMORIM; CAMPOS; GARCIA, 2008, p. 209.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 210.

<sup>4</sup> Pesquisa IBOPE/Instituto AVON 2009. Disponível em:

<[http://2000.130.7.5/spmu/docs/pesquisa\\_AVON\\_violencia\\_domestica\\_2009.pdf](http://2000.130.7.5/spmu/docs/pesquisa_AVON_violencia_domestica_2009.pdf)> Acesso em: 20 mai. 2009.

<sup>5</sup> LOPES, Carlos (ed.). Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005. Racismo, Pobreza, Violência. Brasília: PNUD, 2006, p. 110.

A exposição desses números escora a premissa fática utilizada para elaboração da hipótese que é objeto de estudo da presente dissertação. Passados vinte anos da promulgação da Constituição da República de 1988, a aplicação dos direitos fundamentais no Brasil revela equívocos seja quanto ao sujeito seja quanto ao conteúdo das pretensões concretizadas. A crítica ora feita pretende afirmar que, em um país marcado por uma contundente e histórica desigualdade sócio-econômica, o discurso dos direitos fundamentais teria sido, por vezes, empregado para reforçar mecanismos de sobre e subintegração dos indivíduos<sup>6</sup>, permitindo que políticas públicas voltadas à realização desses direitos fossem direcionadas para reforço de uma estrutura excludente, desatenta às necessidades das parcelas hipossuficientes da sociedade. Ao sonegar a proposta de emancipação dos seres humanos, tal forma de aplicação dos direitos fundamentais reitera o individualismo e renega a “inclusão do outro” como critério necessário para se aferir em qual extensão e em que grau os titulares de direitos fundamentais podem reivindicar a efetiva concretização deles.

A hipótese a ser testada questiona se a solidariedade, tal como positivada pelo art. 3º, I, da Lei Maior vigente, pode ser parâmetro empregado a fim de que a aplicação dos direitos fundamentais tenha por relevante uma leitura crítica a propósito dos sujeitos a que se destinam as prestações e o conteúdo das pretensões reivindicadas, particularmente se o seu objeto tiver como desiderato assegurar que os integrantes do Estado Democrático de Direito possam estar em iguais condições de participar do processo de deliberação e de desenvolver os seus distintos projetos de vida livres de qualquer espécie de subordinação ilícita.

A significância do estudo a ser empreendido extrai-se da necessidade de serem definidos parâmetros para que a aplicação dos direitos fundamentais, mormente nas demandas individuais em que se questiona a inconstitucionalidade de omissão estatal, não se torne um exercício casuístico pouco atento às implicações que a tutela pleiteada poderá acarretar quanto ao atendimento dos demais pleitos dirigidos ao Poder Público, tornando mais débil a capacidade de os demais titulares de direito – muitas vezes, incapazes sequer de identificar tal condição - verem reconhecida a possibilidade de igual cidadania.

A pesquisa realizada tomou como baliza alguns dos trabalhos já efetuados sobre solidariedade pela doutrina jurídica nacional e por obras estrangeiras, bem como pretendeu valer-se da experiência extraída do direito comparado. Em uma segunda fase, voltada à aplicação dos direitos fundamentais em decisões judiciais, foi dada maior ênfase à pesquisa prática e à definição de parâmetros para concretização deles.

---

<sup>6</sup> NEVES, Marcelo. Entre têmis e leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhman e Habermas. Tradução do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 253.

O estudo, inicialmente, procurou precisar a noção de solidariedade a ser adotada, o que, a despeito da polissemia própria ao termo, foi realizado por meio da distinção entre acepções já encontradas na doutrina jurídica. Nessa etapa, diferenciou-se solidariedade e responsabilidade cívica, tal como compreendida na antiguidade greco-romana, bem como solidariedade e fraternidade, enquanto laço comum de união entre membros de uma coletividade fundada em vínculos religiosos, culturais ou nacionais<sup>7</sup>. O cotejo entre esses conceitos privilegiou as fontes secundárias e a crítica que lhes é dirigida por autores contemporâneos.

Em um segundo capítulo, foi empreendida uma pesquisa teórica sobre as bases da solidariedade, e a possibilidade de recondução de seu conceito ao liberalismo igualitário. A análise feita não esteve alheia às dificuldades impostas pela pós-modernidade à vigência de uma meta-narrativa comum que possa unificar os diversos interesses vigentes na sociedade.

O terceiro capítulo almeja aliar as premissas teóricas definidas na etapa inicial ao contexto constitucional brasileiro após 1988. Para tanto, foi primeiramente definido se a solidariedade, tal como positivada pelo art. 3º, I, da Constituição da República vigente, deve ser compreendida como valor, princípio ou regra e se tal distinção mostra-se importante para o exame feito na dissertação. A descrição das diferenciações entre regras e princípios para, ao final, sufragar posicionamento favorável à inexistência de critério rígido de classificação baseado estritamente na estrutura normativa ou no recurso a dados metajurídicos é-nos útil para que, ao pesquisarmos o conteúdo da solidariedade em uma perspectiva jurídica - desapegada dos significados correntes de virtude, fraternidade ou caridade - , possam ser definidos os lindes de sua projeção enquanto norma.

O quarto capítulo é dedicado à solidariedade como fundamento para aplicação dos direitos fundamentais, o que exigirá que se delimite o conceito de direito fundamental a ser acatado, bem como se a admissibilidade de distintas gerações de direitos fundamentais permite que lhes sejam estabelecidos graus diferentes de concretização. A assunção da solidariedade como princípio hermenêutico demandará que o aplicador tome como relevante, particularmente nos direitos prestacionais, a escassez de recursos e as múltiplas demandas apresentadas ao Poder Público relacionadas à concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, destacou-se que a possível ignorância sobre a situação jurídico-econômica dos titulares dos direitos fundamentais, cuja realização se pleiteia, é elemento que deturpa a promessa de emancipação que lhes é inerente. O necessário “olhar para o outro” permeia uma

---

<sup>7</sup> BRUNKHORST, Hauke. *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: The MIT Press, 2005. p. 2.

análise crítica sobre a aplicação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, adotando-se como objetos de estudo os direitos de proteção à saúde e ao meio ambiente, à educação e à assistência social, à luz da jurisprudência dominante sobre os temas.

O capítulo quinto é voltado à aplicação da solidariedade, seja como postulado ou princípio, em julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, observando-se os contornos que lhe foram dados pelo legislador federal. A experiência do direito comparado foi utilizada como subsídio à análise da jurisprudência nacional, mormente por serem ainda escassos os julgados nos quais haja a discussão sobre o conteúdo jurídico da solidariedade, tal como consagrada no texto constitucional de 1988.

O desenvolvimento do estudo esteve atento à delimitação da hipótese apresentada, a partir da situação fática já exposta, buscando suporte filosófico e histórico para fornecer coerência às teses lançadas que, ao final, são testadas à luz da aplicação dos direitos veiculados pela Constituição da República de 1988. A relativa novidade do tema, na doutrina nacional, motivou a análise ampla da aplicação da solidariedade no âmbito dos direitos políticos, individuais, sociais e difusos, sem que houvesse prejuízo à adoção de uma linha argumentativa comum confirmada nas conclusões finais.

## 1 SOLIDARIEDADE: DISTINÇÕES INICIAIS

José Saramago, em seu Ensaio sobre a Cegueira, conta a estória da perda progressiva de visão dos seres humanos. Impossibilitados de obterem os meios e os bens necessários à sua sobrevivência, homens e mulheres encontram-se repentinamente imersos em cenário de degradação e miséria até que, ao final, a recuperação do sentido aponta para um novo porvir e a retomada do senso dignidade que havia se esvaído. Nas páginas finais da obra, um dos personagens pergunta a um outro, ante a euforia provocada pelo término do assombro vivido, o que achava daquele momento, tendo sido-lhe respondido: “Penso que não cegamos, penso que estamos cegos, Cegos que vêm, Cegos que vendo, não vêem”<sup>8</sup>.

Ao leitor que não toma como indiferente a passagem transcrita, há que ser indagado por que a sua carga emotiva nos parece tão próxima e por que a realidade ora experimentada remete-nos à experiência de um olhar que não vê. Se a literatura pode melhor traduzir as distintas interpretações do texto reproduzido, o Direito não deve estar alheio a um sentido de visão inerte, obscurecido pela indiferença. A conclusão traz, porém, surpresa.

De fato, as revoluções liberais do século XVIII, que constituíram a matriz do Estado de Direito, continham a promessa de emancipação do ser humano do jugo autoritário, a qual, em seguida, foi renovada pela ascensão do regime democrático e a garantia da igualdade formal e material entre os indivíduos. Aproveitando da metáfora do escritor português, pode-se afirmar que conseguimos reconhecer a nossa capacidade de visão, expressa pelos direitos políticos, individuais e sociais. Entretanto, o sentido, por si, foi insuficiente para a concretização do potencial que deles se esperava<sup>9</sup>. Embora as conquistas obtidas não sejam irrelevantes, os desafios são grandes, mormente por serem o somatório de projetos inconclusos do passado (modernidade) e urgências prementes de um futuro nada distante (pós-modernidade)<sup>10</sup>. A “cegueira” que nos acomete é, no entanto, suscetível a diagnósticos.

<sup>8</sup> SARAMAGO, José. Ensaio sobre a cegueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 310.

<sup>9</sup> “O ethos dos direitos do homem resplandece nas declarações solenes que permanecem quase sempre, e quase em toda parte, letra morta. O desejo de potência dominou e continua a dominar o curso da história. A única razão para a esperança é que a história conhece os tempos longos e os tempos breves. A história dos direitos do homem, é melhor não se iludir, é a dos tempos longos”. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 9.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 230.

<sup>10</sup> Merece transcrição a passagem de arguta análise de Luís Roberto Barroso sobre a idéia de modernidade e a evolução dos direitos no Brasil [“Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”]. In: BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 306]: “O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade.

As declarações de direitos ressentem-se de uma aplicação adequada que possa coadunar o projeto de emancipação que lhes é subjacente com a existência de uma sociedade política cujos membros possuem pretensões lícitas concorrentes, por vezes, insuscetíveis de serem harmonizadas de modo contemporâneo. Cria-se, pois, um conjunto de enunciados despreocupado com uma sintaxe que possa conferir-lhes coerência. Para a resolução de tal incongruência, é preciso elaborar um critério para aferir em qual extensão e em que grau os titulares de direitos fundamentais podem reivindicar a efetiva concretização deles<sup>11</sup>.

Com efeito, as declarações de direitos confrontam situações fáticas que frequentemente impedem a realização simultânea de seus objetos em igual medida. Os direitos, percebidos tão somente enquanto projeções das liberdades individuais, acabam por desnaturar os fundamentos que lhes foram inerentes quando exercidos para reiterar estrutura de iniquidade, autoritarismo e intolerância que com eles é incompatível. Sem correr o risco de emprestar-lhes um conteúdo funcional, é preciso reconhecer que, em uma sociedade extremamente desigual, onde a diferenciação entre licitude e ilicitude não é o código prevalente do Direito, dando margem à interferência política ou econômica em sistema que não lhe é próprio, a efetivação de uma pretensão jurídica nem sempre denota a existência de supedâneo legal ou constitucional que a ampare. O acesso privilegiado aos centros de decisão, de forma obtusa, faz com que a proposta de realização das potencialidades dos seres humanos vertida pelos direitos fundamentais transforme-se em mecanismo de reforço de exclusão e instrumento para perpetuação de disparidades, ao reproduzir o quadro que antes era objeto de combate pelas reivindicações de liberdade e igualdade.

A juridicidade curva-se, então, às situações de desequilíbrio do mundo da vida, na qual alguns titulares de direito valem-se da proteção estatal para consecução de seus objetivos político-econômicos, mas eximem-se dos deveres que lhes são impostos mediante o acesso a formas de metaexclusão que permeiam indevidamente a estrutura de reprodução do ordenamento jurídico. A contrapartida é imediata: para aqueles que conhecem o Estado somente em sua face repressora, a submissão a deveres, obrigações e sanções passa a ser a

---

(ou Estado Liberal), a modernidade (ou Estado Social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa”.

<sup>11</sup> “Our rights talk is like a book of words and phrases without a grammar and syntax. Various rights are proclaimed and proposed. The catalog of individual liberties expands, without much consideration of the ends to which they are oriented, their relationship to one another, to corresponding responsibilities, or to the general welfare. Lacking a grammar of cooperative living, we are like a traveler who can say a few words to get a meal and a room in a foreign city, but cannot converse with its inhabitants.” GLENDON, Mary Ann. *Rights talk: the impoverishment of political discourse*. New York: The Free Press, 1991. p. 14.

nota característica que esmaece a promessa de efetivação dos direitos fundamentais. Em ambas as hipóteses, a cidadania perde em uma sociedade que se traduz concomitantemente por meio de uma sobre e uma subintegração de mulheres e homens em relação ao Direito<sup>12</sup>. Nesse contexto, mesmo os direitos que, em uma primeira e equivocada análise, seriam exauridos pela garantia de um âmbito livre à intervenção estatal, são exercidos de forma assimétrica por seus titulares, sem que isso possa exprimir a realização de projetos de vida distintos livremente escolhidos. Tal como lembram Cass Sunstein e Stephen Holmes, a liberdade de expressão é mais valorizada por quem compra uma dúzia de novas empresas de telecomunicações em comparação àqueles que dormem nas ruas sob as folhas dos jornais<sup>13</sup>.

Sob perspectiva diversa, chega-se ao tempo em que as diferenças que segregam as minorias não são mais tidas como dados a serem ignorados pela sociedade política. Põe-se ao constitucionalismo a tarefa de lidar com desigualdades que não são suplantadas pela redistribuição de bens. Aqueles, que com elas se identificam, buscam, portanto, serem tratados com igual respeito e consideração sem que para tanto seja pago o preço da assimilação à maioria ou aos padrões culturais vigentes<sup>14</sup>. O pluralismo, consectário do liberalismo democrático, é díspar ao não reconhecimento das diferenças, que não pretendem ser derogadas, mas reafirmadas em mesmo patamar de dignidade que desfruta a posição ocupada pela maioria. A diferença fica progressivamente desconfortável em classificações tidas como universais e a construção teórica própria à obtenção de iguais condições econômico-sociais para a promoção da justiça não se amolda a essas exigências. Mulheres, negros, índios, homossexuais não mais querem eliminar o que os distingue. Pretende-se, agora, que o reconhecimento do que os individualiza não seja um demérito.

No entanto, é impertinente ao Direito, enquanto expressão do poder coercitivo estatal, interferir em esfera própria à intersubjetividade ao almejar a criação de uma relação ideal de reciprocidade entre os sujeitos fundada nas balizas psicológicas da formação da identidade. A preocupação jurídica com o reconhecimento visa à supressão de padrões culturais institucionalizados que impeçam a participação democrática paritária entre os seres

---

<sup>12</sup> NEVES, 2006. p. 254.

<sup>13</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: why liberty depend on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 2000. p. 21.

<sup>14</sup> FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange. London: Verso, 2003. p. 7. CITTADINO, Gisele. “Invisibilidade”, Estado de Direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos Melo; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (orgs.). Perspectivas atuais da filosofia do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 163-164.

humanos<sup>15</sup>. Ao Direito cabe a criação de arcabouço que permita que todos se respeitem e sejam respeitados enquanto pessoas dotadas de igual valor moral. Portanto, a sua missão não deve ser imiscuir-se em aspectos internos ao homem no que tange à percepção do outro como um dessemelhante, mas assegurar que tais idiossincrasias sejam incapazes de cercear os direitos e os deveres conferidos aos seres humanos perante seus pares e enquanto membros da sociedade política.

Dos diagnósticos para o mal dos “cegos que vendo, não vêem” extrai-se um elemento comum: a ignorância do “outro”, isto é, do ser humano ao lado, conhecido ou não, como alguém que seja capaz de ser titular e exercer os mesmos direitos que foram-“me” atribuídos e reconhecidos pelo ordenamento jurídico<sup>16</sup>. O exercício de direitos alheio à necessária coexistência de seus titulares denota o desequilíbrio da equação democrática, pois se sobrepõe ao desenvolvimento do seu contraposto indispensável, isto é, saber o que os cidadãos devem uns aos outros individual e coletivamente<sup>17</sup>.

O presente estudo objetiva responder a essas preocupações mediante a pesquisa da noção de solidariedade, como parâmetro de avaliação do exercício abusivo de direitos em contexto de escassez de recursos idôneos ao pronto atendimento das pretensões de seus titulares. O primeiro desafio a ser enfrentado cinge-se à definição do conceito de solidariedade a ser empregado. Não obstante sua raiz remonte à *obligatio in solidum*<sup>18</sup> do Direito Romano, ainda utilizada pelo Direito Civil moderno para designar as hipóteses nas quais em uma mesma obrigação concorre mais de um credor ou devedor, cada um com direito, ou obrigado, à integralidade da dívida (art. 264, do Código Civil), o termo resente-se de delimitação precisa, mormente por sua polissemia permitir que seja facilmente usado para a defesa de bandeiras políticas dos mais distintos matizes.

A correlação entre a solidariedade e a responsabilidade cívica, o senso de dever, a virtude, a caridade e a fraternidade exprime o quão grande é o ônus argumentativo do qual

---

<sup>15</sup> FRASER, 2003. p. 30.

<sup>16</sup> Conquanto a afirmação de Thomas Paine tenha perdido o cariz de novidade, vale, ao propósito, transcrevê-la: “Uma declaração de direitos é também uma declaração de deveres. Os que são os meus direitos como homem, são também os direitos dos demais, e será para mim um dever tanto reconhecê-los como gozá-los” apud HÄBERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 62.

<sup>17</sup> GLENDON, 1991. p. 77. HOLMES, SUNSTEIN, 2001. p. 153.

<sup>18</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. A origem do direito de solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 188. BAYERTZ, Kurt. Four Uses of “Solidarity”. Trad. de Sarah L. Kirkby. In: BAYERTZ, Kurt (ed.). Solidarity. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999. p. 3. NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coords.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005.

deve desincumbir-se o jurista para transpor o âmbito restrito à descrição e ao empirismo<sup>19</sup>, evidentemente mais permeável ao trato cotidiano e aos sentimentos de convicção a que remete o dever de cuidado. A discussão sobre o conteúdo jurídico da solidariedade perpassa, igualmente, pelos debates sobre ela travados na sociologia, filosofia, antropologia e teologia. A interdisciplinariedade, somada à assunção do Direito enquanto fenômeno social, veda que o estudioso ignore as contribuições diversas que podem ser extraídas das demais ciências humanas, mas impõe-lhe maior rigor para que não deixe que sua pesquisa seja traída por um relato assistemático de ideias despido de consistência interna. A tarefa que ora se assume tenta distinguir percepções distintas que preponderam na antiguidade greco-romana, na dogmática cristã e nos movimentos liberais burgueses do século XVIII - em especial a Revolução Francesa - associando-as, respectivamente, às noções de responsabilidade cívica, à virtude caritativa e à fraternidade. De início, não é apresentado o conceito acabado de solidariedade que guiará a análise a ser empreendida nos demais tópicos da dissertação. Ao revés, espera-se que ao término da descrição a ser feita, já estejam lançadas bases mais seguras para que se saiba se a solidariedade é revestida de normatividade no Estado Democrático de Direito e se ela é capaz de escorar-se de modo autônomo em meio a miríade de sentidos que lhe são associados.

### 1.1 Solidariedade e responsabilidade cívica

Conquanto a solidariedade seja termo de origem moderna<sup>20</sup>, a noção de dever de ajuda ao outro ser humano já permeava obras de filosofia quando examinado o conteúdo da amizade, da caridade, do dom e da irmandade. As conotações capazes de serem inferidas do conceito de solidariedade requerem esforço científico que extrapola os lindes do estudo que se elabora, bem como põem em cheque a sinceridade intelectual do jurista que pretenda assumir tal mister. O marco filosófico que se adotará é influenciado pelos embates entre o liberalismo igualitário e o comunitarismo na segunda metade do século XX. A exposição de seus

---

<sup>19</sup> PREUSS, Ulrich K. National, supranational and international solidarity. In: BAYERTZ. 1999. p. 281.

<sup>20</sup> A aproximação entre solidariedade e modernidade será melhor explanada mediante a apresentação de justificativas que sustentam-na em momento posterior. Desde já, ressaltamos que a divisão entre “solidariedade dos antigos” e “solidariedade dos modernos” efetuada por Gregório Peces-Barba Martínez não foi acolhida por ignorar os distintos contornos que a temática assumiu na Idade Antiga e na Idade Média, notadamente com a influência cristã, a idéia de amor universal ao próximo e da igualdade entre os homens. MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 265.

principais elementos e das interlocuções que irão lastrear a redação do presente texto será objeto de capítulo próprio. Entretanto, a busca de um patamar autônomo ao conceito de solidariedade já esclarecerá as razões subjacentes à opção eleita.

A gênese do sentimento de preocupação para com o próximo confunde-se com a constituição dos elos familiares. Os laços afetivos que unem os membros da família revelam grau de estreitamento radicado no amor<sup>21</sup>, que se coloca acima da busca por reciprocidade, pois sua incondicionalidade é baseada no senso de partilha entre os integrantes daquele grupo<sup>22</sup>, cujos laços de pertença são alheios à liberdade<sup>23</sup>. Tampouco os critérios de identidade entre seus participantes são congruentes com aqueles próprios à constituição da comunidade, da sociedade e do Estado, o que permite asseverar que a consolidação do Estado e do Direito positivo enfraqueceu as solidariedades ativas e passivas (responsabilidade comum entre os membros do clã por infração ou delito cometido por um de seus integrantes) fundadas no parentesco, em sentido restrito ou amplo (gens, do Direito Romano)<sup>24</sup>. Todavia, ainda que seja plena de dignidade jurídica, a família não mais reúne condições de esgotar as explicações da experiência política desde a Antiguidade Greco-Romana, dada a multiplicidade de interesses que não se exaurem pelo denominador comum da consanguinidade.

Os matizes que o pensamento filosófico na Grécia antiga possuía impedem que lhe seja concedida a nota de unicidade característica de movimento teórico balizado por um mesmo conjunto de princípios. Porém, é possível afirmar que os filósofos pós-socráticos trabalham com a dicotomia entre um passado aristocrático, definido pelos “valores de guerra e laços de sangue”, e um presente marcado pelo “advento da polis, das leis, do direito e da

---

<sup>21</sup> COMTE-SPONVILLE, André. *Petit traité des grandes vertus*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 119. Registre-se, porém, a controvérsia quanto aos fundamentos impulsionadores da família monogâmica patriarcal, destacando-se, a propósito, a tese relacionada à preservação do patrimônio, que confirma-se com a etimologia da palavra que estaria relacionada ao latim *Famulus* (escravo doméstico) e família (totalidade dos escravos pertencentes a um mesmo homem), citando-se a passagem do tempo de Gaio: família, *id es patrimonium*. ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. In: Marx, Engels. *Obras escolhidas*. Tomo III. Trad. de João Pedro Gomes. Lisboa: Edições Avante, 1985. p. 261.

<sup>22</sup> GODBOUT, Jacques T. *O espírito da dádiva*. Trad. de José Pedro Cabrera. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. p. 49.

<sup>23</sup> A afirmação deve ser lida com a temperança lançada por Ronald Dworkin ao distinguir os diferentes graus de escolha nas relações familiares. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240.

<sup>24</sup> “A evolução do direito de família, do século XI ao XIX, inscreve-se num enfraquecimento constante dos direitos e dos deveres da família em sentido restrito. À medida que o Estado se consolida e consegue assegurar a ordem pública, a solidariedade familiar desfaz-se e torna-se inútil. Quando a autoridade se desenvolve, a solidariedade diminui.” GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 5.ed. Trad. de António Cabral Hespánha e L. Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 564. SCHWINGER, Elke. *Nächstenliebe, fürsorglichkeit und solidarität. Zur Frage der moralischen Handlungsorientierung in der entstehenden Weltsgesellschaft*. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden, v. 87, n. 2, 2001. p. 163.

política democrática”<sup>25</sup>. Emerge, então, um conceito de justiça que transfere à Cidade-Estado, à polis – em especial a democracia ateniense - o centro de autoridade das decisões morais que antes se encontrava no lar e na família.

No pensamento platônico, as virtudes públicas (justiça, sabedoria, coragem, temperança ou autocontrole) seriam exercidas pelos cidadãos no âmbito da polis, espaço onde cada cidadão participará “em comum dos interesses de cada indivíduo em particular, interesses que considerarão como seus próprios, e, em virtude desta união, todos participarão das mesmas alegrias e das mesmas dores”<sup>26</sup>. A atuação pública dos cidadãos deve conformar-se ao senso de dever intrínseco à harmonia entre os diversos elementos do Estado, de sorte que a justiça social platônica seria “o princípio de uma sociedade composta por diferentes categorias de cidadãos (os trabalhadores, os militares, os governantes) que se organizam movidos pelo impulso da dependência mútua, formando assim um conjunto em que atuam, concentrados cada um em uma atividade diferente”<sup>27</sup>. A justiça encontrar-se-ia no correto cumprimento das funções que cabem aos cidadãos em decorrência de um código de condutas éticas, o que melhor lastreia uma concepção de moralidade social do que uma percepção jurídica baseada na elaboração de ordenamento jurídico positivo organizador de esquema de direitos e deveres sob a égide do poder estatal.

Em direção semelhante, a obra de Aristóteles ressalta a natureza gregária do homem, tido como “animal cívico”. O Estado deixa de ser algo que é objeto de criação e passa a ser compreendido enquanto conseqüência da natureza humana. Explica-se que para a conservação do homem seria necessária a conservação do Estado, cabendo a todos os cidadãos trabalharem e zelarem em prol do interesse comum<sup>28</sup> para melhor viverem.

Da análise das teorias desenvolvidas por Platão e Aristóteles, extrai-se que a realização das virtudes dos seres humanos somente encontra espaço propício para

<sup>25</sup> CHAUI, Marilena. Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. v. 1. p. 114. MACINTYRE, Alasdair. Depois da virtude: um estudo em teoria moral. Trad. de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001a. p. 227.

<sup>26</sup> PLATÃO. A República. Trad. de Alberto Pinheiro. São Paulo: Edipro, 2000. p. 196.

<sup>27</sup> BARKER, Ernest. Teoria Política Grega. Trad. de Sérgio Bath. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. p. 170.

<sup>28</sup> AVELINO, Pedro Buck. Princípio da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n.53. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./nov. 2005. p. 236. “Enquanto Platão preza o todo, sem qualquer motivo diverso, que não uma necessidade básica, natural; Aristóteles não se descarta do indivíduo e, ademais, apresenta uma tônica finalística em seu apreço pela vida em sociedade, é dizer, a vida em sociedade apresenta um motivo outro que a mera imposição natural: ‘O homem é, por sua natureza, como dissemos desde o começo, ao falarmos do governo doméstico e dos escravos, um animal feito para a sociedade civil. Assim, mesmo que não tivéssemos necessidade uns dos outros, não deixaríamos de viver juntos. Na verdade, o interesse comum também nos une, pois cada um aí encontra meios de viver melhor. Eis, portanto, o nosso fim principal, comum a todos e a cada um em particular. Reunimo-nos, mesmo que seja só para pôr a vida em segurança. (...) Mas não é apenas para vivermos juntos, mas sim para bem vivermos juntos.’”.

desenvolvimento na polis. A compreensão de seu papel enquanto cidadão exige a necessária participação na cidade-Estado, o que torna coincidentes os elementos que definem um homem bom e um bom cidadão<sup>29</sup>. A congruência entre o interesse particular e o comum faz com que a autoconsciência do indivíduo seja formada e reconhecida em meio ao conhecimento da autoconsciência dos demais cidadãos. A identidade do ser humano é, portanto, o produto do conhecimento de um outro, que também deve amá-lo para o bem da comunidade<sup>30</sup>.

Embora a face mais visível da Roma antiga remonte às contribuições pragmáticas oriundas das construções jurídicas àquela época elaboradas, o ideal Republicano nas obras de Cícero<sup>31</sup> reafirmou, em linha já trilhada por Platão e Aristóteles, que as formas perfeitas de amizade e a realização plena das virtudes públicas encontravam espaço próprio no âmbito da sociedade política. A república romana na Antiguidade é exemplo no qual a noção de indivíduo é sobrepujada pela identidade coletiva da família, tribo ou Estado, valorizando-se os elementos comuns de pertença (identidade-nós) em comparação aos projetos individuais ou às diferenças singulares entre as pessoas (identidade-indivíduo)<sup>32</sup>.

A retomada contemporânea de algumas dessas ideias sob a égide do princípio republicano inspira, contudo, cuidados. Embora a valorização do espaço público como âmbito imune aos interesses particulares ilícitos e a rejeição de privilégios que não se coadunem com a posição paritária de todos os cidadãos sejam reivindicações que, a despeito da obviedade, ainda tenham realização incompleta no Brasil, há que se questionar se a valorização da cidadania deve resgatar premissas segundo as quais o conceito de liberdade assume caráter unicamente político, capaz de associar todo o ato da vida regulado pelo Direito à participação do indivíduo na condução dos negócios públicos, porquanto Estado e sociedade passam a ser

---

<sup>29</sup> MACINTYRE, 2001a. p. 228.

<sup>30</sup> BRUNKHORST, 2005. p. 15.

<sup>31</sup> “La naturaleza nos ha hecho justos para ayudarnos mutuamente y unimos todos em una asociación.” (Libro I-12. Edición de Jose Guillén, Sobre la República. Sobre la Leyes, Madrid, Tecnos, 1986. Apud in MARTÍNEZ, 1999, p. 263).

<sup>32</sup> “No estágio das repúblicas atenienses e romana, o fato de pertencer a uma família, tribo ou Estado desempenhava um papel inalienável na imagem do homem. (...) As implicações negativas do termo grego idiotas dão-nos uma idéia do que pensavam os gregos da era clássica a respeito de alguém que não desempenhasse nenhum papel nas questões públicas do Estado. No espectro das significações abarcadas por esse termo, encontramos equivalentes aproximados de nossos termos ‘pessoa privada’ ou ‘leigo’ e também sentidos como ‘excêntrico’, ‘ignorante’ ou ‘tolo’. A palavra latina persona poderia afigurar-se um equivalente do ‘indivíduo’ moderno, mas o conceito latino nada tem do nível de generalidade ou de síntese dos atuais termos ‘pessoa’ ou ‘indivíduo’. A persona latina referia-se a algo muito mais específico e tangível. Dizia respeito, antes de mais nada, às máscaras dos atores, através das quais eles proferiam suas falas. (...) A identidade grupal da pessoa isolada, sua identidade-nós, tu ou eles, desempenhava um papel importante demais na práxis social do mundo antigo, comparado ao da identidade-eu, para gerar a necessidade de qualquer conceito universal relativo à pessoa isolada como uma entidade quase-agrupal.” ELIAS, Norbert. A sociedade dos indivíduos. Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 131.

indistintos<sup>33</sup>. Conquanto não se almeje a subtração dos direitos, é a sua dimensão objetiva que é acentuada, seja porque produto da participação dos cidadãos no processo legislativo, seja porque, nesse cenário, o conceito de cidadão sobrepuja o de titular de direitos<sup>34</sup>.

As dificuldades de adaptação de tais premissas a um constitucionalismo liberal-democrático, coerente com uma sociedade plural, são de fácil apreensão. Registramos, de início, que a “amizade cívica” e a responsabilidade dos cidadãos uns para com os outros fundam-se em padrão de moralidade social não mais vigente, pois os indivíduos, ainda que imersos na história de uma comunidade, veem-se livres para realizar o projeto de vida que escolheram, sem que para tanto busquem sempre a repercussão positiva de tais desejos perante o interesse comum. A construção da individualidade infirma tentativa de fazer com que o exercício dos direitos fundamentais possa ser balizado pela funcionalidade dos mesmos perante a sociedade política. O conceito de cidadão, que na Antiguidade grega assumia tom exclusivo em face das mulheres, crianças e escravos, tinha pretensão de albergar todos os domínios da vida dos homens, bem como almejava que o fundamento da amizade coincidissem com o atendimento dos imperativos das razões de Estado, de modo que a clássica República antiga fosse transformada em uma “ditadura didática”<sup>35</sup>. O reconhecimento da igualdade somente se dava entre aqueles que pudessem usufruir dos mesmos poderes de participação na tomada das decisões políticas. Nesse sentido, Brunkhorst afirma que: “A amizade e a justiça coincidem no ideal epistêmico de prática intrinsecamente valiosa e auto-suficiente. Enquanto perfeição da justiça, a amizade é sinônima da harmonia de classes na aristocracia republicana e a virtude principal da alma do homem”<sup>36</sup>.

O tratamento, ainda pouco aprimorado, das balizas da virtude cívica para o estudo da solidariedade não impede que dela possa extrair que o exercício das liberdades depende de uma coexistência mútua e que a definição dos critérios de pertença ao Estado não mais se apegam à noção de família e clã, enquanto núcleos restritos aos elos de consanguinidade. Ademais, embora não se queira exaurir a solidariedade no âmbito dos deveres constitucionais, tal como o faz Alessandro Pizzorusso<sup>37</sup>, cabe reconhecer que tal campo de estudo é de imensa

<sup>33</sup> HUSTER, Stephan. Republikanismus als Verfassungsprinzip? In Der Staat. 34 Band. Berlin: Dunker & Humblot, 1995, p. 607.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 608.

<sup>35</sup> BRUNKHORST, 2005, p. 17.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>37</sup> PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 218. “Considerado em sus términos generales, el principio de solidaridad se concreta em cuatro reglas fundamentales: el deber que todo ciudadano tiene de instruirse a fin de desarrollar la propia personalidad en su provecho y en el de toda la sociedad (el contenido mínimo de este deber viene dado por la previsión de la obligación escolar en el artículo 34.2); el deber, en segundo lugar, de ‘desarrollar, de acuerdo con las posibilidades y preferencias propias, una actividad o función que redunde el progreso material

significância e pouco explorado por pesquisadores que os atrelem ao Estado Democrático de Direito, livres, portanto, de uma perspectiva totalitária.

## 1.2 Solidariedade e caridade

O advento do Cristianismo marca a ascensão da igualdade entre os homens em razão da unidade ontológica que há entre eles, uma vez que a filiação comum a Deus consuma e supera toda idéia de multiplicidade existente no plano físico<sup>38</sup>. Conquanto o princípio da igualdade entre os homens tenha origem na doutrina judaica<sup>39</sup>, o Cristianismo advoga que a redenção da alma do pecado pressupunha a vivência diuturna dos seus dogmas religiosos mediante o amor a Deus e o “amor ao próximo amado por amor a Deus”, cuja obediência se impõe como impulso espontâneo originário da força sobrenatural da fé<sup>40</sup>. O amor cristão ao próximo (*caritas*, em latim) torna-se instrumento da união da humanidade com Deus e anima o espírito de irmandade entre os homens que se veem como iguais por sua filiação divina. Os laços de união que contrapunham os clãs, as cidades-Estados, os cidadãos e os não-cidadãos são elididos pelo amor aos demais, independentemente de sua origem e do mal que lhes tenham provocado, como símbolo de sincera entrega aos desígnios de Deus<sup>41</sup>. A prática do

---

o espiritual de la sociedad’ (artículo 4.2) y, en tercer lugar, la exigencia de ‘ser fieles a la República, observando la Constitución y las leyes’ (artículo 54.2). Este marco general se completa por la garantía según la cual no podrá imponerse ninguna prestación personal o patrimonial se nos es ‘em virtud de ley’ (artículo 23)”.

<sup>38</sup> FASSÓ, Guido. *Storia della Filosofia del Diritto*. Volume I. Bologna: Società editrice il Mulino, 1966, p. 170.

<sup>39</sup> “The belief that God is equally concerned with the slave as with the master underpins the concept of the brotherhood of manhood. For thousands of years Judaic theologians have advised that, since every person is fashioned in God’s image, the best way to love God is to love thy neighbor (Lev. 19:18). Each person is deserving of respect and dignity because each person is made in God’s image in small way, godlike.” POOLE, Hilary (ed.). *Human rights: the essential reference*. Phoenix: Oryx Press, 1999, p. 11.

<sup>40</sup> FASSÓ, 1966, p. 174.

<sup>41</sup> “Mas eu digo a vocês que estão me ouvindo: Amem os seus inimigos, façam o bem aos que os odeiam, abençoem os que os amaldiçoam, orem por aqueles que os maltratam. Se alguém lhe bater numa face, ofereça-lhe também a outra. Se alguém lhe tirar a capa, não o impeça de tirar-lhe a túnica. Dê a todo aquele que lhe pedir, e se alguém tirar o que pertence a você, não exija que o devolva. Como vocês querem que os outros lhes façam, façam também vocês a eles.” (Mateus, 5.38-48). *O Novo Testamento: nova versão internacional*. São Paulo: Sociedade Bíblica Internacional, 2001, p. 166. “A simples justiça não dará à convivência entre as pessoas o indispensável clima que as faça caminhar unidas e progredir em busca da paz e da prosperidade. Um elemento fundamental, fator que une as diversas partes de um edifício social, é o amor. Leão XIII, na *Rerum Novarum*, dá-lhe o nome de ‘amizade’; Pio XI, na *Quadragesimo Anno*, de ‘caridade social’; Paulo VI e João Paulo II, de ‘a civilização do amor’. A virtude teológica da caridade pertence à essência dessa doutrina.” SALES, Eugenio. *Padrão moral*. O Globo, Rio de Janeiro, 13 jun. 2009. Opinião, p. 7

bem deixa de ter raiz na noção de partilha ou de reciprocidade para agora ser demonstração de fé e ação desinteressada alheia aos laços sociais ou históricos de pertença<sup>42</sup>.

Max Weber já constataria que os pilares do cristianismo rompem com os limites da exclusividade dos grupos de acesso restrito mediante o exercício de “uma ética religiosa de caritas”<sup>43</sup>, em substituição às organizações sociais que se definiam pela observância do dualismo entre a moral do grupo e a da coletividade que lhe é externa, segundo a qual no “nosso” grupo vigia uma idéia de reciprocidade, por meio da qual as ações em prol dos demais membros tinham origem na possibilidade de identificar a reprodução de situação de precariedade ora experimentada e na intenção de que, na hipótese de ver-se obsequioso de auxílio, este seja prestado em confiança à potencial correspondência no futuro ou em retribuição à ajuda dada no passado. O universalismo cristão, em especial nos seus primeiros estágios, ao reivindicar uma “ética da salvação fraternalmente coerente”, criava inevitável tensão com a esfera política que não mais encontrava o amparo de uma religiosidade fundada na localidade e cujos interesses a ela se limitassem<sup>44</sup>. A caridade, verbalizada pelo amor ao próximo, é apolítica e estranha aos assuntos de Estado, bem como revela que os laços de união entre os discípulos – tal como afirmado nas religiões monoteístas universais – supera a hereditariedade e a origem.

O contraste observado confere à solidariedade cristã uma natureza ambivalente, pois relativiza a possibilidade de fundar-se nas práticas de reciprocidade dos primeiros núcleos sociais e da sociedade política, mas visa à extensão de uma solidariedade, abstrata e geral, a todos os seres humanos mediante a assunção de paradigmas religiosos<sup>45</sup>.

A contribuição dessa doutrina no estudo jurídico da solidariedade é ainda hoje presente. Um exemplo é encontrado na obra de Gustavo Zagrebelsky que trata a solidariedade enquanto “traducción em términos cristanos-católicos de la ‘fraternidad’ ilustrada”, para então defini-la como o poder de se endossar a alguém uma carga de atenção ao bem de

---

<sup>42</sup> “O amor deve ser sincero. Odeiem o que é mau; apeguem-se ao que é bom. Dedicuem-se uns aos outros com amor fraternal. Prefiram dar honra aos outros mais do que a si próprios. Nunca lhes falte o zelo, sejam fervorosos no espírito, sirvam ao Senhor. Alegrem-se na esperança, sejam pacientes na tribulação, perseverem na oração. Compartilhem o que vocês têm com os santos em suas necessidades. Praticuem a hospitalidade”. (Carta de São Paulo aos Romanos, 12.9). “Ninguém deve buscar o seu próprio bem, mas sim o dos outros.” (Carta de São Paulo aos Coríntios, 10.23) O Novo Testamento: nova versão internacional, 2001, p. 246 e 255.

<sup>43</sup> WEBER, Max. Rejeições Religiosas do Mundo e Suas Direções. In: \_\_\_\_\_. Ensaio de sociologia e outros escritos. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 246.

<sup>44</sup> WEBER, 1974, p. 249.

<sup>45</sup> BRUNKHORST, 2005, p. 45. BAYERTZ, 1999, p. 10. “Love and sympathy are intimate relationships which cannot be taken for granted as general ties between individuals, at least not in larger societies.”

outrem<sup>46</sup>. Sem embargo da poderosa influência que os preceitos cristãos tiveram na concepção de direitos fundamentais, cumpre registrar que a redução da solidariedade à caridade mostrou-se inadequada, caso o estudo que se realize almeje contribuir para a teoria geral do direito e, particularmente, para o Direito Constitucional. O Estado de Direito laico não deve lastrear a justificativa dos direitos fundamentais na premissa de amor universal de Deus, sob o risco de ignorar a vigência do pluralismo, de trair suas premissas de origem e de tornar-se incapaz de oferecer solução em hipóteses de colisão de direitos se vislumbrada a possibilidade de agressão ao fundamento de origem daquela ordem jurídica<sup>47</sup>.

Ademais, ainda que o pensamento cristão tenha colaborado para a construção do universalismo ético secular<sup>48</sup>, a segregação entre a realidade terrena e o mundo espiritual – objeto de divergências perenes na teologia cristã – impede que a solidariedade deixe de ser prática fundada em uma convicção íntima sobre o bem, para ser apropriada pelo Direito, o que não traduz apenas a possibilidade de aplicações de sanções jurídicas pela não observância da norma de conduta, mas, principalmente, que as prestações, antes pensadas como demonstrativos de caridade, devem estar despidas de qualquer traço de subserviência, que se mostra incompatível com a generalidade a que deve ser alçado o comando normativo. De fato, esgota-se a caridade em uma experiência íntima de benevolência e generosidade, insuscetível de imposição coercitiva pelo Estado<sup>49</sup>. Contudo, a dignidade daqueles que se veem oprimidos pela ausência de meios para a sua sobrevivência não pode ter sua realização dependente do olhar contemplativo de outrem. O reconhecimento da condição de titulares de direitos aos seres humanos exige mais e tampouco pode aguardar que a experiência real de sofrimento encontre alento na resignação e na energia da fé.

---

<sup>46</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 144. O aspecto social-caritativo também é destacado por alguns autores alemães. Cf. HOMEYER, Josef. *Solidarität*. In DEUFEL, Konrad; WOLF, Manfred. *Ende der Solidarität? Die Zukunft des Sozialstaats*. Freiburg im Breisgau: Herder, 2003, p. 218.

<sup>47</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*. Edição ampliada. New York: Columbia University Press, 2005, p. 162. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Solidariedade*. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 162-3.

<sup>48</sup> RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Trad. de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 315.

<sup>49</sup> DWORKIN, 2003, p. 259. Em sentido parcialmente divergente: “For love, as an affection, cannot be commanded, but beneficence for duty’s sake may; even though we are not impelled to it by any inclination – nay, are even repelled by a natural and unconquerable aversion. This is practical love, and not pathological – a love which is seated in the will, and not in the propensities of sense – in principles of action and not of tender sympathy; and it is this love alone which can be commanded.” KANT, Immanuel. *Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals*. Trad. de Thomas Kingsmill Abbott. Mineola: Dover Publications, 2005, p. 15-6.

### 1.3 Solidariedade e fraternidade

Sob o lema da “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, a Revolução Francesa veicula a concepção de solidariedade própria à modernidade<sup>50</sup>, em oposição ao conceito aristocrático de amizade cívica da Antiguidade greco-romana e ao idealismo cristão da caridade. A inclusão da “fraternidade” na tríade revolucionária é explicada pelo propósito jacobino de “politizar a igualdade”<sup>51</sup>, uma vez que o reconhecimento de direitos inatos ao ser humano, tal como insertos da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>52</sup>, exigiria que os imperativos de igualdade e liberdade fossem vertidos na participação política dos indivíduos na condução dos negócios públicos. A fraternidade congrega, então, um conjunto de reivindicações voltadas para a “realização da liberdade política de todos os cidadãos”<sup>53</sup>, que não mais se encaixa na perspectiva assimétrica do civismo e do altruísmo religioso. Decerto, conquanto o sufrágio universal e a participação das mulheres em eleições sejam conquistas postergadas para o futuro, o ideal revolucionário liberal do século XVIII lança bases igualitárias para o exercício da cidadania, estendida a todos os seres humanos, e torna jurídica a ética da igualdade que permeia o amor ao próximo cristão.

Entretanto, ainda existiram outras mudanças. Tomando, por base a distinção feita por Ferdinand Tönnies entre comunidade (*Gemeinschaft*) e sociedade (*Gesellschaft*), é possível

<sup>50</sup> BAURMANN, Michael. Solidarity as a Social Norm and as Constitutional Norm. In BAYERTZ, 1999, p. 257. PREUSS, in BAYERTZ, 1999, p. 283. Gregorio Peces-Barba Martinez, porém, identifica a “a solidariedade dos modernos” com o influxo de idéias provenientes dos estudos de Economia Política e do pensamento socialista e anarquista. 1999, p. 269-75.

<sup>51</sup> BRUNKHORST, 2005, p. 58. William Rehg afirma que a associação da “fraternidade” à liberdade e à igualdade foi uma forma dos revolucionários se valerem dos ideais clássico e medieval de amizade associados com o conceito moderno de liberdade individual. REHG, William. Solidarity and the common good: an analytic framework. In *Journal of Social Philosophy*, vol. 38, n. 1, Spring 2007, p. 7. Jean Morange debita a inclusão da fraternidade à influência da patrística, em especial, das interpretações sobre os textos do Novo Testamento. MORANGE, Jean. *Droits de l’homme et libéertes publiques*. 5 éd. Paris: Presses Universitaires de France, 2000, p. 61.

<sup>52</sup> A idéia de fraternidade no movimento revolucionário francês é objeto de inventário histórico feito por Peter Häberle que é a seguir transcrito para ilustração das diversas etapas de seu desenvolvimento: “(...) la fraternidad no se encontraba inicialmente em los textos constitucionales de 1789 em Francia, aunque todo el mundo la asocia com libertad e igualdad. Sólo aparece en la Constitución de Segunda República, y luego de la Tercera y de la Quinta. No obstante, la fraternidade es un (con)texto cultural, una idea, que cabe poner en el haber de 1789 al menos retrospectivamente. Véase también el juramento guiado por Lafayette en 1790 en una celebración solemne en el Campo de Marte parisiano (‘indisolubles vínculos de la fraternidad’) y la orden de 1793 de proveer a todos los edificios de la inscripción ‘Libertad, Igualdad y Fraternidad’ (...). Frecuentemente se pasa por alto la Constitución de 1791, Disposiciones de principio, penúltimo apartado del Título I: ‘Il será établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de la Révolution française, entretenir la fraternité entre les citoyens...’(...) Pero véase también el discurso de Robespierre em la Convención Nacional el 24 de abril de 1793 (...) y su artículo cuarto (...), cuyo artículo 1 reza: ‘Los hombres de todos los países son hermanos’. Preámbulo de la Constitución de 1848 (...): ‘III. Elle [soit la République française] a pour principe la Liberte, l’Egalité et la Fraternité. Elle a pour base la famille, le travail, la propriété, l’ordre publique’”. HÄBERLE, 1998, p. 62.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 59.

afirmar que a fraternidade revolucionária rompeu as barreiras do sentimento de reciprocidade fundada no ideal de comunidade, enquanto reunião de indivíduos associados por um elemento comum de identidade - lastreado na história, na consanguinidade ou na religião - capaz de informar as regras que pautam o desenvolvimento das relações humanas. A passagem para a sociedade representa a dissolução desses laços como fundamentos de uma expectativa de reciprocidade.

Entretanto, a fraternidade ainda supunha a contradição entre sociedades políticas diversas, apontando a nacionalidade como elemento de pertença e contraponto. Atrelada à oposição ontológica entre amigo/inimigo, a fraternidade fica aquém da experiência fundada na solidariedade<sup>54</sup>. O dever de cuidado subjacente ao conceito de solidariedade é dirigido a um estranho, a um desconhecido, para o qual não se devota, imprescindivelmente, simpatia, gratidão ou amor, sendo mesmo prescindível que nele se reconheça um cidadão homólogo.

Levada para o âmbito legal, a solidariedade, ainda que informada pelas relações sociais que permeiam o “mundo da vida”, é implementada por sistemas de integração de que se valem o Direito e o aparato estatal, tornando-se independente da subjetividade do outro como requisito para sua realização. A confluência entre estas duas esferas é uma das razões do êxito da solidariedade, enquanto dado da sociedade capaz de ser transposto para a juridicidade, amoldando sua extensão em conformidade com os reclamos da realidade fática que lhe é subjacente. Com efeito, tal como observado por Ulrich K. Preuss, a “solidariedade é

---

<sup>54</sup> DUSSEL, Enrique. *From Fraternity to Solidarity: toward a politics of liberation*. Trad. de Michael Barber e Judd Seth Wright. *Journal of Social Philosophy*. Oxford: Blackwell, 2007, vol. 38, n. 1, Spring 2007, p. 80. Destaque-se que a distinção entre solidariedade e fraternidade não é reputada por alguns como dado relevante, havendo inúmeros registros de uso indistinto desses termos. Um exemplo é encontrado no voto condutor proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto em julgamento da ADI 3510-DF, na qual discutia-se a constitucionalidade do art. 5º, da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento. Com efeito, após afirmar que o art. 199, §4º, da Constituição da República tinha “inspiração notadamente fraternal ou solidária”, o Sr. Relator aduziu que: “Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião in vitro, menos ainda um frio assassinato, porém u’a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica a ‘liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça’ como valores supremos de uma sociedade mais que tudo ‘fraterna’. O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o advento do constitucionalismo fraternal, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é a vida em comunidade (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade. Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do art. 3º da nossa Constituição, verbis: ‘Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir um sociedade livre, justa e solidária’. (grifos do original). Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2009.

um dos poucos aspectos da argumentação moral que provou ser totalmente compatível com o modelo estatal de comunidade política”<sup>55</sup>.

A ascensão do Estado de Direito Liberal não teve, porém, o condão de tornar o exercício da liberdade instrumento para a mitigação da desigualdade econômica existente no absolutismo monárquico. A incorporação da igualdade pelo ordenamento jurídico limitou-se a uma perspectiva formal que, em meio ao desenvolvimento do capitalismo e ao predomínio político da burguesia, perpetuou e, por vezes tornou mais grave, a disparidade sócio-econômica nas classes com menor poder aquisitivo. Na análise de Maine, reproduzida por Dieter Grimm, percebe-se a passagem do “status para o contrato”<sup>56</sup>, sem que a conquista da autonomia da vontade, pressuposta para o surgimento do Estado soberano sob a ótica das teorias contratualistas, pudesse irromper a exploração da mão-de-obra acentuada pela Revolução Industrial.

A esse contexto amoldava-se um Direito que, ante a pretensão de universalidade, deveria ser produto de uma elaboração racional, para a qual é desinteressante a preocupação com propósitos empíricos, tais como representações da felicidade, pois não permitem que deles se deduzam regras compulsórias para o exercício e expansão das liberdades individuais. Destarte, a igualdade material, cuja compreensão demanda a análise de situações fáticas e de propostas concretas acerca da equalização que se visa obter, é impossível com essa perspectiva e com a aplicação do Direito que lhe seja consequente<sup>57</sup>.

O modelo liberal de Estado passava a ser objeto de ataque e as reivindicações populares, trazidas ao plano político através do fim progressivo do sufrágio censitário, somavam-se aos movimentos sindicais e ao ideário socialista para protestarem por uma nova organização do poder político que fizesse com que a igualdade, já incorporada nas constituições, tivesse realização concreta intermediada pela intervenção do Poder Público. Desenhavam-se, pois, novas funções a serem assumidas pelo Estado e novos compromissos a serem positivados nos textos constitucionais. A igualdade exige dimensões outras que não mais se coadunam com a fraternidade liberal, que deve ceder espaço a uma nova perspectiva de solidariedade<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> PREUSS, 1999, p. 283.

<sup>56</sup> GRIMM, Dieter. *Solidarität als Rechtsprinzip*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1973, p. 10.

<sup>57</sup> DENNINGER, Erhard. “Segurança, Diversidade e Solidariedade” ao invés de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.88. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, dezembro/2003, p. 24.

<sup>58</sup> A oposição entre capital e trabalho impulsionou importantes estudos críticos ao liberalismo clássico que terão força até o início do século XX, época da eclosão da I Guerra Mundial. Reunidos sob a denominação “Solidarismo”, os trabalhos de Proudhon, Léon Duguit, Léon Bourgeois, Charles Gide e Célestin Bouglé pregavam a união do capital e do trabalho de forma cooperativa, através da participação dos trabalhadores no

#### 1.4 Solidariedade e pluralidade

A exposição feita neste capítulo pretende depurar, dentre distintas concepções teóricas no campo da filosofia, da sociologia e da ciência jurídica, os fundamentos que melhor serviriam à explicação da noção de solidariedade coetânea à experiência constitucional brasileira após 1988, particularmente à aplicação dos direitos fundamentais. A ausência de uniformidade das concepções apresentadas radica, em parte, na incongruência entre os problemas a serem resolvidos por filósofos, sociólogos e juristas, o que acarreta diferentes respostas para uma igual indagação<sup>59</sup>. Entretanto, essa constatação não serve como impulso à assunção de uma postura alheia pelo Direito, do qual não se espera segregação das práticas sociais que regula e tampouco de princípios de justiça que fundam o convívio público e as instituições políticas.

A multiplicidade de respostas às perguntas “O que é solidariedade?” e “O que pode o Direito dela esperar?” não as faz todas corretas se tomarmos como intransigíveis os princípios de que todos os seres humanos devem ser livres e iguais na definição, revisão e desenvolvimento de seus planos de vida, idôneos à convivência recíproca em regime democrático e que todos os homens e mulheres sejam dignos de igual consideração por seus pares e pelo Estado. A afirmação de tais princípios traz consigo a rejeição de padrões de uma moral que informe a definição dos códigos de diferenciação de todos os sistemas, impondo uma noção de “bem” dicotômica à pluralidade da sociedade contemporânea.

Essa assertiva é despida de coerência se não for antes destacado que o Direito e a possibilidade de definição de uma teoria da Justiça não mantiveram suas concepções indiferentes à ideia de modernidade e aos desafios que lhe foram colocados em sucessivas discussões sobre a permanência de um esforço racionalizador como parâmetro de produção científica e critério para aferição da legitimidade de seu discurso. Conquanto o marco cronológico do início da modernidade seja de difícil precisão, podendo identificá-lo com o período das Grandes Navegações, a invenção do telescópio, a Reforma Protestante e a

---

capital em identidade com o projeto socialdemocrata, criando uma terceira via entre o liberalismo e o socialismo. Cf. ZOLL, Rainer. *Was ist Solidarität heute?* Frankfurt am Main: Surkhamp, 2000, p. 88. EWALD, François. *L'Etat providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986, p. 358. FARIAS, 1998, p. 196.

<sup>59</sup> Os sociólogos tendem a empregar o termo solidariedade para explicações sobre a ordem social, ao passo que os filósofos o utilizam para desenvolvimento de teorias normativas sobre o governo legítimo, a boa sociedade e a moralidade. REHG, 2007, p. 7.

Revolução Francesa<sup>60</sup>, o denominador comum a todos esses fatos, e que pode ser assinalado como elemento que se entrelaça aos vários discursos relacionados à modernidade, é a procura da compreensão do homem e da natureza por meio de uma linguagem, fundada na faculdade racional inata a todos os seres humanos, que seria potencialmente capaz de traduzir todos os fenômenos a partir de um esforço de intelectualização<sup>61</sup>.

A racionalidade enquanto critério para obtenção da verdade científica não foi uma descoberta da modernidade, uma vez que já se vislumbrava o contraste entre a experiência comum e a busca de liberdade contra velhos preconceitos, crenças e tradições na Antiguidade grega, vistos como obstáculos à conquista do mundo<sup>62</sup>. O sentido de racionalidade, no entanto, deixou de ser uma visão de ordem subjacente no cosmos em que a razão controla as emoções e paixões para ser definida procedimentalmente, em termos de eficiência, na qual o ser humano passa a objetivar não somente o mundo e a natureza, mas também suas próprias inclinações e medos, conquistando a distância e autocontrole que permitem que ele aja racionalmente<sup>63</sup>.

A ruptura com a tradição racional lastreada numa explicação comum à natureza, à sociedade e à ciência implica uma crescente diferenciação do espaço político, da economia, da família, da religião e do direito. A segmentação introduzida pelo paradigma da modernidade foi acompanhada pela quebra de uma moral conteudística e hierárquica que permeasse todas essas esferas como fundamento último de explicação. A segregação entre estes distintos campos, vistos como segmentos dotados de um código de diferenciação próprio, era evidenciada com acentuada nitidez a partir da insuficiência da justificativa teológica para lastrear os distintos sistemas que então surgiam<sup>64</sup>. A valorização do ser humano ativo traz

---

<sup>60</sup> ARENDT, Hannah. A condição humana. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 265

<sup>61</sup> MACINTYRE, Alasdair. Justiça de quem? Qual racionalidade? 2. ed. Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 2001b, p. 353.

<sup>62</sup> POPPER, Karl. Três concepções acerca do conhecimento humano. In: Os Pensadores. Trad. Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 390.

<sup>63</sup> TAYLOR, Charles. Sources of the self: the making of the modern identity. Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 21. A acepção dada pela modernidade à razão também foi objeto de análise de Alain Touraine ao escrever que, depois da obras de Rousseau e Kant, o homem encontra sua unidade com o universo porque “este se tornará história e ação, ao passo que o homem cessará de submeter-se inteiramente ao apelo universalista de uma razão onde ele não verá mais um princípio de ordem, mas um poder de transformação e de controle contra o qual se rebelará a experiência vivida, individual e coletiva”. TOURAINE, Alain. Crítica da modernidade. Trad. de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 31-2.

<sup>64</sup> Assinale-se, porém, que a secularização não é, como observa Hannah Arendt, um traço característico da modernidade, pois a separação entre a realidade terrena e a espiritual já havia perdido o traço de novidade no mundo ocidental cristão. De fato, à secularização, a modernidade adiciona a mundaneidade como resultado da alienação do homem de uma perspectiva que não pudesse ser identificada com a satisfação de seu ego e ao comando de sua vida, em contraposição à redenção de sua alma de forma alheia à sua vivência terrena, o que faz com que todas as experiências dos homens com seus semelhantes e com o mundo sejam, ao final, “experiências entre o homem e si mesmo”. O ser humano, não mais identificado com a existência de uma realidade imune à

nova luz à vida cotidiana seja sob a perspectiva da família, da sociedade ou da produção. A preocupação com a vivência ordinária explica-se na medida em que a “boa vida” passa a ser uma realização de homens e mulheres, acarretando, por conseguinte, exigências incongruentes com uma perspectiva de resignação perante o sofrimento, ante o imperativo de serem criadas as condições de bem-estar necessárias para que eles, de forma autônoma, possam eleger os seus projetos de vida.

Todavia, não subjaz a esta valorização uma ontologia comum às diferenciações dos diversos setores da vida e tampouco um finalismo que os atrele à realização de uma missão. A racionalidade para os modernos estabelece perene dicotomia aos laços sociais e costumes que pudessem servir de obstáculo ao desprendimento necessário para isolar as lógicas próprias da ciência, da sociedade, da economia, da política e do direito. Nesse sentido, o agente da modernidade procura na ciência um substrato comum, excluindo qualquer possibilidade de explicação que lhe fosse exterior. Passaram, portanto, a ficar restritas ao espaço privado as crenças tradicionais que não mais encontrariam repercussão como base de legitimação da esfera pública<sup>65</sup>. O fator de demarcação entre estes vários sistemas passa a ser a racionalidade que lhes é inerente que, em última instância, constitui a base para intervenção do Estado como agente organizador deste projeto.

As ideias de Émile Durkheim convergem a essas conclusões, uma vez que toma com premissa a incapacidade de o Estado encerrar em si todas as relações humanas, pois sua distância em relação às pessoas impede que possa dali estimular a socialização. A solidariedade social, para além das inspirações vagas suscitadas pelos estímulos de amor filial e caridade, seria o elemento que asseguraria a unidade do grupo, fundada nas semelhanças fundamentais que ligam os cidadãos ao tipo psíquico da sociedade, sinal de uma consciência que, a par daquela atinente à compreensão de estados pessoais, denota o vínculo e o liame harmônico entre os componentes da coletividade. Ao supor que a solidariedade social advém de “estados de consciência comuns a todos os membros da sociedade”<sup>66</sup>, ele afirmou que “podemos estar certos de encontrar refletidas no direito todas as variedades essenciais de solidariedade social”<sup>67</sup>. As concessões mútuas que informam o reconhecimento de direitos somente são possíveis quando animadas por um “espírito de entendimento e concórdia”<sup>68</sup>, o

---

sua compreensão racional, abandona a perspectiva de uma vida contemplativa para tornar-se seu único senhor, assumindo a direção de sua vida livre das amarras da tradição e do inexplicável.

<sup>65</sup> TOURAINE, 1994, p. 18.

<sup>66</sup> DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. Trad. de Margarida Garrido Esteves. São Paulo: Abril S/A Cultural e Industrial, 1973, p. 359.

<sup>67</sup> Ibidem, p. 334.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 366.

que externa a antecedência da força deste elo de socialidade quando confrontadas as opções entre a paz e a guerra.

Durkheim identifica duas expressões da solidariedade: a negativa, dado comum a todas as espécies por ser expressão do afeto que alimenta a vida comum entre os seres humanos, mas que não impulsiona a integração; e a positiva, dividida em duas espécies, denominadas orgânica e mecânica. A primeira está presente na ligação direta de homens e mulheres à sociedade, ocasião na qual a individualidade é obliterada por uma consciência coletiva, “a consciência individual, considerada sob este aspecto, é uma simples dependência do tipo coletivo, que segue todos os seus movimentos, assim como o objeto possuído segue aqueles que lhe imprime seu proprietário”<sup>69</sup>. A solidariedade mecânica, em contrapartida, é obra do processo de diferenciação de funções e da divisão do trabalho<sup>70</sup> e, ao contrário da forma orgânica, parte da dessemelhança entre as consciências individuais que buscam a coesão a fim de complementar habilidades, de sorte que o concerto entre estas autonomias traga uma maior unidade da social.

É sob tais considerações que o Estado moderno ganha um papel de transformação da sociedade à luz de uma perspectiva racionalmente concebida, identificando-o com o "Estado jardineiro" que combateu a "condição presente (selvagem, inculta) da população e desmantelou os mecanismos existentes de reprodução e auto-equilíbrio", podendo atingir, porém, um patamar de deterioração, na qual os seres humanos seriam percebidos como objetos úteis, ou não, a um "cultivo" ditado pela autoridade da razão no qual se eliminariam os "fatores de perturbação", divergências a serem superadas para a concretização de uma ordem perfeita, última e estável<sup>71</sup>.

Sopesados os traços excludentes das concepções adotadas por algumas das manifestações associadas à modernidade, é sob o seu paradigma que foi construída a impessoalidade que segrega a soberania do Estado do poder pessoal do monarca, para atribuí-la à organização estatal livre das interferências estranhas à participação política, que passa a ser o veículo por meio do qual deverão ser canalizadas e traduzidas as múltiplas demandas oriundas das esferas religiosa, jurídica, familiar e corporativa a fim de que possam se tornar coletivamente vinculadoras<sup>72</sup>. O rechaço à inclusão de dados estranhos às faculdades racionais comuns a todos os seres humanos como premissa para definição da organização social e

---

<sup>69</sup> DURKHEIM, 1973, p. 371.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 372.

<sup>71</sup> BAUMAN, Zygmunt. Modernidade e ambivalência. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 29. O autor refere-se, em particular, à experiência totalitária dos regimes nazi-fascistas do século XX e apoio dado pela academia ocidental às noções que lhe eram associadas.

<sup>72</sup> NEVES, 2006, p. 160.

política será noção importante para o papel que o Direito irá assumir, mormente quando arrostada a idéia de direitos universais que não mais seriam imanentes aos homens porque frutos de uma origem divina comum – tal como observado na perspectiva monoteísta judaico-cristã –, mas por serem seus titulares sujeitos dotados de uma capacidade racional impossível a apelos da tradição das comunidades pré-modernas.

O espaço então ocupado pela moralidade tradicional, como código de regência de condutas no âmbito da sociedade capaz de provocar o aparelho coercitivo estatal, é substituído pela noção de direito subjetivo. No paradigma da modernidade, o direito subjetivo deixa de ser mero poder inato ao indivíduo – tal como percebido pelo Direito Natural – para tornar-se resultado da confluência do respeito à vida humana com a noção de autonomia, concebendo os seres humanos como agentes de cooperação recíproca para o respeito mútuo, garantindo-lhes espaço livre para desenvolvimento de suas personalidades<sup>73</sup>.

Embora a modernidade consubstancie referencial ainda não completamente realizado, é necessário destacar que – sob vertentes distintas – as suas bases fundamentais foram submetidas a revisões no século XXI, em contexto no qual o avanço tecnológico põe em discussão o que a ciência tinha por imutável e a pluralidade de concepções de vida parece infirmar um lastro para os direitos fundamentais. Decerto, ainda que a indução não tenha substituído a experiência como base para construção dos sistemas teóricos das ciências naturais, a produção científica contemporânea sobrepuja a noção de certeza que seria ínsita a teorias pré-existentes, bem como passa a conviver com resultados que não são inteiramente justificáveis, porque se alicerçam na suscetibilidade de serem testados intersubjetivamente, através de uma demonstração cientificamente admissível entre o emissor e os destinatários do discurso<sup>74</sup>.

Jean-François Lyotard, ao reconhecer a existência de uma condição pós-moderna, defende que a ciência sempre esteve apegada a récitas relacionadas, explicitamente ou não, a metadiscursos, como a dialética do Espírito, a hermenêutica dos sentidos e a emancipação do sujeito racional. A modernidade seria uma grande récita na qual o metadiscorso da ciência é autorreferencial, isto é, utiliza-se da própria ciência para obter legitimação. A pós-modernidade consistira em uma incredulidade a respeito desses metadiscursos. As transformações tecnológicas e econômicas, impulsionadas pela agilidade das telecomunicações e pelo expressivo papel desempenhado pelas grandes indústrias, diminuem a força dos antigos polos de atração social, como o Estado-nação, os partidos políticos, as

---

<sup>73</sup> TAYLOR, 1989. p. 12.

<sup>74</sup> POPPER, 1980. p. 274.

instituições e as tradições históricas, fazendo com que o indivíduo somente encontre a si para o desenvolvimento de sua personalidade. A decomposição das grandes récitas não torna a coletividade uma massa composta de “átomos individuais” - como pretendem os críticos que se ressentem da perda do sentido da sociedade enquanto um todo orgânico -, porém cria uma formação que insere o “ser” em um contexto de relações múltiplas e complexas de mobilidade sem precedentes. Assim, os critérios de legitimação dos discursos travados nas distintas esferas do conhecimento dão ensejo a vários “jogos de linguagem”. O “lugar social” ocupado pelo indivíduo se torna uma textura onde se cruza um número indeterminado de “jogos de linguagem” pautados por diferentes regras, o que infirma a idéia de unitotalidade e da autoridade de um metadiscurso<sup>75</sup>, especialmente por se mostrar impossível o manejo simultâneo de todas as línguas por uma única pessoa.

É com supedâneo no argumento pós-moderno que Richard Rorty sustenta a impossibilidade de recondução da solidariedade a um sentimento imanente ao comportamento gregário do ser humano, revelado como uma descoberta. Ao revés, alega que a solidariedade é um elemento criado a partir de um processo de reflexão em que homens e mulheres olham seus homólogos como seres suscetíveis de uma igual capacidade de sofrimento e dor, mitigando as dessemelhanças que antes animavam um sentimento de indiferença para com coletividades que não dispunham dos mesmos elementos de identificação nacional, cultural ou religiosa, agora superados por dados comuns de integração, idôneos a inclusão “deles” como “nós”<sup>76</sup>, enquanto agrupamento menor e territorialmente situado quando confrontado com o conjunto de seres humanos. Rorty, ao lançar olhar sobre as crueldades praticadas na II Guerra Mundial e sobre as distintas formas de perseguição às minorias sob o regime nazista, pretendeu desvincular a noção de solidariedade a uma vazia e perigosa função de “figura de retórica”, preferindo desatrelá-la de uma essência humana – propícia à noção de consciência cosmopolita de Kant – para fincá-la sobre o alicerce de progresso moral visto como a “capacidade de considerar sem importância um número cada vez maior de diferenças tradicionais (de tribo, de religião, raça, costumes etc.), quando comparadas às semelhanças concernentes à dor e à humilhação”<sup>77</sup>. A solidariedade, flexível às contingências históricas, seria incentivo para que a contraposição entre “eles” e “nós” sofresse mitigação em favor da

---

<sup>75</sup> LYOTARD, Jean-François. *La Condition Postmoderne*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 7-8, p. 66-7.

<sup>76</sup> RORTY, Richard. *Contigência, ironia e solidariedade*. Trad. de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 20. Em passagem seguinte, Rorty destaca que: “Minha postura implica que os sentimentos de solidariedade são, necessariamente, uma questão das semelhanças e dessemelhanças que nos impactam como salientes, e que essa saliência é função de um vocabulário historicamente contingente” (p. 316).

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 316.

incorporação de novas crenças opostas aos sentimentos de segregação, atuando em prol de uma política democrática que se amolde ao pluralismo vigente<sup>78</sup>.

A influência do trabalho de Richard Rorty e a sua capacidade de adequação às angústias experimentadas pela pós-modernidade não eliminam as dificuldades em amoldá-lo à teoria dos direitos fundamentais e à concepção jurídica que se almeja conferir à solidariedade. O argumento pragmático lastreado no sentimento compartilhado de repulsa ao sofrimento e à humilhação é dispar ao propósito de constitucionalização dos direitos fundamentais como âmbito imune às variações dos resultados dos processos de deliberação majoritária, a fim de que as minorias não estejam suscetíveis à possibilidade de opressão institucionalizada pelo aparato estatal, exigindo-se, pois, resposta mais contundente do que aquela oferecida pelo anseio de êxito de uma “educação sentimental” que espraie a vontade de compreensão entre os seres humanos<sup>79</sup>. Conquanto o Direito possa estar aberto a fundamentos não estritos à sua positivação, a aposta no sentimento de solidariedade, baseada na experiência potencial ou real da dor, reduz a esperada juridicidade da proteção do mais vulnerável à expectativa de reconhecimento subjetivo do grupo majoritário, sendo inevitáveis os riscos de conservação de uma situação de subserviência enquanto o indivíduo não lhe tiver acrescida a qualidade de pertença ao grupo que antes o oprimia ou lhe era indiferente, ideia por si perigosa se “eles” – que buscam o reconhecimento e não a supressão do que os distingue - forem considerados o “tipo errado de seres humanos”<sup>80</sup>.

Outra crítica ao estudo desenvolvido por Rorty é motivada pela dúvida quanto à veracidade das premissas empregadas para alegar a maior força dos elos de conexão cultural em comparação ao sentimento de humanidade daqueles que prestaram socorro aos judeus contra a perseguição instaurada pela barbárie nazista. Norman Geras, em detalhada pesquisa sobre os registros históricos contemporâneos e posteriores à II Guerra Mundial, reproduz relatos nos quais a repulsa à tortura a idosos, crianças, homens e mulheres aos quais era

---

<sup>78</sup> “A identidade dessas pessoas, das pessoas que gostaríamos de convencer a juntar-se à cultura europeia dos direitos humanos, possui uma forte relação com a idéia de quem elas não são. A maioria das pessoas – sobretudo aquelas relativamente intocadas pelo Iluminismo europeu – simplesmente, mais do que qualquer outra coisa, não considera a si própria como ser humano. Antes, considera-se como determinado tipo de ser humano – um tipo definido em explícita oposição a um tipo mau. O que é crucial para a idéia de que eles próprios são é que não são infiéis, não são homossexuais, não são mulheres, não são excluídos. À medida que passam por um empobrecimento e que suas vidas são colocadas perpetuamente em risco, essas pessoas ficam apenas com o orgulho de não ser o que são para sustentar o próprio auto-respeito. Desde a época em que o termo ‘ser humano’ é sinônimo de ‘membro de nossa tribo’, pensamos nos seres humanos em termos de membros paradigmáticos de nossa espécie, contrastamos nós, os verdadeiros humanos, com exemplares rudimentares, pervertidos ou deformados de humanidade.” RORTY, 2005, p. 214.

<sup>79</sup> KUIPERS, Ronald Alexander. *Solidarity and the stranger. Themes in the social philosophy of Richard Rorty*. Lanham: University Press of America, 1997, p. 88.

<sup>80</sup> GERAS, Norman. *Solidarity in the conversation of humankind. The undergroundable liberalism of Richard Rorty*. London: Verso, 1995, p. 9.

dedicado um tratamento degradante, cruel e aterrorizador fundava-se no senso de humanidade e de reprovação à injustiça capaz de suplantar o risco à própria vida para garantir abrigo a um estranho ou a um inimigo do governo<sup>81</sup>.

A seriedade de tais conclusões é uma das razões para dirigir o olhar à obra de Emmanuel Lévinas, para quem o abandono da explicação metafísica da ética não suplanta a possibilidade de uma nova justificação ontológica para a alteridade. Lévinas não situa a intersubjetividade em um contexto já estabelecido que precede e determina o papel a ser desempenhado pelo sujeito e tampouco pretende a “redução do outro”, a par dos traços de sua singularidade, a uma congruência absoluta com a totalidade. Para ele, a compreensão do homem não pode estar dissociada de sua existência no mundo, pois o domínio da realidade pela consciência não esgota nossa relação com ela. A relação de um indivíduo com outrem envolve a compreensão simultânea de sua particularidade. A consciência do homem ou da mulher é condicionada à coexistência de seus semelhantes, os quais conformam o “não eu”, tal como “um rosto no qual o ser está em face de mim”<sup>82</sup>. Assim, Lévinas afirma que o encontro com outrem é a assunção da responsabilidade por ele, embora desse “Rosto”, como sinal demonstrativo do início da intelegibilidade<sup>83</sup>, não se espere uma relação de simetria, o que é de menor influência, porque a minha responsabilidade para com o outro antecede a compreensão que dele tenho. É nesse sentido que Levinas registra a proeminência do interesse de outrem, afirmando o “des-inter-essamento da bondade” ainda que em prol do desconhecido, sobretudo ao tratar dos direitos humanos como “direito do outro homem antes de mais nada”<sup>84</sup>.

A obra de Levinas é de importância decisiva para dissociar a ideia de pós-modernidade de um suposto niilismo quanto às potencialidades das virtudes humanas, pois acerta ao atestar que a consciência da existência do homem está atrelada à reciprocidade das relações mantidas com outros, independentemente da assimetria entre as pessoas ou da estranheza do “outro” ao olhar do interlocutor. O novo vigor à alteridade como parâmetro inafastável às relações entre os seres humanos, livres da dominação, subserviência e da injustiça, é importante fruto de seu trabalho, que, no entanto, é de árdua exequibilidade se

---

<sup>81</sup> Um dos depoimentos mais pungentes foi dado por Bill Bouwma quando perguntado porque deu abrigo a perseguidos pelos nazistas: “por que uma voz dentro dele disse para agir assim, senão ele não seria mais ele mesmo”. Sua esposa, Margaret Bouwma, à mesma pergunta, respondeu: “não é porque sejamos amigos ou inimigos dos judeus. É nosso dever enquanto seres humanos abrir nosso lar... e nossos corações para qualquer um que sofra”. GERAS, 1995, p. 25.

<sup>82</sup> LÉVINAS, Emmanuel. Entre nós. Ensaio sobre a alteridade. Trad. de Pergentino Stefano Pivatto (coord.). Petrópolis: Vozes, 2004, p. 39.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 143.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 266.

observado que a exigência de autossacrifício, consectário da responsabilidade infinita sobre os demais membros da humanidade, baseia-se na “santidade como valor último”<sup>85</sup>, pressuposto de difícil admissão em sociedades balizadas pelo padrão individualista de comportamento, no bojo do qual a ambição e a indiferença são pouco propensas a apoiar a generosidade gratuita.

Um esforço de síntese da exposição feita há de tomar em consideração que a construção da identidade individual, fenômeno típico à erosão dos laços tradicionais de reconhecimento imediato na família ou no clã, não é apartada da identidade coletiva de homens e mulheres. Tal, como leciona Norbert Elias, não é possível falar em “eu” sem que existam “tu” e “nós”. “Nós” tampouco é o resultado da soma de várias individualidades, pois supõe a existência de um sentimento que sobrepassa a mera agregação numérica<sup>86</sup>. Com isso não se quer condicionar os seres humanos a uma realidade que lhes preexista de sorte a torná-los arraigados à experiência social definidora de um papel, fazendo com que seus planos de vida, antes de serem assumidos livremente, sejam escolhas escamoteadas dentro do âmbito de opções eleitas pela coletividade. Todavia, é preciso ser frisado que a rejeição da antecendência da identidade coletiva não conduz ao primado deturpado da individualidade, na qual o *homo clausus* – “o eu desprovido de nós”<sup>87</sup> - veja-se livre para perseguir seus interesses egoisticamente, ignorando a repercussão de suas opções sobre seus pares, em especial, sobre aqueles que, imersos na ignorância de sua miséria e mudos pela opressão a que foram historicamente submetidos, não consigam se conceber como participantes ativos do Estado Democrático de Direito.

Embora no capítulo seguinte se pretenda delinear com maior rigor o marco filosófico sobre o qual se assenta a concepção de solidariedade ora acatada, é possível desde já registrar que, ao adotar-se como parâmetro a cooriginalidade das autonomias pública e privada<sup>88</sup>, a sociedade em que o indivíduo está inserido não pode anulá-lo e tampouco a pretensão de realização de projetos singulares pode erodir a possibilidade de convivência de vontades concorrentes harmonizadas sob o pátio comum da experiência constitucional democrática. Contudo, se a solidariedade não pode, e sequer deva, expungir a liberdade individual necessária para que os sujeitos tenham, abandonem e revisem seus planos de vida em nome de qualquer suposto benefício a ser alçado pela coletividade, dela não se pode esperar qualquer negligência em favor de práticas que visem à perpetuação de iniquidades: nessas hipóteses, o

---

<sup>85</sup> LÉVINAS, 2004, p. 271.

<sup>86</sup> ELIAS, 1994, p. 152.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>88</sup> HABERMAS, Jürgen. Era das transições. Trad. de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, p. 173.

“eu” não pode ser superior a “nós”, sob o risco de a afirmação das pretensões individuais se transformar em um exercício de seletividade e exclusão. Reprovam-se, com igual carga, o “totalitarismo” do indivíduo e o “totalitarismo” da coletividade.

A tentativa de coalescer o exercício das liberdades com as urgências de redistribuição e reconhecimento, à luz do conteúdo jurídico da solidariedade, é a tarefa que se assume nos segundo e terceiro capítulos. Por ora, basta ressaltar que a alteridade é elemento de apuração indispensável para aferição do exercício lícito dos direitos fundamentais e tomar com seriedade essa proposta é aderir ao potencial que a solidariedade, desapegada da carga emocional comumente empregada em seu uso deturpado, pode ter em hipóteses de conflitos de direitos.

## 1.5 Solidariedade e a conquista de um patamar autônomo

Conferir, à solidariedade, categoria jurídica autônoma exige que lhe possa ser atribuído conceito que ultrapasse os lindes da igualdade material e não seja reduzido a um paradoxo do individualismo. A síntese de tais propósitos foi feita por Gregorio Peces-Barba Martínez a qual, em razão de sua clareza, é a seguir transcrita:

O ponto de partida da solidariedade é o reconhecimento da realidade do outro e a consideração de seus problemas como não alheios, mas suscetíveis de resolução com intervenção dos Poderes Públicos e dos demais. O objetivo político é a criação de uma sociedade na qual todos se considerem membros da mesma, e resolvam em seu seio as necessidades básicas, na qual não haja saltos qualitativos nos grupos em que os seres humanos desenvolvam suas vidas e suas atividades, enfim, aquela em que todos possam realizar sua vocação moral, como seres autônomos e livres. O objetivo a alcançar supõe chegar àquelas pessoas que se encontram numa situação mais débil, mais desfavorecida e mais desvantajosa. A solidariedade é a outra face da moeda da filosofia da parábola do “Banquete” de Malthus, e tem a cooperação e a criação de relações jurídicas de integração como meios para alcançar esses objetivos. Por razões de solidariedade, o princípio da igualdade não sofreria caso se tomem medidas discriminatórias em favor dos mais fracos; é a igualdade como diferenciação.<sup>89</sup> (Tradução livre).

---

<sup>89</sup> MARTÍNEZ, 2004, p. 178-9. O texto em língua estrangeira é: “El punto de partida de la solidaridad es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás. El objetivo político es la creación de una sociedad en la que todos se consideren miembros de la misma, y resuelvan en su seno las necesidades básicas, en la que no haya saltos cualitativos en los grupos en los que los hombres desarrollan su vida y su actividad, en definitiva, en la que todos puedan realizar su vocación moral, como seres autónomos y libres. El objetivo a alcanzar supone llegar a aquellas personas que se encuentran en una situación más débil, más desfavorecida y más desvantajosa. La solidaridad es la otra cara de la moneda de la filosofía de la paábola del “Banquete” de Malthus, y tiene a la cooperación y a la creación de relaciones jurídicas de integración como medios para

A solidariedade erige-se, pois, como elemento distinto da igualdade para atendimento a quatro exigências não mais exauridas pelos conceitos antes aplicados pela teoria dos direitos fundamentais, a saber: i) o respeito mais ativo pelo “outro”, que não mais é encarado como sujeito a quem se reconhece pela identidade de elos de pertença, apoiados na similitude de interesses, mas “no conhecimento da subjetividade relativa de toda experiência de valor e na renúncia do desejo de forçar os outros a serem felizes”<sup>90</sup> segundo padrões culturais impostos, ainda que não vividos por todos; ii) a incorporação da doutrina do abuso de direito na temática dos direitos fundamentais, os quais devem ser exercidos à luz de uma equação democrática apta a corroborar a coexistência das liberdades, de forma a não torná-las indiferentes a aplicação de outros direitos<sup>91</sup>; iii) o complexo de exigências para a maior e melhor inclusão, no projeto do Estado Democrático de Direito, daqueles que não podem, a despeito de seus esforços pessoais, desenvolverem-se de forma independente e se vejam em desvantagem por terem uma maior probabilidade de terem dificuldades e/ou não terem meios para superá-las<sup>92</sup>; e iv) o surgimento de uma nova geração de direitos, cujo caráter universal deixa de ser um postulado ideal para tornar-se uma necessidade prática<sup>93</sup>; trata-se de hipótese na qual o titular dos direitos deixa de ser identificado em um indivíduo ou em uma coletividade, pois, ante seu caráter difuso, abrange toda a humanidade interessada em sua preservação.

As projeções destacadas da solidariedade lançam luzes sobre as práticas para o reconhecimento das minorias (i), a necessidade de considerar a realização de direitos em contexto de escassez de recursos e incongruência de interesses (ii), o alcance das prestações públicas para que seja assegurado a todos os seres humanos igual respeito e consideração,

---

alcanzar esos objetivos. Por razones de solidaridad, el principio de igualdad no sufriría si se toman medidas en favor de los más débiles; es la igualdad como diferenciación.”

<sup>90</sup> A idéia é melhor elaborada por Denninger em escrito posterior: “The modern type of solidarity is also based on an agreement or a parallel between interests and the appreciation of values. But, the awareness of equality is accompanied by an equally strong awareness of the difference through which and with which one knows one is acting in solidarity. Practicing solidarity means ‘adopting a strange cause’ (in face of linguistic sense of the meaning, it also remains a strange cause). And neither the addressee nor those who act in solidarity with them find their mutual identity in a ‘Gemeinschaft’ that includes both of them; everyone looks out for himself. (...) It allows those to whom it is benefit to retain their cultural, religious or ethical characteristics; it accepts them in their difference and does not try to impose on them a strange form of life, even with the best intentions.” DENNINGER, Ehrard. *Constitutional Law and Solidarity*. In BAYERTZ, 1999, p. 231.

<sup>91</sup> MARTÍNEZ, 2004, p. 181.

<sup>92</sup> VAN PARIJS, Philippe. *Refonder la Solidarité*. Paris: Les Éditions du CERF, 1999, p. 28. MARTÍN, Carlos de Cabo. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 43. MASTRONARDI, Philippe. *Verfassungslehre. Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom gutem und gerechten Staat*. Bern: Haupt Verlag, 2007, p. 300. “Das Solidaritätsprinzip fordert eine gerechte Verteilung der öffentlichen Lasten. Es verlangt von jenen, die mehr haben, dass sie mehr geben, auch wenn sie weniger dafür bekommen. Ziel ist die Schaffung eines sozialen Ausgleichs.”

<sup>93</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La Tercera Generacion de Derechos Humanos*. Navarra: Editorial Aranzandi, 2006, p. 40.

tendo-se em vista o acesso à educação e o complexo de ações a cargo da Seguridade Social (previdência, saúde e assistência) (iii), e a preservação do meio ambiente, o combate ao terrorismo e à criminalidade organizada (iv).

Os desafios impostos à solidariedade nos tópicos acima destacados já receberam, em graus de profundidade diversos, atenção da doutrina jurídica, sem, contudo, reconduzi-los a um referencial comum. A ênfase dada no presente estudo recai sobre o aspecto prático da solidariedade na aplicação dos direitos fundamentais, a fim de que eles possam ser exercidos sem que fomentem a reprodução de mecanismos de sub e sobreintegração em uma sociedade plural cujos valores enraizados em uma prática comum são de rara enunciação. De fato, tal como descrito por Hauke Brunkhorst em passagem de invulgar lucidez, “os povos somente são soberanos enquanto soberanos em aprendizagem, a qual se expõe a uma arriscada prática experimental de tentativas e erros e que continuamente inclui aquelas vozes que foram excluídas, os dissidentes que foram ignorados e as minorias que foram silenciadas”<sup>94</sup>. Ao Brasil, a lição é de completa pertinência. Já se passou o tempo em que a teoria dos direitos fundamentais e o constitucionalismo esgotavam-se em mero exercício de retórica que apenas ratificou o que pretendia elidir. A missão que a solidariedade nos concita a aderir é aquela em prol dos que não foram ouvidos e tampouco tidos como relevantes. É preciso que deixemos de ser “cegos que vendo, não vêem”.

## 1.6 Conclusões

As declarações de direitos permitiram que os direitos políticos, individuais e sociais fossem positivados, a despeito de uma ausência de sistematicidade e coerência interna, o que dificulta a resolução de conflitos nas hipóteses em que situações fáticas impeçam a realização simultânea dos objetos de tais pretensões em igual medida. A compreensão dos direitos fundamentais, enquanto projeções das liberdades individuais, infirma os fundamentos que os embasaram quando exercidos em uma sociedade iníqua, onde o sistema jurídico ainda não se encontra dissociado de interferências econômicas ou políticas na definição de seu código de diferenciação.

---

<sup>94</sup> BRUNKHORST, 2005, p. 140. (tradução livre). O texto em língua estrangeira é: “The people are sovereign only as a learning sovereign that exposes itself to a risky experimental practice of trial and error and that continually includes those voices that have been excluded, the dissent that has been ignored, and the minorities that have been silenced.”

A inclusão da fraternidade, como elaboração anterior ao conceito de solidariedade, em diplomas legais e constitucionais, revela o compromisso do Estado de Direito em assegurar a assistência e o cuidado, independentemente de um lastro religioso e da generosidade, a fim de que a garantia a prestações essenciais mínimas à subsistência humana possa estar dissociada de um sentimento de reciprocidade.

A percepção da solidariedade, enquanto categoria jurídica autônoma, exige que sejam transpostas as convicções enraizadas em uma perspectiva descritiva e empírica, bem como impõe o confronto com as noções já vigentes de virtude cívica, caridade e fraternidade. A solidariedade é consectário do projeto de modernidade, por sobrepor-se aos laços de pertença da família, da aristocracia política e da comunidade de interesses, como também se distingue da igualdade material, pois confere especial atenção às práticas de reconhecimento, ao exercício abusivo de direitos fundamentais, às prestações estatais que não se restrinjam à justiça redistributiva e aos direitos de titularidade difusa.

## 2 BASES TEÓRICAS DA SOLIDARIEDADE

O estudo dos direitos fundamentais não é alheio à teoria de justiça que lhe esteja subjacente. O aplicador do direito, ao perquirir o alcance a ser dado aos direitos fundamentais - mormente nas hipóteses de colisão incapazes de obterem resolução adstrita a um mero juízo de subsunção -, externa as premissas que supõe serem inerentes ao ordenamento jurídico e os princípios que pretende ver colimados, ainda que sua concepção de justiça remanesça implícita à posição que venha a acolher. Logo, ao se empreender pesquisa sobre a concretização dos direitos fundamentais e o emprego da solidariedade como baliza de cooperação democrática na aplicação deles nas sociedades modernas, caracterizadas pela multiplicidade de demandas impossíveis de serem atendidas simultaneamente na mesma medida, e pelo pluralismo, que torna progressivamente escassos os pontos de concordância fundados em anseios e valores comuns, deve se ter por imprescindível externar qual a concepção de justiça que se adota, em quais premissas ela se assenta e qual função ela pode desempenhar, enquanto pretensão axiológica ou ética de que participe o Direito.

As balizas utilizadas no presente trabalho são extraídas do debate da filosofia política que se travou, no século XX, a partir da publicação de *Uma Teoria da Justiça*, em 1971, escrita por John Rawls<sup>95</sup>. A sua obra e as críticas que lhe seguiram, em especial sob a vertente comunitária, foram adotadas como referencial por melhor se adaptarem às discussões presentes nas sociedades contemporâneas e por terem o Estado Democrático de Direito como idéia afim. Logo, desnecessária a adaptação dos paradigmas clássicos da filosofia ao contexto moderno e à sua problemática própria, uma vez existentes elaborações doutrinárias que oferecem melhores respostas às questões postas pela busca de efetividade dos direitos fundamentais. De fato, o encontro de soluções que pudessem colmatar os distintos imperativos de justiça, segurança jurídica, liberdade, igualdade e solidariedade não era visto como objeto de estudo precípua nas comunidades pré-modernas ainda informadas por uma moral objetiva que permeava as esferas sociais<sup>96</sup> ainda indistintas por completo. Com esse intuito será efetuada breve síntese dos principais pontos defendidos por John Rawls e por Ronald Dworkin - tendo em vista sua relevância para as pesquisas relacionadas à isonomia - como diretrizes básicas ao liberalismo igualitário. Reconhecido o cerne de tal teoria, serão

---

<sup>95</sup> Utilizo, neste estudo, a segunda edição brasileira de *Uma Teoria da Justiça* (2002), que tem como base o texto revisado por Rawls em 1975 para a edição alemã.

<sup>96</sup> LARMORE, Charles. *The morals of modernity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 123.

enfocadas algumas de suas deficiências, insuficientemente respondidas sob uma perspectiva interna ao liberalismo igualitário. Em estágio seguinte, serão avaliadas algumas das principais críticas feitas, ainda que sob matizes distintos do comunitarismo, por Michael Sandel, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor e Michael Walzer, alguns dos autores mais representativos dessa vertente no cenário contemporâneo.

Realizado o cotejo entre as perspectivas liberal e comunitária, será avaliado se a solidariedade é corolário exclusivo de valores comungados pelos membros de uma dada comunidade, participantes de uma visão de fraternidade fundada na tradição de bem comum, ou melhor se amolda como princípio de distribuição cuja observância é exigida a fim de que a concretização de direitos, em especial os prestacionais, não seja alheia à possibilidade de todos os membros livre e iguais da sociedade deterem as mesmas condições para realização de seus planos de vida congruentes a um contexto de cooperação democrática pautado pelo ideal de justiça.

## 2.1 O liberalismo igualitário de John Rawls

A publicação de *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls, é um marco da filosofia política contemporânea. Ao distinguir-se do liberalismo clássico, enquanto concepção teórica voltada estritamente à defesa da liberdade, o estudo de Rawls esteve atento às disputas do contexto norte-americano entre a primazia da liberdade, enquanto herança de John Locke, e os reclamos da igualdade, tributada à obra de Jean-Jacques Rousseau. A reflexão empreendida busca avaliar a pertinência das explicações vigentes, dedicando análise especial às abordagens utilitaristas e intuicionistas.

Sob a denominação intuicionista, Rawls agrega as compreensões de justiça que atendam a critérios limitados de distribuição de certos bens, sem que forneçam parâmetro único de aferição de repartição justa, o que as sujeita a críticas, por não oferecerem soluções quando observado que as intuições regidas por princípios próprios entram em conflito, pois não vislumbrado critério a ser empregado para resolução da disputa ante a inexistência de hierarquia entre os princípios colidentes. A perspectiva utilitarista oferece, porém, resistência maior à argumentação a ser empreendida, mormente se observada sua proximidade com o método de escolha utilizada individualmente para decisões racionais.

Com efeito, em suas escolhas, presume-se que os seres humanos ajam de forma a tornar maior o proveito dos bens que preferem, destinando seu patrimônio e moldando suas opções a fim de prioritariamente atender o que lhes traga maior satisfação, traduzida por uma medida de utilidade. A aparente facilidade do transpasse do utilitarismo individual para decisões coletivas envolve, no entanto, maiores dificuldades, pois a escassez de bens impede que as distintas demandas dos indivíduos possam ser igualmente realizadas, assim como o proveito auferido em cada distribuição será distinto para cada participante que, segundo suas concepções pessoais, terá critério próprio para avaliar os bens que lhe tragam maior utilidade. A medição da utilidade média ou marginal em uma coletividade enfrentará as dificuldades próprias às distintas opções de vida observáveis, tolerando o sacrifício de direitos e bens de parte da sociedade se o resultado for um maior somatório da utilidade, bem como ignora a concessão de igual tratamento às pessoas, por ser capaz de legitimar critério de escolha em que a disponibilidade de recurso público possa ser direcionada para a aquisição de bem supérfluo para grupo que lhe atribua imensa utilidade em detrimento de sua destinação a outro grupo que lhe repete a qualidade de essencial, porém não tenha sua pretensão satisfeita por matematicamente não sobrepujar o mais elevado resultado obtido na primeira distribuição. Outrossim, o utilitarismo presume a atuação consequencialista dos membros da sociedade que não reconhecem seus atos como dotados de uma qualidade intrínseca de correção moral, assim como enfrenta resistência fática, ante a aceitação implausível de tais resultados pelos grupos que tenham seus direitos e bens sacrificados, não sendo uma teoria que possa oferecer um equilíbrio permanente.

Ao rejeitar as perspectivas intuicionistas e utilitaristas, Rawls preocupou-se em construir uma teoria que possua a dupla vantagem de apresentar argumentos que confirmem sua exequibilidade e atendam ao que seja desejável ao nível da organização política e social<sup>97</sup>. Não se restringindo a uma perspectiva puramente filosófica, erigida sob propósitos estritamente deontológicos, evidencia-se a inquietação de que os resultados obtidos possam ser aprovados em um teste fático, o que constituirá resposta de especial valia às críticas quanto à excessiva abstração dos seus resultados, mormente quando evidenciado, em obras posteriores, que o seu intuito principal foi buscar soluções aos conflitos observados no mundo ocidental entre concepções dicotômicas acerca da defesa da liberdade e da igualdade, particularmente no cenário norte-americano. Sua finalidade é mostrar que numa sociedade democrática liberal, em que todos os participantes são tratados com respeito mútuo, seja

---

<sup>97</sup> KUKATHAS, Chandran; PETIT, Philip. Rawls: “Uma Teoria da Justiça” e os seus críticos. Trad. de Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995, p. 19.

possível definir estruturas que possam “levar a cabo a idéia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo, entre os cidadãos como pessoas livres e iguais”<sup>98</sup>, onde a ênfase recaia sobre a igualdade de oportunidades e instituições que deem sustentação às liberdades políticas. O alicerce da concepção de justiça a ser defendido, entretanto, não se atém a um modo como o bem dos indivíduos deve ser avaliado, porquanto ele deve ser livremente definido por estes, sendo certo que as suas reivindicações autonomamente elaboradas substituem os interesses de grupos, associações e culturas como meta de avaliação das estruturas sócio-políticas<sup>99</sup>.

Não obstante o esforço de síntese da doutrina de Rawls vertida em *Uma Teoria da Justiça* incorra nos riscos de menosprezo a traços de elevada importância cuja explanação fugiria à proposta de simplificação, serão delineados os seus aspectos essenciais com maior atenção ao princípio da distribuição e as imbricações dele extraídas.

Rawls inicia sua exposição, partindo de um contrato hipotético, alheio a concepções de que a relativa igualdade entre os homens dá-se pela constatação de recíprocas vulnerabilidades e desigualdades físicas que conduziria a um acordo de valor instrumental, com o qual o respeito mútuo se observa como etapa subsequente a um estado em que ele era erigido a partir da capacidade individual de forçar os demais a reconhecê-lo. Ao revés, para ele o contrato hipotético tem relevância por refletir “nossos status moral igual, a idéia de que, do ponto de vista moral, a sorte de cada um tem a mesma importância – a idéia de que todos contamos por igual”<sup>100</sup>. Neste estágio, os indivíduos encontram-se na posição original, na qual, apartados de um contexto histórico, nenhum deles vê-se favorecido por dons naturais ou por sua condição social, de forma que seja impossível adaptar as escolhas a serem feitas às suas condições pessoais, assim como deve ser assegurado que as inclinações particulares sobre o bem não terão influência na eleição dos princípios de justiça que regerão as estruturas

---

<sup>98</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XVIII do prefácio e edição brasileira.

<sup>99</sup> KUKATHAS, PETIT, 1995, p. 29. Os autores defendem que o individualismo moral presente na obra de Rawls defende o bem “para os indivíduos”, o que seria distinto dos princípios do bem “nos indivíduos”, “pelos indivíduos” e “dos indivíduos”. Sobre este último posicionamento, aduzem que: “A doutrina do bem das pessoas estabelece que os únicos bens pelos quais um Estado pode ser apreciado são aspectos que pertencem individualmente às pessoas, como a sua liberdade, a sua felicidade, a sua igualdade. Exclui, por isso, qualquer juízo de aprovação de uma estrutura sócio-política para a produção de bens que, embora afetem as pessoas, pertencem a entidades colectivas. Exemplos desses bens colectivos poderão ser a solidariedade, a continuidade de uma cultura ou a harmonia das relações entre grupos sociais. É característico desses bens colectivos que embora a sua existência afecte os indivíduos, não há maneira de esses bens poderem afectá-los a todos. Por isso, num certo sentido, esses bens não são das pessoas, pelo que a terceira doutrina se recusaria a admitir que um Estado fosse legitimado para produzir benefícios desse tipo.” A impossibilidade da solidariedade ser um bem insuscetível de fruição individual não impede que seja vista de forma positiva na estrutura criada por Rawls.

<sup>100</sup> GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós, 1999, p. 34.

sócio-políticas que serão criadas<sup>101</sup>. Para a definição de tais princípios, Rawls supõe que “cada homem tenha a capacidade necessária para entender quaisquer princípios que sejam adotados e agir de acordo com eles”<sup>102</sup>. Assim, embora os participantes sejam “racionais e mutuamente desinteressados”, não são egoístas, procurando agir a fim de que sejam acolhidos os meios mais eficientes para colimar os fins perseguidos. Percebe-se que em situação de peculiar ignorância quanto à posição que venham a ocupar na sociedade e dotados de iguais qualidades racionais, os acordos serão alcançados de forma unânime, o que servirá de subsídio a críticas lançadas a obra de Rawls por adotar construção monológica que ignora os distintos papéis ocupados em sociedade e falhar no reconhecimento de tais posições. Entretanto, vale ressaltar que o recurso à posição original não almeja uma explicação antropológica da “existência pré-social dos seres humanos, mas uma afirmação moral a respeito da ausência de subordinação moral”<sup>103</sup> entre eles.

O desconhecimento quanto às aptidões naturais, às condições sócio-econômicas, às inclinações pessoais e às concepções de bem dos participantes do contrato hipotético na posição original é envolto pelo véu da ignorância, de sorte que a eleição dos princípios da justiça dá-se de forma alheia a tais contingências. Na posição original, Rawls não pretende que o desconhecimento de gostos e aptidões expresse uma teoria da identidade pessoal, mas um “teste intuitivo da equidade” compatível com o primado de uma justiça procedimental pura<sup>104</sup>, “quando não há um critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contanto que o procedimento tenha sido corretamente aplicado”<sup>105</sup>. Portanto, criadas uma constituição política e uma organização justas serão consubstanciados os pressupostos para um procedimento igualmente justo, o que tornará desnecessário o controle das inúmeras variáveis e circunstâncias mutáveis capazes de serem observadas após retirado o véu da ignorância. Não obstante este argumento de Rawls venha a ser objeto de análise mais detida em momento seguinte, é possível desde já sublinhar que a “igualdade equitativa de oportunidades” da posição original conservada pela justiça

---

<sup>101</sup> RAWLS, 2002, p. 20-1.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>103</sup> KYMLICKA, Will. Filosofia política contemporânea. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 77. MULHALL, Stephen; SWIFT, Adam. Liberals and communitarians. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishers, 1997, p. 14.

<sup>104</sup> KYMLICKA, 2002, p. 79. Rawls define a justiça procedimental pura em oposição à justiça procedimental perfeita e a justiça procedimental imperfeita. Na primeira hipótese, há “um padrão independente para decidir qual resultado é justo e um procedimento que com certeza conduzirá a ele”, enquanto, na última hipótese, “embora haja um critério independente para produzir o resultado correto, não há processo factível que com certeza leve a ele”. RAWLS, 2002, p. 91-2.

<sup>105</sup> RAWLS, 2002, p. 92.

procedimental pura é infirmada pela prova empírica da história<sup>106</sup>, sendo de difícil comprovação a premissa de que uma estrutura justa baste, por si, para que os resultados das deliberações que venham a ser tomadas no convívio social conservem as mesmas qualidades observadas no contrato hipotético.

Sob o pálio do desconhecimento, o único fato particular sabido pelos indivíduos é que “a sua sociedade está sujeita às circunstâncias e que qualquer consequência que possa decorrer disso”, além de que a concepção de justiça seja capaz de produzir sua própria sustentação e, por conseguinte, gerar sua estabilidade, a fim de que os princípios estabelecidos, ao serem incorporados na estrutura básica da sociedade, sejam aderidos por seus integrantes que deverão ser capazes de agir em conformidade com eles<sup>107</sup>. As circunstâncias da justiça, neste estágio, são marcadas simultaneamente pela necessidade de cooperação e pelo conflito de interesses, porque não se supõe que os participantes sejam indiferentes a uma maior distribuição de bens a seus homólogos em detrimento às possibilidades de perseguição de seus objetivos. Tem-se, portanto, cenário de escassez moderada de bens, de forma tal que a urgência de cooperação seja percebida como desnecessária e os esforços a serem empreendidos não sejam previamente enfraquecidos ante seu irreversível insucesso<sup>108</sup>. Ao buscarem os princípios da justiça, os participantes estarão apegados a uma concepção de justiça enquanto esquema social delineado a partir de direitos e deveres fundamentais dependentes das condições sócio-econômicas existentes. Ignoradas as propensões pessoais aos conceitos de bem e felicidade, deverão ser reconhecidas prioritariamente as liberdades necessárias ao desenvolvimento dos projetos particulares dos indivíduos, bem como eles deverão possuir os meios imprescindíveis, observadas as estruturas básicas, para levar tais interesses a cabo. Esses meios, compreendidos como pressupostos básicos à realização dos desejos dos seres humanos, independentemente dos seus

---

<sup>106</sup> A crítica libertária do liberalismo igualitário não será apreciada no presente trabalho, mas, no ponto, assiste razão à Nozick quando afirma que: “O fato de que uma conclusão poderia ter sido deduzida de meios que preservam a verdade, com base em premissas que são verdadeiras, é suficiente para demonstrar a verdade. Que de uma situação justa uma situação poderia ter surgido através de meios que preservem a justiça não é suficiente para demonstrar-lhe a justiça. O fato de que as vítimas de um ladrão poderiam ter voluntariamente ter-lhe dado presentes não lhe dão direito aos seus ganhos mal obtidos. A justiça na propriedade é histórica, depende do que realmente aconteceu.” NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 172-3.

<sup>107</sup> RAWLS, 2002, p. 148. Embora Rawls sustente que nenhuma geração pode formular princípios que somente beneficiem a si, ele encontra dificuldades de justificar a poupança como recurso contra a possibilidade de exaustão no uso dos bens. Para tanto, alega que “não importa qual seja a posição de uma pessoa no tempo, cada uma é forçada a escolher por todas” (p. 151).

<sup>108</sup> RAWLS, 2002, p. 137.

planos de vida específicos, serão denominados bens sociais primários que, de forma ampla, abrangem direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza<sup>109</sup>.

Intuídos os princípios de justiça que poderiam balizar a estrutura social, os participantes deverão alcançar um equilíbrio reflexivo, quando é obtido acordo sobre os princípios – que conformam nossos julgamentos - após testadas racionalmente as concepções primeiramente cogitadas, mediante ajusto mútuo das diversas considerações observadas<sup>110</sup>. Esse consenso pressupõe que os agentes racionais tenham aversão a qualquer espécie de risco, pautando suas escolhas tendo em vista que a alternativa preferida é aquela onde o pior resultado possível seja superior aos piores resultados das demais opções, o que será vertido na regra maximin (maximun minorum), que somente será plausivelmente aceita em contexto de absoluta incerteza<sup>111</sup>.

À luz de tais condições, Rawls define os dois princípios da justiça – caracterizados por sua generalidade, universalidade, publicidade, ordenação e caráter terminativo – da seguinte forma:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema de liberdades para as outras.  
Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.<sup>112</sup>

A observância de tais princípios deve se dar de forma lexical, de sorte que o primeiro princípio da justiça anteceda o segundo, porquanto eventuais violações a liberdades básicas somente se justificam em respeito a liberdades, sendo incabível a infração destas para que se obtenham maiores vantagens econômicas e sociais. O liberalismo igualitário de Rawls subsumirá no conceito de liberdades básicas todas aquelas precipuamente voltadas à preservação da formação autônoma da vontade dos indivíduos, sendo possível relacionar as liberdades política, de expressão e reunião; de consciência e de pensamento; de proteção

<sup>109</sup> RAWLS, 2002, p. 98. Álvaro de Vita faz importante constatação quando destaca que as necessidades básicas do cidadão trazem em si um objetivo mais ambicioso do que a mera realização de um “mínimo socialmente adequado”, porque “elas têm a ver com as condições que tornam possível o exercício de duas faculdades morais que constituem a identidade pública das pessoas: a capacidade de constituir e de revisar (se isso for necessário) uma concepção do bem (do seu próprio ou de outros); e a capacidade de ter e de agir com um senso de justiça”. VITA, Álvaro de. A justiça igualitária e seus críticos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 208.

<sup>110</sup> RAWLS, 2002, p. 23.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 167, 670. Para melhor compreensão da regra maximin, é válido reproduzir o exemplo utilizado pelo autor, segundo o qual podem ser imaginadas três situações hipotéticas, em que seja possível tomar três distintas decisões que produzam os seguintes resultados traduzidos em unidades monetárias: I) -7, 8, 12; II) -8, 7, 14; III) 5, 6, 8. A alternativa escolhida deverá ser a III, pois, embora seja possível vislumbrar um proveito maior individual em outras opções, ela assegura a melhor “pior” situação possível.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 64.

contra a “opressão psicológica e a agressão física”; direito à propriedade privada e “a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de Estado de Direito”<sup>113</sup>. A prioridade das liberdades básicas impede que elas possam ser relativizadas conforme a posição ocupada por seus titulares, admitindo-se tão somente que sejam reciprocamente limitadas ante a necessidade de coexistência harmônica entre si ou que a negação temporária traduza a urgência de mudanças das condições de civilização que possam fazer com que sejam completamente instituídas em momento subsequente. A primazia da liberdade como valor intrínseco ao ser humano - forte indício dos supedâneos liberais kantianos que escoram a teoria de Rawls - é objeto, porém, de menor atenção neste estudo, em razão da particular definição dada à igualdade veiculada pelo segundo princípio da justiça.

Decerto, os agentes no contrato hipotético não estão imbuídos de propósitos puramente altruístas, à medida que elegem princípios que possam protegê-los e suas gerações futuras, a fim de que a admissibilidade de possíveis distribuições desiguais de renda e autoridade somente encontrem esteio se melhorada a condição de todos quando comparada com a posição original, de modo que as vantagens permitidas serão aquelas que tragam um benefício recíproco a toda coletividade. Rawls, ao afastar-se do perfeccionismo moral, imagina que aqueles que detenham aptidões naturais, que podem ser voltadas a um melhor proveito da sociedade, somente as desenvolverão por meio de uma cooperação voluntária “se os termos do esquema forem razoáveis”<sup>114</sup>, auferindo os benefícios, traduzidos pela distribuição desigual de bens – excetuadas as liberdades básicas – na exata proporção que promova o benefício dos demais, a ser mensurado por critérios objetivamente perceptíveis, afastando-se julgamentos com base no bem-estar potencialmente fruível. O princípio da diferença, de igual modo, constitui importante subsídio para a compreensão da solidariedade segregada de valores morais externados em certas formas de conduta preferíveis sob a égide de uma particular percepção do que seja o bem, ou como consectário de um sentimento de estima social fundado em laços comuns de tradição e origem ou em uma atitude de deferência, aceita com o estigma da subordinação.

Rawls expressamente afirmou que o princípio da diferença irá corresponder a um significado natural de fraternidade – aqui compreendida como solidariedade – uma vez que

---

<sup>113</sup> RAWLS, 2002, p. 65.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 110. Rawls distingue a liberdade do valor da liberdade, que radicaria na incapacidade de alguém beneficiar-se de seus próprios direitos em razão da pobreza e da ignorância, o qual entende que é compensado em sua teoria, pois a capacidade de conseguir seus objetivos seria menor caso não fosse observado o princípio da diferença, afirmando que: “Juntando-se os dois princípios, a estrutura básica deve ser orientada para maximizar o valor para os menos favorecidos, no sistema completo de liberdade igual partilhada por todos. Isso é que define o fim da justiça social.” (p. 222).

traduz a idéia de que “aqueles que estão em melhor situação estão dispostos a receber seus objetivos mais elevados apenas dentro de um esquema no qual isso resulte em benefícios para os menos afortunados”<sup>115</sup>. Assim, ao buscar conferir uma interpretação democrática dos dois princípios da justiça, Rawls aduz que:

(...) a liberdade corresponde ao primeiro princípio, a igualdade à idéia de igualdade no primeiro princípio juntamente com a igualdade equitativa de oportunidades, e a fraternidade corresponde ao princípio da diferença. Desse modo encontramos um lugar para a concepção da fraternidade na interpretação democrática dos dois princípios, e percebemos que ela impõe uma exigência definida sobre a estrutura básica da sociedade. Os outros aspectos da fraternidade não devem ser esquecidos, mas o princípio da diferença expressa o seu significado fundamental do ponto de vista de justiça social.<sup>116</sup>

Contudo, assinale-se que suspenso gradualmente o véu da ignorância, os participantes atingirão um primeiro estágio correspondente à convenção constituinte, onde, observadas as liberdades individuais fundamentais, especialmente as de consciência e pensamento, bem como obedecidas as regras de um procedimento justo, possa ser estabelecido “um status comum seguro de cidadania igual”. Realizada a concepção de justiça política, passa-se à legislatura, instante em que serão definidas as políticas sociais e econômicas para “maximizar as expectativas a longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades e obedecendo à manutenção de liberdades iguais”. Em uma última etapa, desvelados todos os óbices ao pleno conhecimento da realidade fática, verifica-se um sistema de regras observáveis pelos cidadãos e aplicáveis por juízes e administradores. A obtenção progressiva das informações relacionadas às efetivas posições sociais ocupadas pelos indivíduos ocorre de forma proporcional à necessidade de que o conhecimento de tais dados não atue de forma influente na análise das questões relacionadas à justiça. Exige-se maior ignorância conforme a generalidade das soluções a serem dadas, o que se evidencia no exercício mais casuístico, porém não arbitrário, dos poderes atribuídos ao julgador e ao

---

<sup>115</sup> RAWLS, 2002, p. 113. A solidariedade e a tolerância são, tal como destaca Philippe van Parijs, os pilares do credo central do pensamento de Rawls. VAN PARIJS, 1995, p. 10.

<sup>116</sup> RAWLS, 2002, p. 113-4. O argumento empregado revela-se especialmente útil para rejeitar a benevolência de um espectador imparcial, presente em algumas abordagens utilitaristas, como supedâneo à idéia de solidariedade. Com efeito: “Se as reivindicações desses bens se chocam, a benevolência não sabe como proceder, pelo menos enquanto tratar esses indivíduos como pessoas separadas. Esses sentimento de ordem superior não incluem princípio do justo para resolver tais conflitos. Portanto, um amor pela humanidade que deseja preservar a distinção entre as pessoas, reconhecer o caráter isolado da vida e da experiência de cada um, fará uso dos dois princípios da justiça para determinar seus objetivos quando os vários bens valorizados estão em oposição. Isso equivale simplesmente a dizer que esse amor é guiado pelos que os próprios indivíduos aceitariam em uma situação inicial justa que lhes assegure uma representação igual como pessoas éticas. Podemos agora perceber por que não haveria ganho algum em atribuir a benevolência às partes na posição original.”

administrador, que deverão agir em conformidade com as leis e políticas tidas como justas se produzidas dentro dos limites definidos pela constituição<sup>117</sup>.

## 2.2 O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin

A defesa comum do liberalismo igualitário por John Rawls e Ronald Dworkin não impediu que este formulasse críticas a algumas das premissas utilizadas em *Uma Teoria da Justiça*<sup>118</sup>. Embora alinhe-se ao liberalismo baseado na igualdade a exigir que o Estado trate seus cidadãos como iguais e que a neutralidade moral somente constitua recurso de argumentação válida quando assim exigir a igualdade<sup>119</sup>, Dworkin não pretende justificá-lo a partir de um contrato hipotético, o qual credita relevância restrita enquanto revelador de prévia necessidade de igual consideração entre os seres humanos, bem como por constituir premissa frágil cuja conservação parece pouco consistente com a experiência comum, uma vez que a concordância hipotética, antecedente ao conhecimento das condições reais de existência, não é, por si, fator insuperável para a manutenção dos princípios antes definidos<sup>120</sup>. Essa objeção não é decisiva porque, em iguais condições de ignorância sobre suas condições pessoais, homens e mulheres poderiam encontrar os princípios de justiça definidos por Rawls, os quais, segundo Dworkin, “devem fundamentar nossos juízos, e não simplesmente explicá-los, e isso significa que os princípios devem ter um apelo independente ao nosso senso moral”<sup>121</sup>. Na elaboração desse modelo, não é admitido um conhecimento a

---

<sup>117</sup> A defesa da justiça procedimental pura é exemplificada pela seguinte passagem de Rawls, 2002: “É essencial ter em mente que a seqüência dos quatro estágios é um recurso para aplicação dos princípios da justiça. Esse esquema é parte da teoria da justiça como equidade e não de uma explicação de como na prática procedem as legislaturas e convenções constituintes. (...) Assim, uma constituição justa é aquela que delegados racionais, sujeitos à restrição do segundo estágio adotariam para a sua sociedade. De maneira semelhante, as leis e políticas justas são aquelas que seriam estabelecidas no estágio legislativo. É óbvio que esta avaliação é muitas vezes indeterminada: nem sempre está claro qual seria a escolhida dentre várias constituições, ou ordenações econômicas e sociais. Mas quando isso acontece, a justiça é indeterminada da mesma forma.” (p. 217)

<sup>118</sup> A admiração de Dworkin por Rawls fica evidente em inspirada passagem: “The work of philosophical icons is rich enough to allow appropriation through interpretation. Each of us has his or her own Immanuel Kant, and from now on we will struggle, each of us, for the benediction of John Rawls. And with very good reason. After all the books, all the footnotes, all wonderful discussions, we are only just beginning to grasp how much we have to learn from that man.” DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 261.

<sup>119</sup> A essa concepção de liberalismo Dworkin opõe aquela fundada na neutralidade do Estado em questões morais, somente promovendo medidas igualitárias se assim exigir a neutralidade. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 305.

<sup>120</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002a, p. 236.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 243.

ser descoberto do que venha a ser o justo, típico de uma explicação ontológica que pressupõe uma moralidade objetiva a ser revelada aos seres humanos. Ao contrário, opta-se por construção em que os princípios da justiça são estabelecidos por meio de uma teoria moral a ser desenvolvida e não como um relato sobre o verdadeiro, o que se amoldaria à noção de equilíbrio reflexivo, por meio do qual as intuições primeiras dos participantes são ajustadas reciprocamente até que se obtenha um consenso sobre a melhor combinação possível<sup>122</sup>. A ideia subjacente ao equilíbrio reflexivo não seria insuscetível a críticas, pois, se as intuições adotadas na posição original radicarem em convicções morais, seria plausível que a mera discordância entre os participantes da posição original não consubstancie fator idôneo à mudança da convicção antes formada. Dworkin, então, sustenta que os princípios da justiça de Rawls não são “uma descrição verdadeira da realidade moral”<sup>123</sup>, sendo passíveis de superação quando alteradas as condições gerais e a educação dos membros da sociedade.

As questões levantadas por Dworkin são, porém, incapazes de infirmar, sob uma perspectiva interna, o raciocínio desenvolvido por Rawls, o qual reconhece que o percurso por ele traçado esteve atrelado a uma elaboração hipotética especialmente voltada à explicação dos princípios de justiça que poderiam ser aplicados em uma sociedade democrática liberal. Outrossim, eventual falha existente, sob o ponto de vista metodológico, somente poderia ser detectada caso vislumbrado equívoco no encadeamento da conclusão obtida sob a égide das mesmas premissas acatadas, o que não se observa na crítica de Dworkin ao modificar o conhecimento dos homens e mulheres integrantes da posição original, ora dotados de “concepções morais”, que procurariam refutar o equilíbrio estável antes alcançado sob o véu da ignorância. A coerência dos pressupostos adotados por Rawls é reconhecida por ele, quando sustenta que a finalidade do contrato hipotético não se encontra na defesa dos princípios de justiça através, mas a partir do contrato<sup>124</sup>.

Contudo, Dworkin obterá efetivo êxito quando aduz que o conceito de bens primários empregado para aferição da observância do princípio da diferença é incompleto, assim como que o segundo princípio da justiça de Rawls, tal como definido, funciona como elemento perpetuador, e não de mitigação, de desigualdades. Para tanto, mostra-se necessário sublinhar que, rejeitado o emprego do contrato hipotético, da posição originária e do véu da ignorância, Dworkin cogita que se um liberal fundasse um novo Estado ele deveria buscar alcançar algo semelhante a uma igualdade aproximada, segundo a qual “recursos e oportunidades devem ser

---

<sup>122</sup> DWORKIN, 2002a, p. 255.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 258.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 262.

distribuídos, tanto quanto possível, igualmente, de modo que aproximadamente a mesma parcela de tudo o que está disponível seja destinada a satisfazer as ambições de cada um”<sup>125</sup>. Ante a inexistência de uma concepção de bem que privilegie a distribuição de recursos para atendimento de um sentido teleológico, os membros da sociedade deverão estar em iguais condições para realizarem seus projetos de vida, adquirindo, então, os recursos necessários para tais empreendimentos. Em tais condições, são identificados dois princípios baseados na igualdade como um ideal político: i) o governo deve tratar todos “os que estão a seu cuidado como iguais, isto é, como tendo direito a igual atenção e respeito de sua parte”; ii) o governo deve tratar “igualmente todos os que estão a seu cuidado na atribuição de oportunidades, ou, pelo menos, que trabalhe para assegurar o estado de coisas em que todos sejam iguais ou mais aproximadamente iguais nesse aspecto”<sup>126</sup>.

A ordem de apresentação de tais princípios possui razão própria. Enquanto o primeiro seria constitutivo, o segundo seria derivado, de sorte que tratar os cidadãos como iguais consubstancia uma posição que vale por si, suscetível de relativização somente se justificada pela sobreposição de um outro princípio constitutivo, ao passo que a inobservância do segundo não afetaria a manutenção do arranjo político de modo tal que somente seria justificável para ceder espaço em face a um princípio constitutivo, sendo possível afirmar, que nem sempre tratar as pessoas igualmente será equivalente a tratá-las como iguais. A importância de tal conclusão se revelará na imperfeição do mercado como elemento de distribuição de recursos no mundo real. Com efeito, Dworkin vê como pertinente a distinção entre os resultados decorrentes das escolhas dos indivíduos e aqueles oriundos de suas condições<sup>127</sup>. Embora a liberdade e a neutralidade para a definição das inclinações particulares não considerem reprovável que um mesmo montante de recursos seja utilizado para custeio do ócio ou diversão de uma pessoa, enquanto outra o destine para a realização de uma atividade produtiva que gerará mais renda, a desigualdade observada estará lastreada no mérito dos agentes e nas escolhas autonomamente realizadas. Contudo, a distribuição de talentos e dos demais bens naturais não é feita dentro dos lindes do mercado e mesmo a distribuição de recursos iguais será incapaz de assegurar uma equidade de oportunidades, por vezes sendo necessária uma maior quantidade de recursos para satisfazer ambições idênticas<sup>128</sup>.

O passo decisivo à elaboração da concepção de justiça defendida por Dworkin é dado com a publicação de *Virtude Soberana*. Nessa obra, ele reitera que a legitimidade política dos

---

<sup>125</sup> DWORKIN, 2002a, p. 287.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 283-4.

<sup>127</sup> *Idem*, 2006, p. 253.

<sup>128</sup> *Idem*, 2002a, p. 292.

governos assenta-se na igual consideração devotada a todos os cidadãos, pré-condição para o direito de a maioria fazer cumprir as leis em face daqueles que as tenham como irracionais ou injustas<sup>129</sup>. A concepção de igualdade supõe dois princípios do individualismo ético: a igual importância (objetivamente é importante que cada vida tenha êxito) e a responsabilidade final (as pessoas são responsáveis pelas escolhas que fazem na condução de suas vidas).

Definidos tais princípios, Dworkin reitera que tratar as pessoas como iguais não é o mesmo que tratá-las igualmente, bastando destacar como duas teorias sobre a igualdade distributiva podem fornecer diferentes respostas ao mesmo problema. Ao passo que a igualdade de bem estar propugna que lidar com as pessoas como iguais exige a distribuição de recursos até que nenhuma transferência adicional melhore o bem estar delas, a igualdade de bens apregoa que as pessoas são tratadas como iguais se nenhum repasse adicional iguale mais suas cotas dos recursos totais. A comparação entre as duas teorias leva intuitivamente a uma inclinação favorável à igualdade de bem estar, embora Dworkin reafirme sua condenação ao patrocínio de gastos deliberadamente caros<sup>130</sup>. Um dos aspectos que a confirmaria está assente na forma como é pensado o tratamento de portadores de necessidades especiais. Entretanto, não há dados empíricos que possam confirmar essa presunção, pois integrantes de classes econômicas mais elevadas não desfrutam, necessariamente, de maior bem estar, bastando a lembrança de Tiny Tim e Scrooge, os dois principais de Dickens em “Um Conto de Natal”<sup>131</sup>. Além disso, repasses contínuos de recursos a portadores de necessidades especiais poderiam ser insuficientes para tornar o seu bem estar próximo aos demais membros da sociedade, sendo essa percepção da igualdade um parâmetro pouco eficiente para saber o patamar até o qual essas transferências deveriam se operar tendo em conta o custo arcado pela coletividade e as escolhas que sejam feitas por quem as recebe.

A prioridade do bem estar, como realização maior da igualdade sofre críticas porque as pessoas não podem ser feitas como iguais em uma dimensão nas quais elas variam distintamente<sup>132</sup>. O bem estar não pode ser visto como bom por si, uma vez que tão variados são os conceitos que a ele se relacionam. O subjetivismo inerente à satisfação de preferências inibe a especificação de uma concepção de bem estar como objetivo político concreto que, uma vez precisado, perde seu apelo por importar no abandono das demais convicções

---

<sup>129</sup> DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002b, p. 2.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 63.

particulares sobre o que seja o bem<sup>133</sup>. A objeção de Dworkin é enfatizada, pois a comunidade política não deveria ter como propósito mitigar ou compensar diferenças de personalidades, mas entre recursos pessoais, cujas carências possam fazer com que homens e mulheres sejam incapazes de obter uma renda satisfatória<sup>134</sup>.

A igualdade de recursos, em contrapartida, atine aos bens sujeitos à apropriação privada e à abrangência dos poderes do dono sobre a coisa, o que resvala na importância do exercício dos direitos políticos para, no âmbito dos direitos reais, conferir esteio legal à extensão do gozo, fruição e alienação da propriedade<sup>135</sup>. Para facilitar a compreensão de seu ponto de vista, Dworkin utiliza como alegoria um grupo de náufragos que se refugiam em uma ilha deserta onde há abundantes recursos naturais e inexistente população nativa. Aceito o princípio de que ninguém originariamente tem direito a mais recursos do que os demais, os bens são divididos igualmente até que – possível as trocas entre os participantes em um mercado aberto – seja obtido resultado em que nenhum deles inveje a cota de recursos de que outrem é proprietário. Contudo, o denominado teste da inveja pode produzir resultado falho caso tome como ponto de partida uma distribuição igual de bens – basta cogitar a hipótese em que os bens disponíveis agradem apenas poucos náufragos – razão pela qual os sobreviventes devem ser aquinhoados com uma igual quantidade de conchas em montantes razoáveis, a serem utilizadas para a compra dos bens em leilão público, onde haja liberdade para oferecer e retirar propostas<sup>136</sup>, a fim de que o poder aquisitivo uniforme, no estágio inicial, produza resultado aprovado pelo teste de inveja.

A engenhosidade do argumento excede seu desiderato didático. O leilão, como instrumento concretizador da igualdade de recursos, revela que o valor atribuído a cada bem corresponde ao seu custo de oportunidade para os outros membros da sociedade, isto é, “a verdadeira medida de recursos destinada a uma pessoa é fixada ao se perguntar quão importante aquele recurso é para os outros”<sup>137</sup>. Da explicação em favor da igualdade de recursos sobressai também sua maior adequação à responsabilidade das pessoas em relação aos planos de vida que pretendem seguir, pois, com base na definição dos preços, serão conhecidos os custos que suas escolhas acarretam aos demais e a quantidade de bens que pode

---

<sup>133</sup> DWORKIN, 2002b, p. 285.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 286.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 70. O texto em língua estrangeira é: “The auction proposes what the envy test in fact assumes, that the true measure of the social resources devoted to the life of one person is fixed by asking how important, in fact, that resource is for others.”

ser equitativamente usada por eles<sup>138</sup>, contraponto relevante em face da igualdade de bem estar, na qual a assunção do tipo de vida a trilhar independe de informações sobre o resultado das escolhas pessoais sobre a redução ou o aumento da capacidade de outros conquistarem o que desejam.

Eventuais deficiências do leilão não são ignoradas por Dworkin, para quem gostos particulares ou a quantidade de bens básicos disponíveis são fatos contingentes que não derogam uma distribuição tida como regular, conquanto exijam a reformulação do que seja igualdade de recursos nessas circunstâncias<sup>139</sup>. Ademais, a previsibilidade dos riscos experimentados é determinante para que a elaboração de mecanismos de reparação não favoreça aqueles que deliberadamente neles incorreram com o ingresso voluntário em empreitadas de resultados aleatórios<sup>140</sup>. A aversão ao risco é mitigada pela oportunidade de contratação de seguros hipotéticos, de modo que o prêmio pago, proporcional à extensão da cobertura, reflète as opiniões das pessoas sobre o valor relativo de seus bens e expectativa de vida, o que é ainda pouco eficiente para debelar deficiências natas, situações em que pessoas detêm um menor conjunto de bens, o que, por si, justifica ações de compensação.

A atenção dedicada à distinção entre dons e ambições traduz a aprovação da posse de maior quantidade de recursos inerente a preferências menos dispendiosas e ao esforço individual, o que não se amolda a hipóteses nas quais a distribuição desigual de talentos genéticos levem a diferenças de renda entre as pessoas com igual ambição<sup>141</sup>. A proposta não ignora que a valorização de certos talentos é mutável no tempo, assim como o despertar de habilidades especiais pode depender de estímulos que tornam pouco nítida a divisão entre talento e ambição. Entretanto, essas considerações não debelam a necessidade de que, em nome da igualdade, condições sócio-econômicas inferiores sejam a confirmação de inaptidões herdadas<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> DWORKIN, 2002b, p. 69.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>140</sup> Dworkin examina tais hipóteses, dividindo-as em 'sorte opcional' e 'sorte bruta'. Segundo ele: "Option luck is a matter of how deliberate and calculated gambles turn out whether someone gains or loss through accepting an isolated risk he or she should have anticipated. Brute luck is a matter of how risks fall out that are not in that sense deliberate gambles". Ibidem, p. 73.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 108. A ausência de resposta precisa a esse problema foi objeto de crítica feita por Agnes Heller: "Existem desigualdades reais no início da vida que nenhuma redistribuição pode superar. Uma vez que a recomendação de Dworkin é insensivelmente dotada, mas sensivelmente ambiciosa, não menciono os dons. Entretanto, a oportunidade para jogar e aceitar riscos também é desigualmente dividida desde o início. Existe uma diferença significativa entre começar o jogo deixando a casa dos pais ou reinvestir a herança dos pais como capital." HELLER, Agnes. Além da justiça. Trad. de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 258.

Assentes os pressupostos favoráveis à opção pela igualdade de recursos como a melhor concepção da igualdade distributiva, Dworkin afirma que a liberdade não é um ideal político valorado a par das conseqüências que ela traz a vida das pessoas<sup>143</sup>, sendo elemento essencial ao modo como a igualdade é pensada ante a responsabilidade assumida por homens e mulheres na definição de seus objetivos de vida. A igualdade de recursos é, então, sensível à liberdade, porque:

ela faz com que uma igual distribuição dependa não só do resultado que possa ser diretamente medido, tal como a satisfação de preferências, mas de um processo de decisões coordenadas nas quais as pessoas assumam responsabilidade por seus projetos e ambições, e aceitam, como parte dessa responsabilidade, que elas pertençam a uma comunidade que haja igual consideração por todos, assim como sejam capazes de identificar os verdadeiros custos de seus próprios planos para outras pessoas, elaborando e reelaborando seus planos de forma a usar a quantidade de recursos disponíveis em princípio para todos.<sup>144</sup> (Tradução livre)

A conciliação do exercício da liberdade com a defesa da igualdade de recursos oferece argumento essencial à hipótese a ser provada nesta dissertação: a distribuição de bens e o exercício de direitos sobre eles depende do custo relacional para os outros membros da coletividade<sup>145</sup>. As múltiplas distribuições coerentes com a igualdade confirmam que a divisão de bens é o resultado da concorrência entre pretensões articuladas em conformidade com a expressão de valor que lhes é atribuída distintamente por seus titulares. A vitória de uma pretensão é a contrapartida da derrota de outras<sup>146</sup>. A legitimidade do resultado depende da paridade das armas quando inaugurada a concorrência, de sorte que, ante a ausência de mecanismos de correção, a incongruência detectada inicialmente tende a prosseguir, conferindo efeito multiplicador perverso à iniquidade.

Mais: a liberdade e a igualdade são postas em confluência recíproca, a fim de que a prioridade da primeira não seja assegurada ao custo da segunda, mas em seu nome<sup>147</sup>. Dworkin destaca que, antes do leilão originário e do teste da inveja, é preciso fazer uma especificação das liberdades essenciais à igualdade. É, nesse sentido, que são elaborados: i) o princípio da abstração, a fim de que uma distribuição de recursos seja atestada como ideal se

---

<sup>143</sup> DWORKIN, 2002b, p. 130.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 122. O texto em língua estrangeira é: “It makes an equal distribution depend not on a bare outcome that can be measured directly, like preference-satisfaction, but on a process of coordinated decisions in which people who take responsibility for their own ambitions and projects, and who accept, as part of that responsibility, that they belong to a community of equal concern, are able to identify the true costs of their own plans to other people, and so design and redesign these plans so as to use only their fair share of resources in principle available to all.”

<sup>145</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 133. O texto em língua estrangeira é: “The priority of liberty is secured, not at the expense of equality, but in its name.”

as pessoas são legalmente livres, ressalvadas restrições necessárias à segurança física e sobre suas propriedades ou a correção de imperfeições do mercado, para agir como desejam<sup>148</sup>; ii) o princípio da neutralidade, de sorte que a distribuição de recursos tenha como parâmetro o custo de oportunidade das opções eleitas perante as demais pessoas, de forma indiferente à maior importância que possa ser dada a alguns indivíduos ou ao “valor comparativo de projetos ou moralidades pessoais”<sup>149</sup>; iii) o princípio da correção, segundo o qual as restrições às liberdades de escolha somente devem ser erigidas se demonstrado que a observância delas é a melhor forma de obter distribuição de recursos que efetivamente reflita seus custos de oportunidade<sup>150</sup>; e iv) o princípio da autenticidade, o qual, com peso maior ao da abstração, assegura que os participantes de leilão reflitam sobre e revejam suas convicções, ligações e projetos, assim como tenham oportunidade de defender suas opiniões e influenciar aquelas de seus pares, substrato importante para a proteção especial das liberdades de religião, expressão, associação e da proteção da intimidade<sup>151</sup>. A repreensão a restrições indevidas à liberdade é veemente mediante a reprovação de a possibilidade do preconceito projetar-se no confronto com o princípio da independência, hipótese na qual os lances feitos no mercado hipotético expressariam o ódio por aqueles a serem prejudicados pelo resultado a ser alcançado. O apoio à redução da desigualdade advinda do preconceito é prioritário, mormente por ser o mercado de seguros insuficiente para combater seus efeitos deletérios.

Após a descrição de diferentes modelos de democracia e do alcance dos direitos políticos, Dworkin volta-se à segurança e aos benefícios econômicos da divisão do trabalho para ratificar a importância da vida em comunidade, para a qual é prescindível uma homogeneidade moral<sup>152</sup>. A importância do êxito da comunidade política para a vida de seus membros não atesta o primado ontológico da coletividade, mas que a integração entre seus componentes, tal como ocorre na comparação entre a orquestra e seus músicos, reflete uma relação de dependência que existe animada pela busca do bem estar individual<sup>153</sup>. A primazia ética da vida comunitária somente é aceita se ela estiver limitada às decisões do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, desde que não comprometam a tolerância liberal e a neutralidade sobre o que deve ser a vida boa<sup>154</sup>. Com efeito, Dworkin já afirmara que as políticas de correção de desigualdades indesejáveis precisam estar inseridas na dinâmica da

---

<sup>148</sup> DWORKIN, 2002b, p. 147.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 153.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 219.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 224.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 232-6.

democracia política, cujas decisões, ainda que tomadas por maioria, não poderão sobrepujar os direitos individuais, concebidos como trunfos que seus titulares lançam mão para que tenham protegido o igual interesse e respeito que lhes é intrínseco<sup>155</sup>. No entanto, anota que os esforços exigidos para a redistribuição em uma comunidade política de cidadãos ativos não serão adequadamente explicados, em um regime democrático, com fundamento no espírito virtuoso da coletividade ou no desejo comum de seu engrandecimento. Será necessário que os indivíduos, que se vejam sacrificados, considerem que os encargos suportados possam ser traduzidos em benefícios dos quais sejam capazes de obter proveito, o que se exemplifica com a diversidade cultural, a justiça das instituições e a criatividade no convívio educacional, assim como tais sacrifícios sejam definidos a partir do exercício ativo da cidadania<sup>156</sup>.

Embora já se observe o recurso às virtudes públicas e à identidade com o futuro da comunidade como elementos utilizados para justificar a imposição de deveres aos indivíduos, não há uma erosão dos principais argumentos do liberalismo igualitário, uma vez que ainda assente que não cabe ao Estado a consecução de concepções relacionadas a um modelo de vida boa que não pode sobrepor o âmbito do exercício dos direitos individuais, assim como a defesa da moralidade política não se funda em um conteúdo objetivo informado pela tradição, mas na indispensável urgência de que todos os cidadãos sejam tratados com igual respeito e consideração. A esse propósito, Dworkin motiva a legitimidade política das obrigações políticas – resultantes das decisões coletivas - impostas aos membros de uma comunidade na fraternidade, enquanto lastro a uma fidelidade geral ao Direito inerente às obrigações associativas vigentes numa sociedade de princípios<sup>157</sup>.

No entanto, o salto mais ambicioso é dado ao se afirmar que uma pessoa eticamente integrada em sua comunidade aceita que o valor de sua vida depende do êxito do grupo em tratar todos com igual consideração<sup>158</sup>. A aproximação às propostas de Kant<sup>159</sup> e de seus estudiosos modernos<sup>160</sup> parece clara quando aduz que “agir de forma justa não é uma questão

---

<sup>155</sup> DWORKIN, 2002a, p. 296. “A conhecida idéia, por exemplo, de que os direitos à redistribuição são justificados por um ideal de igualdade que suplanta os ideais de eficiência do mercado em certos casos, não tem lugar na teoria liberal. Para o liberal, os direitos são justificados não por algum princípio que se opõe a uma justificativa independente das instituições políticas e econômicas que eles modificam, mas para aperfeiçoar a única justificativa de que se podem valer essas outras instituições. Se os argumentos liberais a favor de um determinado direito são bem fundamentados, então o direito é um fator de aperfeiçoamento da moralidade política sem alterá-la, não uma transigência necessária, mas lamentável, com algum outro objetivo independente, como a eficiência econômica”.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 315.

<sup>157</sup> DWORKIN, 2003, p. 249, 257.

<sup>158</sup> DWORKIN, 2002b, p. 233, 276.

<sup>159</sup> TERRA, Ricardo. Kant & o direito. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 51.

<sup>160</sup> “Quanto à liberdade subjetiva, não é difícil imaginar que algumas pessoas possam gozar da liberdade e outras não, ou que algumas possam ser mais livres do que outras. A autonomia, ao contrário, não é um conceito

passiva, pois também envolve fazer o que se pode para reduzir a injustiça”<sup>161</sup>, ganhando ar de maior contundência ao asseverar que a remoção de vantagens obtidas sobre outrem em virtude do poder econômico incompatível com uma distribuição de recursos defensável não é uma violação à liberdade<sup>162</sup>. Em verdade, a ética e a justiça atuam como limitadores recíprocos, pois uma vida é dita pior se a pessoa detém mais, ou menos, recursos injustamente e porque a igualdade é assumida como a melhor teoria da justiça<sup>163</sup>, ainda que não se tenha resposta à pergunta sobre o que a igualdade de recursos nos exige em uma sociedade injusta<sup>164</sup>.

A dificuldade vislumbrada por Dworkin é de menor importância se as convicções por ele rechaçadas forem efetivamente elididas e se as suas teses forem estudadas com o devido rigor no debate teórico sobre os direitos fundamentais. O reforço à correlação harmônica do exercício de direitos, evidenciada se reconhecido que os bens e os serviços perseguidos são entregues após a aferição do custo inerente à insatisfação de pretensões incapazes de serem atendidas de modo coetâneo, traduz a insuficiência de as concepções afinadas à igualdade de bem estar fornecerem soluções que adotem o igual valor entre todos os seres humanos como premissa intransponível.

As idiosincrasias advindas da satisfação do bem estar de homens e mulheres denotam o menoscabo pela alteridade imanente às relações jurídicas. Ao Direito não cabe a realização da felicidade<sup>165</sup>. Se essa assertiva demarca os espaços próprios à ação coercitiva do Estado, com maior razão sublinha que, para além da igualdade distributiva, a dignidade da “igual consideração” é instrumento a ser empregado para reforço do princípio da impessoalidade, sem a qual a responsabilidade das pessoas pela condução de suas vidas é recomendação vã.

---

distributivo e não pode ser alcançada individualmente. Nesse sentido enfático, uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente. A idéia que quero sublinhar é a seguinte: com sua noção de autonomia, o próprio Kant já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetivista.” HABERMAS, Jürgen. A ética da discussão e a questão da verdade. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 13.

<sup>161</sup> DWORKIN, 2002b, p. 236. O texto em língua estrangeira é: “Acting justly is not entirely a passive matter; it means not only not cheating, but also doing what one can to reduce injustice.”

<sup>162</sup> Ibidem, p. 180.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 279.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 281.

<sup>165</sup> “Com efeito, a felicidade própria é um fim que todos os homens (em virtude do impulso da sua natureza) têm, mas este fim nunca se pode considerar como dever, sem a si mesmo se contradizer. O que cada um já de per si inevitavelmente quer não está contido no conceito de dever; pois este implica uma coerção para um fim aceite com resistência. Portanto, é contraditório dizer que estamos obrigados a promover a nossa felicidade, com todas as nossas forças. É igualmente uma contradição que me proponha como fim a perfeição de outrem e que me considere obrigado a promovê-la. Pois a perfeição de outro homem enquanto pessoa consiste justamente em que ele mesmo seja capaz de se propor o seu fim, segundo o seu próprio conceito do dever, e é contraditório exigir (propor-me como dever) que eu deva fazer algo que ninguém mais pode fazer a não ser ele mesmo.” KANT, 2004, p. 20-1.

A vantagem em relação aos resultados obtidos por Rawls é, todavia, notável ao se observar efetivo cuidado com a distribuição de recursos alheios às escolhas efetuadas pelos indivíduos que não devem, sob o imperativo de oportunidades equitativas, ter seus projetos de vida frustrados por fatores que extrapolam o mérito de suas condutas e se oponham ao direito de igual consideração e respeito. Destarte, ainda que sejam reconhecidas as dificuldades para que políticas de redistribuição obtenham efetivo êxito em debelar tais disparidades, há que distinguir os pontos positivos quando comparado ao princípio da diferença de Rawls, tido por Kymlicka como uma reação excessiva e insuficiente ao “problema das desigualdades imerecidas”, porquanto não fornece “nenhuma compensação por desvantagens naturais”, bem como exclui “desigualdades que antes refletem escolhas diferentes que circunstâncias diferentes”, o que exige, tal como objetivado por Dworkin, que “uma teoria seja mais sensível à ambição e menos sensível à dotação que o princípio da diferença de Rawls”<sup>166</sup>.

### 2.3 Liberalismo igualitário e igualdade

O rigor das premissas empregadas na defesa do liberalismo igualitário não as tornaram imunes de críticas balizadas pelos preceitos do liberalismo, ora feitas sob o argumento de que a adoção de mecanismos para concretização da igualdade deturpava o primado da liberdade, ora baseadas na ignorância de elementos fáticos que faziam com que os distintos aspectos relacionados a igualdade não fossem completamente abarcados pelos princípios destacados nas obras de Rawls e Dworkin.

O escopo do presente estudo impede que se lance um exame mais atento à crítica dirigida ao liberalismo igualitário sob a ótica do libertarianismo, cuja ênfase irrestrita aos apelos da liberdade preconiza que os resultados obtidos em um sistema de trocas livres somente seriam injustos se elas fossem resultado de uma alocação deliberada em favor de algumas pessoas<sup>167</sup>, visto que “todos os padrões distributivos que incluem um componente igualitário são subvertidos, ao longo do tempo, por atos involuntários de indivíduos isolados, como também toda situação padronizada, com um conteúdo suficiente para ter sido realmente

---

<sup>166</sup> KYMLICKA, 2002, p. 110.

<sup>167</sup> HAYEK, Friedrich Von. Law, legislation and liberty. The mirage of social justice. vol. 2. Chicago: University of Chicago, 1976, p. 64.

proposta como representando o âmago da justiça distributiva”<sup>168</sup>. Em tal perspectiva, ações de redistribuição somente encontram ressonância se fundadas em sentimentos comuns ao grupo, cujos membros seriam ligados por laços de afetividade, fazendo com que qualquer perspectiva de solidariedade a ela associada fosse inerente a um sentimento de fraternidade<sup>169</sup>, consectário de um tratamento próximo à caridade, o que é ora objeto de rejeição por desconsiderar o direito dos indivíduos a um igual respeito e consideração, tese oposta a um Estado indiferente às desigualdades geradas pelo individualismo em sua acepção clássica.

Conquanto seja certo que o liberalismo igualitário defenda a neutralidade do Estado, como agente não ratificador de propostas divergentes sobre modelos de vida boa, ele não pressupõe que o Estado seja alheio aos efeitos das políticas públicas que venha a adotar, sendo certo que se reconhece esfera própria à atuação da autonomia dos indivíduos, que não é elemento impeditivo à obediência às leis regularmente promulgadas, e às exigências de cooperação democrática, atributo inerente à cidadania<sup>170</sup>. Acolhendo-se tais paradigmas, é válido consignar que Rawls e Dworkin não identificaram corretamente as capacidades individuais que os sujeitos possuem de transformar os recursos que têm em liberdades, porquanto, elementos como a capacidade nutricional, poderiam acarretar desempenhos distintos na realização de tais propósitos. Não obstante tal crítica feita por Amartya Sen seja pertinente para a elaboração de políticas de redistribuição, que devem estar atentas às particularidades das iniquidades fáticas que pretendam mitigar ou debelar, as variações de desempenho não consubstanciam argumento idôneo a infirmar o âmago das teorias elaboradas por Dworkin e Rawls, o que não parece ser também o propósito revelado por essa crítica, que melhor traduziria um aspecto corretivo daquelas conclusões<sup>171</sup>.

Contudo, a incoerência detectada por Gerald Cohen no princípio da diferença de Rawls consubstancia argumento contundente, cuja repercussão não pode ser ignorada. De fato, a admissão de desigualdades somente se a posição dos menos favorecidos não for piorada revela que qualquer incentivo àqueles que detêm maiores dotes naturais, capazes de serem desenvolvidos em prol da coletividade, acarreta um reforço da desequiparação já existente quanto à distribuição de talentos e vantagens aleatórias, na medida que parece ser ínsito ao argumento de Rawls que tais sujeitos somente empregariam tais habilidades se vislumbrarem a possibilidade de ganho, o qual deverá ser auferido dentro dos limites do princípio da diferença. A inconsistência apontada seria evidenciada ante as premissas

---

<sup>168</sup> NOZICK, 1994, p. 184.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 193.

<sup>170</sup> LARMORE, 1996, p. 126-40.

<sup>171</sup> GARGARELLA, 1999, p. 78.

acolhidas por Rawls, porquanto homens e mulheres na posição originária se veem impelidos a uma cooperação mútua, ainda que não sejam essencialmente altruístas ou egoístas. Descortinada a ignorância presente no estágio do contrato hipotético, quem detém maiores vantagens somente encontraria justificativa para o desenvolvimento das mesmas, sob o prisma do princípio da diferença, caso obtivesse ganho, o que acabaria por redundar em uma maior disparidade na distribuição de bens entre os menos e os mais favorecidos. O princípio da diferença, em verdade, não seria aceito por aqueles reputados como mais “talentosos”, reais beneficiários da desigualdade<sup>172</sup>.

Não obstante sejam pertinentes as críticas de Cohen, especialmente por detectar falha interna ao raciocínio desenvolvido por Rawls, há que ser ressaltado o perfeccionismo moral subjacente às suas observações, uma vez que prioriza a visão de que o indivíduo deveria ter concepção de vida que inclua o bem dos demais participantes como um aspecto sujeito à valorização igual ao seu próprio bem. O desinteresse quanto ao ganho particular pressupõe sentimento de altruísmo que deva perpassar a ação de homens e mulheres enquanto indivíduos e cidadãos, o que parece ser insuscetível de generalização nas sociedades modernas, especialmente se priorizada a justiça em face de distintas concepções do que seja a vida boa a ser livremente escolhida pelas pessoas.

Por outro lado, são igualmente adequadas as críticas de que a obra de Rawls volta-se a uma explicação da justiça pertinente à “sociedade americana do século XX”, sendo apresentado o conceito de um Estado de Direito, com preocupações liberais e sociais, moldado por “uma democracia constitucional com uma economia de mercado socialmente temperada”<sup>173</sup>. Embora a análise seja correta e não seja refutada por Rawls, ela não retira o proveito das ilações por ele obtidas que não têm aplicações incompatíveis a outros países onde o contexto de heterogeneidade do Estado Democrático de Direito revele iguais preocupações quanto ao equilíbrio entre liberdade e igualdade.

Sob outra perspectiva, merece ser destacado que preocupações relacionadas à justiça social, presentes na obra de Rawls pelas várias derivações do princípio da diferença, devem abranger, para seu efetivo êxito, atenção que não seja exclusiva aos problemas relacionados à redistribuição de bens e recursos para a concretização da igualdade. Ainda que se presuma a posição original como estágio de homogeneização dos interesses de homens e mulheres em prol da unanimidade na eleição dos princípios da justiça, a dinâmica social revelará que

---

<sup>172</sup> COHEN, Gerald Allan. *If you're an Egalitarian, how come you're so rich?* Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 127.

<sup>173</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 408.

distinções entre minorias étnicas, culturais e sexuais irão se refletir nas opções de vida que são sujeitas às suas escolhas. Ademais, o enfoque restrito à defesa de distribuição equitativa de bens ignora as faces da injustiça ligadas a padrões de representação, interpretação e comunicação no âmbito social, que podem ter como consequência a dominação cultural, o não-reconhecimento e o desrespeito<sup>174</sup>. Conquanto caiba, a uma análise mais cuidadosa das situações fáticas, averiguar se as desigualdades existentes radicam em questões relacionadas a desequilíbrios de distribuição, ao não reconhecimento de minorias ou simultaneamente a ambas as acepções, deixamos assente que o exercício da cidadania, no bojo da justiça procedimental pura, exige que - para além da erradicação da dependência econômica e da dominação política - as diferenças culturais e de posições sociais não mitiguem o senso interno do indivíduo quanto ao exercício de seus direitos independentemente da desvalorização de suas concepções de vida externadas perante os demais membros da sociedade<sup>175</sup>.

#### 2.4 A crítica comunitária ao liberalismo igualitário

Ao lado das críticas internas ao liberalismo igualitário, em que o realce à autonomia na definição dos planos de vida dos seres humanos ainda consubstanciava premissa fundamental, passou-se a questionar se a capacidade de autodeterminação para a escolha de concepções de bem pode se dar de forma alheia às condições sociais dos indivíduos<sup>176</sup>. Subjacente a tal crítica, punha-se em discussão se haveria efetiva possibilidade de homens e mulheres avaliarem as instituições sociais e políticas existentes sem que os princípios morais que servissem de esteio para tal exame fossem descobertos a partir das práticas presentes nas sociedades reais<sup>177</sup>. Em objeção à idéia de que a sociedade política deveria ser composta por indivíduos livres e iguais que, nos limites da cooperação democrática e do direito ao igual respeito e consideração, poderiam optar pelos fins a serem perseguidos em suas vidas sem que

---

<sup>174</sup> FRASER, 2003, p. 13. A referência à dominação cultural como dado negativo não se atém à tese de que uma certa cultura deveria ser mantida em razão de seu valor intrínseco, mas que é importante para o liberalismo igualitário que sejam mantidas diversas concepções de vida para que os seres humanos possam livremente escolher aquelas que lhes aprouver.

<sup>175</sup> YOUNG, Iris Marion. *Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy*. In: BENHABIB, Seyla. *Democracy and difference. Contesting the boundaries of the political*. New Jersey: Princeton University Press, 1996, p. 122.

<sup>176</sup> KYMLICKA, 2002, p. 254.

<sup>177</sup> KUKATHAS, PETIT, 1995, p. 111.

o Estado sufragasse objetivos parciais sobre quais seriam as melhores ou piores formas de vida, o argumento comunitário – sob distintos matizes - afirma que é impossível perceber a sociedade livre de suas tradições e história, as quais amoldariam a identidade dos indivíduos, tornando despidendo procurar princípios morais abstratos, uma vez que a busca de um bem comum seria ínsita à coletividade, cujas práticas particulares revelariam a moralidade que rege a concepção de bem acolhida pelos seus componentes<sup>178</sup>. Não obstante a crítica comunitária possa ser desdobrada em distintas facetas, dar-se-á prioridade à discussão se o destaque do bom em detrimento do justo é capaz de afetar a noção de solidariedade, bem como se este deslocamento será relevante para sua aplicação no âmbito de uma sociedade democrática pluralista.

O ataque mais analítico às conclusões declinadas por John Rawls em *Uma Teoria da Justiça* foi feito por Michael Sandel. Para ele, Rawls segue as premissas de Kant ao ver o primado da justiça sob o ponto de vista moral e, sobretudo, como forma privilegiada de justificação, na qual ela é um bem em si mesmo, independentemente dos bens ou dos fins que se repute como bons. O fundamento da justiça, enquanto circunstância peculiar à condição humana, seria o próprio ser racional, fim próprio que sobrepara o mundo sensível. Para Kant, tal sujeito seria transcendental, uma vez que o conhecimento sobre ele se dava através da observação ou da introspecção; o sujeito é, então, esse “algo subjacente que antecede toda e qualquer experiência particular, que reúne as nossas diversas percepções e que as mantém unidas num consciente único”<sup>179</sup>. O sujeito prioritário aos fins diverge de qualquer perspectiva na qual a justiça esteja fundada sobre um sentido teleológico, que consagre uma concepção de bem que tenha o indivíduo como instrumento para realização de determinado fim. O primado da justiça, simultaneamente moral e fundacional, impõe uma ética deontológica, em que o valor da pessoa será considerado de forma independente do conteúdo das escolhas que faça quanto às suas inclinações pessoais e aos fins que almeje alcançar. Rawls, em sua teoria, tentou empreender uma fuga do sujeito transcendental de Kant, despido de qualquer lastro empírico, para criar uma concepção mais próxima à compreensão anglo-americana, na qual o domínio dos fins cede às condições humanas e à busca da exequibilidade dos princípios delineados para a justiça. Sandel, no entanto, afirma que Rawls não logrou êxito em sua

<sup>178</sup> Este embate não era inteiramente novo, pois parcialmente refletido nas discussões entre as posições de Kant e as de Hegel. Enquanto Kant “aludía a la existencia de ciertas obligaciones universales que debían prevalecer sobre aquellas más contingentes derivadas de nuestra pertenencia a una comunidad particular, Hegel investía aquella formulación para otorgar prioridad a nuestros lazos comunitarios. Así, en lugar de valorar – junto a Kant – el ideal de un sujeto ‘autónomo’, Hegel sostenía que la plena realización del ser humano derivaba de la más completa integración de los individuos en su comunidad.” GARGARELLA, 1999, p. 125.

<sup>179</sup> SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os limites da justiça*. Trad. de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 29.

teoria, que apenas substitui o sujeito transcendental de Kant pelo sujeito sem vestígios<sup>180</sup> inserido na posição originária do contrato hipotético.

Sandel assevera que a derivação dos princípios da justiça dos valores e concepções vigentes na sociedade faria com que eles tivessem a característica de contingência que informa suas premissas, bem como afastaria qualquer possibilidade de testar a justiça dos valores existentes, eis que consubstanciam o conteúdo do critério de tal avaliação. Igualmente arbitrário seria identificar a antecedência da justiça em relação às concepções de valor então presentes, pois tornaria sua explicação presa a pressupostos abstratos de difícil aferição. Contudo, vislumbrar-se-ia a inconsistência do argumento de Rawls, pois, para que um indivíduo possa livremente empreender as escolhas entre suas concepções de vida, é indispensável que ele possa identificar seus desejos, o que ignoraria a percepção de um ser situado cuja eleição livre de seus objetivos de vida não poderia esquecer sua essência radical, uma vez que “nenhuma fidelidade, por mais profunda que possa ser assumida, poderia possivelmente comprometer a minha identidade”<sup>181</sup>. Os laços indissolúveis que unem o indivíduo à sua comunidade, à sua família e ao seu povo serão dados que invariavelmente informarão suas opções e inclinações pessoais e que lhe imporão deveres para com a coletividade voluntariamente assumidos, ante a impossibilidade de homens e mulheres refletirem à distância sobre sua própria história.

Na perspectiva liberal, o eu estaria destituído de conteúdo e suas escolhas seriam indiferentes sob o ponto de vista moral, de sorte que o seu agir passa a ser um exercício de arbitrariedades. A resposta liberal a Sandel relacionada à possibilidade de identidades privadas e públicas distintas não lhe seria satisfatória, porque a impossibilidade de distanciamento dos valores pessoais é uma questão epistemológica não resolvida pela cisão entre fins privados e públicos. Logo, em contraste com os laços de amizade que unem as pessoas – o que não encontraria amparo na visa liberal de indivíduos estranhos entre si -, a proeminência da justiça explica-se “na medida em que não podemos conhecer suficiente uns aos outros, ou os nossos fins, para nos governarmos apenas pelo bem comum. Provavelmente, esta condição não desaparecerá por completo e, enquanto isso não se verificar, a justiça será necessária. Mas tão-pouco está garantido que predomine para sempre e, na medida em que assim é, a comunidade será uma possibilidade e uma presença perturbadora para a justiça”<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> SANDEL, Michael J. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”. In: GOODIN, Robert E.; PETIT, Philip. *Contemporary political philosophy: an anthology*. Malden: Blackwell Publishers, 1997, p. 249.

<sup>181</sup> SANDEL, 2005, p. 236.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 240.

Algumas das críticas de Sandel também serão encontradas nos trabalhos de Alasdair MacIntyre. Ao acolher o pensamento de Aristóteles, segundo o qual a justiça seria a primeira virtude da vida política, MacIntyre também adere à conclusão de que a ausência de acordo prático sobre o conteúdo da justiça reflete a carência de base necessária à comunidade<sup>183</sup>. Nesse sentido, aduz ser insuficiente uma teoria de justiça procedimental para a resolução de reivindicações morais divergentes, o que indicaria a falha do pensamento liberal que supõe que os interesses individuais possam ser independentes e anteceder os laços morais ou sociais entre os indivíduos. Esse equívoco seria refletido na premissa adotada por Rawls para quem os indivíduos racionais ingressariam voluntariamente na sociedade dependendo da resposta à pergunta sobre que tipo de contrato com as outras pessoas lhes trará maiores vantagens, o que somente é convincente para “uma retórica política pluralista cuja função é ocultar a profundidade de nossos conflitos”<sup>184</sup>. Com efeito, MacIntyre critica a alegada neutralidade do liberalismo como produto elaborado por agentes racionais, afirmando que a proscrição de incorporar uma concepção do bem à vida pública já contém, em si, uma concepção ampla do bem do individualismo liberal, transformado em tradição<sup>185</sup>. Traço marcante deste raciocínio seria a percepção de que a ordenação das preferências a serem satisfeitas pelos indivíduos são expressões “de desejo em primeira pessoa”, de sorte que é “o indivíduo enquanto indivíduo que raciocina”<sup>186</sup>. No contexto da modernidade, são mais escassas as possibilidades de acordo, e a confluência dos resquícios de inúmeras tradições impede o reconhecimento da justiça enquanto virtude. As divergências observadas são expressas em atitudes morais incongruentes, externadas em princípios morais e políticos que somente provariam sua consistência se testados dialeticamente a fim de que as incoerências fossem melhores explicadas e superadas<sup>187</sup>.

A defesa das premissas comunitárias também encontrará repercussão nos escritos de Michael Walzer. Embora afirme que o comunitarismo seria apenas um “elemento de correção do liberalismo”<sup>188</sup> para reforço dos valores da comunidade, porque o ser liberal seria fragmentado, incapaz de refletir sobre os motivos que governam suas escolhas, Walzer

<sup>183</sup> MACINTYRE, 2001a, p. 409.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 424.

<sup>185</sup> MACINTYRE, 2001b, p. 361. “Pois, no domínio público liberal, os indivíduos compreendem a si mesmos e aos outros como tendo, cada um, sua própria ordenação de preferências. Suas ações são compreendidas como sendo planejadas para implementar essas preferências e, de fato, é pelo modo como os indivíduos agem que temos a melhor evidência sobre quais são as suas preferências.” (p. 363).

<sup>186</sup> Ibidem, p. 364-5.

<sup>187</sup> Ibidem, p. 426.

<sup>188</sup> WALZER, Michael. *Politics and passion: towards a more egalitarian liberalism*. New Haven: Yale University Press, 2004, p. 155.

desloca sua atenção da construção do ser para o estudo dos padrões de relacionamentos sociais, os quais seriam erodidos pela livre mobilidade geográfica, social, familiar e política. O liberalismo indicaria o desapego às tradições, inerente à percepção do indivíduo como ser pré-social que, em cada geração, pretenderia ver renovado seu ideal de liberdade. A dissociação entre os indivíduos fortaleceria o Estado em detrimento das demais uniões sociais, o que se contraporía à idéia de que o ente estatal deva endossar e apoiar os grupos cujos propósitos se coadunem com os valores compartilhados pela sociedade liberal<sup>189</sup>. Como exemplo, cita que a cooperação deveria ser incentivada através de isenções fiscais a hospitais dirigidos por grupos religiosos, o que elevaria a solidariedade entre seus membros e mitigaria o problema do oportunista (free-rider), que busca aproveitar-se das vantagens custeadas pela coletividade sem que se submeta aos mesmos sacrifícios<sup>190</sup>.

As posições de Walzer são, porém, melhor entendidas quando defende a existência de uma igualdade complexa, sintetizada pela asserção de que “As pessoas concebem e criam bens, que então distribuem entre si”<sup>191</sup>. Sob tal diretriz, Walzer pretende demonstrar que é impossível definir um critério de justiça uniforme que possa reger a distribuição de todos os bens sem que sejam considerados os significados que lhes são atribuídos pelos indivíduos inseridos em uma particular cultura e comprometidos com uma história e uma tradição. Além de refutar a prioridade da justiça, Walzer aduz que os bens sociais não podem ser avaliados por critérios idiossincráticos, pois seus significados são processos sociais, assim como as identidades de homens e mulheres são formadas a partir do modo como criam e empregam os bens sociais, de sorte que a aferição da justiça de uma distribuição de bens deve perpassar pelos significados sociais que lhe são atribuídos. A distinção entre esferas de distribuição independentes visa à mitigação da possibilidade de que o predomínio na posse de um bem possa afetar os arranjos distributivos em relação aos demais<sup>192</sup>. Ao cuidar da forma como o bem-estar social deve ser concretizado, Walzer rejeita a caridade e qualquer política assistencialista que possa perpetuar laços de subordinação, defendendo, ao revés, que o intuito principal de tais ações seja a busca da independência dos mais pobres pelo trabalho, reabilitação, reeducação e subsídio a pequenas empresas, sem que sejam ignoradas as

---

<sup>189</sup> WALZER, 2004, p. 156.

<sup>190</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>191</sup> WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 6.

<sup>192</sup> Neste ponto, Walzer tece crítica expressa ao princípio da diferença de Rawls, uma vez que este consubstanciaria a “restrição imposta aos talentosos”, baseada em uma igualdade simples que “exigiria intervenção contínua do Estado para eliminar ou restringir monopólios incipientes e reprimir novas formas de predomínio. Porém, o próprio poder do Estado se torna objeto das lutas competitivas”. Ibidem, p.17.

diferentes formas de ajuda local e de associações voluntárias, haja vista que a “meta é participação nas atividades comunitárias, a realização concreta da afiliação”<sup>193</sup>.

Uma crítica ao liberalismo igualitário menos intransigente será feita por Charles Taylor mediante a defesa de um regime liberal patriótico<sup>194</sup>. Ao compreender, com acerto, que as disputas entre atomismo e holismo não se confundem inteiramente com divergências entre individualismo e coletivismo, Taylor buscou encontrar um elemento ontológico que pudesse basear a identificação dos indivíduos com os demais membros da comunidade em um empreendimento comum específico, o qual identificou como o patriotismo, que “está em algum lugar entre a amizade ou o sentimento familiar, de um lado, e a dedicação altruísta, do outro”<sup>195</sup>. Ao contrapor esse sentimento de colaboração àquele existente em regimes despóticos entre soberano e súditos, é apontada a vantagem do regime republicano em que os cidadãos identificam seus sacrifícios e lutas em prol do exercício de suas liberdades. A propósito, mostra-se válido transcrever o seguinte excerto:

Podemos, portanto, dizer que a solidariedade republicana está na base da liberdade, por ser ela que proporciona a motivação para a disciplina auto-imposta; ou então que ela é essencial a um regime livre, porque é pedido a seus membros que façam coisas que meros súditos evitam. Num caso, pensamos as exigências feitas aos membros como as mesmas, referindo-se a diferença à motivação para atendê-las: medo de punição versus um sentido de honra e de obrigação gerado interiormente. No outro, as exigências da liberdade são definidas como mais onerosas, e a questão concerne ao que pode motivar esse esforço adicional.<sup>196</sup>

O argumento de Taylor confere excessiva ênfase à identificação patriótica que, ao lado do regime livre, é requisito de estabilidade das democracias sociais contemporâneas, bem como reduz as manifestações populares de insatisfação de fundo ético contra o governo a este mesmo sentimento<sup>197</sup>. A ontologia moral perseguida por ele refletir-se-á em sua percepção dos direitos subjetivos como uma referência moderna ao princípio do respeito transformado

---

<sup>193</sup> WALZER, 2003, p. 124.

<sup>194</sup> TAYLOR, Charles. Argumentos filosóficos. Trad. de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000, p. 215.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 204. O argumento republicano é parcialmente acatado Cass R. Sunstein e Edna Ullman-Margalit quando escrevem: “A society that contains few solidarity goods is likely to have a wide range of problems. The claim is not that shared experiences and memories are pleasant (they may in fact be traumatic), but that they are important to social stability and many important social values. To the extent that solidarity goods help unify diverse people around common symbols and experiences, they can be an ingredient in social cohesion and peace (consider national celebrations, discussed below). When such goods are salient and numerous, people may be more likely to exhibit solidarity: they can come to see one another more distinctly and more directly as fellow citizens with common interests and experiences. (...) We hypothesize that, other thing being equal, a large amount of solidarity capital will help our altruistic behavior and help promote social norms that solve collective action problems.” SUNSTEIN, Cass R.; ULLMAN-MARGALIT, Edna. Solidarity Goods. *The Journal of Political Philosophy*, v. 9, n. 2. Oxford: Blackwell Publishers, 2001, p. 139.

<sup>196</sup> TAYLOR, 2000, p. 209.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 212-3.

na idéia de posse<sup>198</sup>. Os direitos humanos universais seriam, então, uma etapa seguinte aos direitos naturais, conectando o respeito pela vida humana com a noção de autonomia e concebendo as pessoas enquanto copartícipes no estabelecimento e na efetividade deles<sup>199</sup>.

## 2.5 Conclusões

Do cotejo entre as posições sufragadas pelo liberalismo igualitário e os pontos defendidos por autores identificados com o comunitarismo, pode-se afirmar, em resposta a algumas das críticas lançadas, que o liberalismo igualitário não se opõe à existência de bens comuns, conforme antes demonstrado na exposição feita sobre o princípio da diferença de Rawls. Contudo, rejeita a eleição de uma concepção de bem a ser observada pelos membros da sociedade, mormente se verificadas as dificuldades arrostadas pelo pluralismo, e as diversas concepções de vida ora presentes na sociedade democrática liberal que impedem que, em nome da tradição e da história, a liberdade de minorias possa ser cerceada pelas inclinações particulares compartilhadas por outros grupos. Outrossim, a afirmação quanto à natureza contrafática de um eu pré-social não parece ser argumento decisivo para enfraquecer o liberalismo igualitário, porquanto a incursão sobre o processo de formação de identidade é objeto de discussão especializada pela psicologia, não havendo unanimidade quanto à força dos dados da história na construção da personalidade dos indivíduos. Acresça-se que “o que é central na visão liberal não é o fato de que podemos perceber um eu anterior aos seus fins, mas o de que nos compreendemos como anteriores aos nossos fins no sentido de que nenhum fim está isento de possível reexame”<sup>200</sup>.

Ao contestar tal conclusão, o argumento comunitário passa a conter uma defesa contra a mobilidade, tal como aduzido por Walzer, sem esconder o teor conservador de tal colocação, o que parece ser de difícil aceitação para um Estado Democrático de Direito em que a constituição esteja compromissada com a redução de desigualdades sociais e econômicas. Outrossim, a manutenção das posições sociais e dos valores em conformidade com as práticas arraigadas na comunidade não responde seriamente como deve ser formada a identidade das mulheres, índios, negros e outras minorias que durante séculos foram objeto de

---

<sup>198</sup> TAYLOR, 1989, p. 11.

<sup>199</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>200</sup> KYMLICKA, 2002, p. 272.

severa dominação. Apostar na solidariedade, enquanto reveladora de laços de amizade cívica ou de fraternidade lastreada num sentido de pertença, parece ser estratégia de sucesso pouco provável e que não encontra respaldo para além de uma concepção restrita a uma perspectiva exclusivamente axiológica.

Ademais, advogar a existência de esferas de justiça insubmissas a um critério comum de distribuição de bens e recursos não esconde frágil ingenuidade já detectada por Ronald Dworkin, acerca do relativismo da igualdade complexa que não encontra solução quando as diversas esferas de justiça entram em colisão, sendo também insuficiente a tradição para definição dos critérios de distribuição a serem observados<sup>201</sup>. No Brasil, a discussão ganha tonalidades mais fortes se verificado que a distribuição de riquezas e poder atua como código de meta-exclusão que permeia os diferentes sistemas sociais. Observa-se que, mesmo a distribuição de recursos públicos para a saúde e a educação, acaba por distanciar-se de uma alocação conforme as urgências de assistência médica e as preocupações de ensino fundamental da parcela da população historicamente desfavorecida e que pouco se reconhece nas tradicionais práticas de legitimação democrática e de exercício da cidadania, para privilegiar aqueles que já têm acesso privilegiado a cuidados de saúde e à formação educacional.

As disparidades observadas na história brasileira e um processo de formação nacional pouco afeito às práticas democráticas desaconselham que se busque compreender a solidariedade, positivada com objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da Carta Política de 1988), enquanto princípio revelador do âmago de nossas tradições que, em verdade, trazem escassas e pontuais referências à defesa dos direitos fundamentais. Com efeito, mais adequada se mostra a defesa do liberalismo igualitário onde a cooperação democrática possa ser erigida sob a égide efetiva do direito de igual respeito e consideração<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> DWORKIN, 2005, p. 327.

<sup>202</sup> A defesa da solidariedade, no âmbito do constitucionalismo comunitário, foi feita no Brasil em notável obra da professora Gisele Cittadino. Cf. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 17.

### 3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988: A INSERÇÃO DA SOLIDARIEDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A asserção de que a “lei é certa regra e medida”<sup>203</sup> não tem traço de novidade e denota a insuficiência de reduzir o Direito a um conjunto de normas de conteúdo estanque e perene. Não obstante a impossibilidade de conceitos jurídicos precisamente delimitados abarcarem o feixe de situações fáticas submetidas ao exame do aplicador do Direito, os princípios jurídicos foram, sob fundamentos distintos, percebidos como ameaça à segurança jurídica e à higidez da separação das funções estatais entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. Entendidos, de início, como fonte de apelo a uma argumentação axiológica, os princípios jurídicos passaram a ser aplicados como diretrizes despidas de normatividade na medida em que a doutrina, em especial após as revoluções liberais do século XVIII e XIX, concebia a lei como obra perfeita e acabada, reservando aos princípios o papel de comaltação de lacunas, tal como dispõe o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942).

A discussão sobre os princípios ganhou novo impulso após a segunda metade do século XX na Europa continental<sup>204</sup>, período no qual, após a tragédia causada pelos regimes totalitários e pelos efeitos deletérios do liberalismo - frutos da feição desagregadora da livre vontade em sociedades marcadas pela exclusão social -, a ciência jurídica renovou os debates acerca da existência de um fundamento moral ao Direito que transpassasse, de modo necessário ou não, a positivação do ordenamento estatal. Resultado evidente de tal modificação foi a ascensão à constituição, ora compreendida como fonte superior para a produção legislativa e para o exercício da jurisdição, dos princípios e dos direitos insuscetíveis de transigência no âmbito do processo de deliberação majoritária. É nesse ensejo que um amálgama de teorias foram formadas em torno dos princípios, conceituando-os enquanto método de heterointegração de lacunas jurídicas<sup>205</sup>; elementos indispensáveis à compreensão do Direito, como sistema dotado de ordenação e unidade<sup>206</sup>; pauta geral de valoração para obtenção da exegese mais “correta” quando o intérprete deparar-se com múltiplos resultados possíveis ao proceder à subsunção dos fatos à premissa vertida no texto

---

<sup>203</sup> A passagem é de São Tomás de Aquino, que viveu no século XIII. TOMÁS DE AQUINO, Santo. Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino. Trad. Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 36.

<sup>204</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 98.

<sup>205</sup> MORESO, José Juan. A Brillante Disguise: Entre Fuentes y Lagunas. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio; MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L.; MANERO, Juan Juiz. Lagunas en el derecho y la función judicial. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 195.

<sup>206</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. 3. ed. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.87.

do dispositivo legal<sup>207</sup>; e substrato crítico à tentativa de redução da justificação e da coerção do Direito a um fenômeno estritamente fático<sup>208</sup>, de sorte a conformar os princípios a enunciados reveladores das práticas morais contemporâneas, apreendidos a partir de uma interpretação construtivista, desenvolvidas conforme a “melhor luz moral”, fazendo deles critérios para aferição de validade das regras a par do Direito Positivo.

No entanto, alçados a nível constitucional, mostra-se desinfluyente asseverar que os princípios não poderiam ser carreados a uma “regra de reconhecimento” positiva ou de que sua justificativa última deveria conformar-se a um padrão moral cuja existência revela-se de difícil apreensão nas sociedades contemporâneas marcadas pela pluralidade, em que o texto constitucional sequer é visto como ponto de consenso. Logo, ainda que a existência de uma única resposta correta deixe de ser percebida como certeza irrefutável ao trabalho desenvolvido pelo aplicador do Direito e passe a ser uma baliza a pautar a busca da solução que melhor harmonize as pretensões em controvérsia, o recurso a uma moralidade política é despiciendo se o constituinte, ao abdicar de uma postura sintética, adota uma carta analítica, pródiga em princípios a guiar o desenvolvimento das atribuições do administrador, do legislador e do juiz. Com efeito, tal como demonstrou Herbert L. Hart, a relação entre Direito e Moral não é necessária, mas meramente contingente, sendo insustentável a asserção de que direitos e deveres jurídicos somente façam sentido conforme o seu mérito moral<sup>209</sup>, ante a controvérsia sobre juízos morais verdadeiros que possam servir de critério de adequação a um direito preexistente sem que se recaia em esfera de discricionariedade do julgador, que poderia passar a exercer a atividade jurisdicional de acordo com a sua compreensão do que seja a moralidade.

Reconhecida a qualidade de norma jurídica aos princípios, a distinção remanescente em relação às regras estará fundada em aspectos teórico-normativos e metodológicos relacionados à forma de aplicação. A propósito, é importante destacar a contribuição de Robert Alexy, segundo a qual, os princípios são mandamentos de otimização que se concretizam em conformidade com as possibilidades fáticas e jurídicas vislumbradas, sendo portanto preenchidos em graus distintos, conforme enfrentem colisão com outros princípios. Destarte, quando confrontados princípios concorrentes para a resolução de determinada questão jurídica, caberá ao intérprete ponderá-los, aplicando a série de testes congregados

---

<sup>207</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do Direito. 4. ed. Trad. de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 316.

<sup>208</sup> DWORKIN, 2002, p. 12-3.

<sup>209</sup> HART, Herbert L. O conceito de Direito. 4. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 332. A interferência da moral no Direito é tema de perene debate na teoria jurídica, e a sua exposição minuciosa fugiria ao escopo da dissertação.

pelo princípio da proporcionalidade, a fim de buscar resultado que melhor concretize o ordenamento jurídico. A preponderância de um princípio não importa a perda de validade daquele que tenha sido sobrepujado ao procedermos à ponderação. Em contraposição, as regras veiculam mandamentos definitivos, cuja observância compulsória estaria alheia à flexibilidade do fático e juridicamente possível. As regras, sujeitas à aplicação por meio da subsunção, ao serem afastadas nas hipóteses de antinomia, perderiam validade<sup>210</sup>.

Não obstante a forma de aplicação, em um plano estritamente teórico, consubstancie critério promissor para distinção entre princípios e regras, o exercício empírico do Direito iria infirmar seus pressupostos, seja porque a ponderação não é método exclusivo à incidência de princípios, e porque as regras, dadas as particularidades da situação fática, podem ser superadas se incompatíveis com suas justificações ou com outras razões mais imperativas estabelecidas dentro do sistema jurídico<sup>211</sup>, sem que se tornem inválidas<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. de Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, n. 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, p. 74-5.

<sup>211</sup> SCHAUER, Frederick. Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in Law and Life. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 190. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996, p. 57. A jurisprudência constitucional brasileira oferece exemplo de superação de regras no acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento do Habeas Corpus 89.417-RO (Primeira Turma, j. 22.08.2006, DJU 15.12.2006, p. 96). Nesse aresto, o presidente de Assembléia Legislativa Estadual havia sido preso em flagrante, pela prática do crime de quadrilha, por ordem de Ministra do Superior Tribunal de Justiça. O impetrante afirmava, dentre outros argumentos, que a constrição imposta era inconstitucional, uma vez que violada a regra positivada pelo art. 53, §2º, da Constituição da República de 1988, pois os autos da prisão não foram levados, no prazo de vinte e quatro horas, ao exame de seus pares a fim de que estes deliberassem sobre a manutenção do decreto prisional. Em seu voto condutor, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha aduziu a excepcional situação de “anomalia institucional, jurídica e ética” na qual vinte e três, dos vinte e quatro membros da Assembléia Legislativa Estadual, eram investigados em diversos inquéritos, sendo igualmente sujeitos à influência política do paciente. Ao declarar a constitucionalidade do ato impugnado, a despeito da violação ao texto da Carta Política de 1988, foi registrado que: “(...)A situação descrita nos autos patenteia situação excepcional e, por isso, absolutamente insujeita à aplicação da norma constitucional em sua leitura isolada e seca. Tal como a autonomia da vontade, que é encarecida como expressão da liberdade individual e que, por vezes, é amparada pela decisão judicial por ausência de condições da pessoa para manifestar livremente a sua vontade, nos termos da legislação civil vigente e que é dessa forma aparentemente (e apenas aparentemente) contraditória que se garante a liberdade, também para garantir a vida constitucional livre e democrática há que se aceitar que, em situações excepcionais e de anormalidade, como a que se apresenta no caso em foco, o provimento jurisdicional, fundado, rigorosa e estritamente, nos princípios que sustentam o sistema positivado, é que se poderá garantir a integridade da Constituição. Eventualmente, há que se sacrificar a interpretação literal e isolada de uma regra para se assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema constitucional.(...) Aplicar, portanto, isoladamente a regra do art. 53, §§ 2º e 3º da Constituição da República, sem se considerar o contexto institucional e o sistema constitucional em sua inteireza seria elevar-se acima da realidade à qual ela se dá a incidir e para a qual ela se dá a efetivar. O resultado de tal comportamento do intérprete e aplicador do direito constitucional conduziria ao oposto do que se tem nos princípios e nos fins do ordenamento jurídico. A aplicação pura e simples de uma norma em situação que conduz ao resultado oposto àquele buscado pelo sistema jurídico fundamental – que se inspirou na necessidade inegável e salutar de proteger os parlamentares contra investidas indébitas de anti-democracias – é negar a Constituição em seus esteios mais firmes, em seus fundamentos mais profícuos, em suas garantias mais caras. É ignorar a cidadania (art. 1º, III) para enaltecê-la o representante que pode estar infringindo todas as normas que o deixam nessa legítima condição; é negar a

A breve exposição, ainda que não permita a obtenção de critério definitivo para apartar-se os princípios das regras, revela a insuficiência de lastrear tal distinção em base puramente axiológica; em características fundadas em suposta ausência de completude da estrutura normativa dos princípios; ou no método de aplicação diferenciado, reservando-se, de modo intransigente, a subsunção às regras e a ponderação aos princípios. Com efeito, partindo do pressuposto que princípios e regras são idôneos a veicularem normas jurídicas a serem definidas pelo ato de interpretação dos textos legais, qualquer tentativa de classificação rígida ignorará as particularidades próprias a esse processo de construção de sentidos, sendo então possível que um mesmo enunciado possa gerar mais de uma espécie normativa, conforme se dê privilégio ao caráter comportamental, às razões finalísticas ou às condições a serem observadas para aplicação de outras normas<sup>213</sup>. A maior imprecisão das consequências relacionadas à consecução de norma jurídica veiculada pelos princípios - o que, todavia, não atrela sua aplicabilidade à existência de regras construídas como enunciação específica deles<sup>214</sup> - faz com que eles ofereçam razões finalísticas ou substanciais à argumentação jurídica, ao passo que as regras geram razões de correção ou autoritativas que, além de se refletirem na natureza dos comportamentos prescritos, caracterizará, conforme sustentado por Humberto Ávila, os princípios como normas de “caráter deontico-teleológico” que declinam fins a serem perseguidos, enquanto as regras seriam normas “deontico-deontológicas”, uma vez que cuidam das condutas que servem à perseguição dos fins devidos<sup>215</sup>.

Como corolário de tais teses, verifica-se que eventual superação de regra exigirá que o intérprete proceda ao cotejo das razões particulares da situação fática examinada em face das

---

submissão de todos, governantes e governados, ao direito, cuja possível afronta gera o devido processo legal, ao qual não há como fugir de maneira absoluta sob qualquer título ou argumento(...)”.

<sup>212</sup> HART, 2005, p. 324. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In SILVA, Virgílio Afonso (org). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 284-5.

<sup>213</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 69. GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 183.

<sup>214</sup> O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Medida Cautelar na ADC 12-DF (Rel. Min. Carlos Britto, DJU 01.09.2006, p. 15), decidiu que a Resolução n. 07, de 18 de outubro de 2005, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça - a qual vedou a nomeação de parentes para exercício de cargo de provimento em comissão ou função de confiança quando não reservado a servidor que tenha prestado concurso público no âmbito do Poder Judiciário - é constitucional por conformar-se aos princípios da igualdade e da moralidade. Em seu voto, o Min. Gilmar Ferreira Mendes afirmou: “Assim, é certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa. Esses comandos normativos podem possuir a estrutura de regras ou princípios. No primeiro caso, a prescrição detalhada e fechada da conduta deontologicamente determinada estabelece uma estrita vinculação da Administração Pública. Por exemplo, a regra da anterioridade tributária descrita pelo enunciado normativo do art. 150, III, da Constituição. No caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa certas margens de “livre apreciação” (freie Ermessen) ao Poder Administrativo. Assim ocorre quando a Constituição, em seu art. 37, determina a obediência, pela Administração Pública, à moralidade e à impessoalidade.”

<sup>215</sup> ÁVILA, 2006, p. 72.

justificativas subjacentes à existência da regra, ao passo que a investigação referente à aplicação do princípio pressupõe a aferição das ações que melhor promoverão o fim por ele visado. Logo, o alcance da justificação exigida para aplicação de regras e princípios imporá àquelas uma natureza “retrospectiva”, enquanto a estes será conferida natureza “prospectiva”. Tais aspectos também se refletirão sobre a forma de tomada da decisão jurídica, uma vez que os princípios concorrem de forma parcial e complementar em meio a outros aspectos relevantes na resolução final da questão, enquanto as regras têm pretensão de abarcar todos os dados importantes para a decisão jurídica, aspirando ao fornecimento de uma solução específica<sup>216</sup>.

Embora se reconheça que uma análise alentada sobre os fundamentos da distinção entre princípios e regras demande pesquisa sobre as diferentes formas de eficácia quanto à interpretação, à integração e à argumentação jurídica, podendo, por igual, deter-se na validade das diferentes classificações que lhe são atribuídas<sup>217</sup>, o presente estudo não almeja a realização deste desiderato, preferindo voltar-se ao propósito mais pragmático referente à apreensão que o aplicador do Direito deve ter ao confrontar-se com a solidariedade inserta na Constituição da República de 1988 (arts. 3º, I; 40, caput, e 225, §1º, II<sup>218</sup>), tal como feito em outras experiências constitucionais contemporâneas<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup> ÁVILA, 2006, p. 73-9.

<sup>217</sup> ATIENZA, MANERO, 1996, p. 26-8.

<sup>218</sup> “O art. 225, §1º, inc. II, da Constituição brasileira estabelece o princípio da solidariedade entre as gerações, como forma de garantir a dignidade da existência humana, quer dizer, não apenas a dignidade do vivente (agora), mas a dignidade do viver e a possibilidade de tal condição perseverar para quem vier depois” (excerto do voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha em julgamento da ADI 3510-DF). Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510CL.pdf>>. Acesso em 01 mar. 2009.

<sup>219</sup> Art. 2º, da Constituição Italiana de 1947 (Art.2º – La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà política, econômica e sociale); Arts. 1º, 63.5, 71.2 da Constituição Portuguesa de 1976 (Art. 1º - Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; Art. 63.5 - O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º, no artigo 69.º, na alínea e) do n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º; Art. 71.2 - 2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores); Arts. 2º e 45.2, da Constituição Espanhola de 1978 (Art. 2º – La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas; Art. 45.2 – Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva); Preâmbulo da Constituição Suíça de 1999 (“Le peuple et les cantons suisses/Conscients de leur responsabilité envers la Création/ Résolus à renouveler leur alliance pour renforcer la liberté, la démocratie, l’indépendance et la paix dans un esprit de solidarité et d’ouverture au monde,/ Déterminés à vivre ensemble leurs diversités

### 3.1 Solidariedade: valor, princípio, regra ou postulado?

A descrição das diferenciações entre regras e princípios para, afinal, sufragar posicionamento favorável à inexistência de critério rígido de classificação baseado estritamente na estrutura normativa ou no recurso a dados metajurídicos é-nos útil para que, ao pesquisarmos o conteúdo da solidariedade em uma perspectiva jurídica - desapegada dos significados correntes de virtude, fraternidade ou caridade - , possam ser definidos os lindes de sua projeção como norma. Portanto, é importante ressaltar que o estudo da solidariedade deverá sobre-exceder a dimensão de valor<sup>220</sup>, enquanto enunciado teleológico despido de coercitividade<sup>221</sup>, para acentuar seu potencial normativo como princípio balizador da cooperação democrática em uma sociedade pluralista, “que traduz o dever do Estado e da sociedade de promoverem a adequada repartição de riquezas entre todos, com base nos valores de justiça material e distributiva”<sup>222</sup>, ou como postulado<sup>223</sup> para a concretização de

---

dans le respect de l'autre et l'équité, / Conscients des acquis communs et de leur devoir d'assumer leurs responsabilités envers les générations futures, / Sachant que seul est libre qui use de sa liberté et que la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres, Arrêtant la Constitution que voici.” No direito alemão, a referência à solidariedade consta nas Constituições estaduais de Brandenburg e de Mecklenburg-Vorpommern.

<sup>220</sup> Cumpre assinalar que Gregório Peces-Barba Martínez, um dos juristas contemporâneos que mais dedicou-se ao estudo da solidariedade, descreve-a como um valor, não obstante o conteúdo que lhe empreste possa amoldar-se à definição de princípio ora esposada. Com efeito, o professor espanhol afirma que o ponto de partida da solidariedade “es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás. El objetivo político es La creación de una sociedad en la que todos se consideren miembros de la misma, y resuelvan en su seno las necesidades básicas, en la que no haya saltos cualitativos en los grupos en los que los seres humanos desarrollan su vida y su actividad, en definitiva, en la que todos puedan realizar su vocación moral, como seres autónomos y libres. El objetivo a alcanzar supone llegar a aquellas personas que se encuentran en una situación más débil, más desfavorecida y más desventajosa. (...) Por razones de solidaridad, el principio de igualdad no sufriría si se toman medidas discriminatorias a favor de los más débiles; es la igualdad como diferenciación.” MARTÍNEZ, 2004, p. 178-9. Na doutrina brasileira, o professor Ricardo Lobo Torres também alinha-se à defesa da solidariedade enquanto valor, embora admita a sua projeção como princípio. TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coords.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 199.

<sup>221</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. 2. ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 316-7.

<sup>222</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência (Ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). In: Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 180. Maria Celina Bodin de Moraes classifica a solidariedade como princípio, porém identifica a possibilidade de ela ser compreendida como “fato social, virtude, vício, pragmatismo e norma jurídica (...)”. MORAES, 2006, p. 164.

<sup>223</sup> A definição de postulado normativo adotada é a de Humberto Ávila, segundo a qual “postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios” (p. 168). O autor também explana que “os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos” (p. 123). ÁVILA, 2006, p. 123, 168.

direitos fundamentais, mormente quando a escassez de recursos públicos imprescindíveis à plena realização positiva dos direitos prestacionais seja limite de difícil transigência.

A asserção de que a diferença entre regra e princípio é vislumbrada por ocasião da interpretação e da aplicação do Direito não mitiga a dificuldade de compreender a solidariedade, ao menos conforme positivada pela Constituição da República de 1988, como idônea a incidir para resolução de questão jurídica tal como o fazem as regras, isto é, com a pretensão de solução específica cujo afastamento – se não observada verdadeira hipótese de antinomia - exige que sejam perquiridas as justificativas que lastrearam sua promulgação, bem como se estas encontram correspondência perante a situação fática cujo deslinde se busca obter. Ainda que a aplicação da solidariedade, na experiência jurisprudencial brasileira, ressinta-se de análise mais precisa, são mais frequentes referências a ela enquanto princípio, tal como realizado em julgamento da ADI n. 3.105-DF (Rel. p/acórdão Min. Cezar Peluso, j. 13.08.2004, DJU 18.02.2005, p. 4), no qual foi afirmado que a contribuição de servidores públicos inativos à Seguridade Social, prevista pelo art. 4º, caput, da Emenda Constitucional n. 41/2003, amoldava-se às cláusulas pétreas da Constituição da República de 1988, pois estava adequada aos pilares do regime contributivo em que as contribuições são destinadas ao custeio geral do sistema<sup>224</sup>. Mais: em acórdão prolatado no Recurso Extraordinário n. 500.171-GO (Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 24.10.2008), no qual se discutiu a constitucionalidade, à luz do art. 206, IV, da Constituição da República de 1988, da cobrança de “taxa de matrícula”, instituída por Resolução da direção da Universidade Federal de Goiás, cuja arrecadação seria destinada a programa de assistência para “alunos de baixa condição sócio-econômica cultural”, os votos vencidos proferidos pelos Srs. Ministros Cármen Lúcia Antunes Rocha, Eros Grau, Celso de Mello e Gilmar Mendes deixaram assente que a gratuidade de ensino público era congruente com o pagamento de prestação pecuniária para angariar recursos para permanência de estudantes de menor poder aquisitivo em instituições

---

<sup>224</sup> Neste acórdão, é válido registrar a ausência de fundamentação unânime quanto ao emprego do princípio da solidariedade. Destaque-se, inclusive, que as razões externadas não foram alheias às posições dogmáticas acolhidas pelos julgadores, o que se nota no seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Eros Roberto Grau: “Concluindo, nem se argumente com a tese dos ‘direitos humanos’, para afirmar-se um tipo especial de imunidade dos inativos à incidência da contribuição. Pois é certo que este encontra seu fundamento no princípio da solidariedade e unicamente a concepção do homem separado da comunidade, ensimesmado, preocupado apenas com o seu interesse pessoal, homem considerado como nômade isolada, fechada sobre si própria, apenas essa concepção justificaria tal imunidade. A dignidade da pessoa humana somente poderá tornar-se concreta na medida em que se compreenda que o destino dos indivíduos está em participarem de uma vida coletiva, que os indivíduos não vivem unicamente orientados pelo seu interesse, como simples pessoas privadas, sem relação com o universo [= com a vontade universal], como diria HEGEL. E isso mesmo porque seus interesses pessoais só deixam de ser abstratos, tornando-se efetivos, no seio da comunidade política.”

de educação superior, fundando-se a divergência no princípio da solidariedade, como expressão da “colaboração da sociedade” para incentivo à educação (art. 205).

Contudo, no julgamento de Medida Cautelar na ADI n. 3.540-DF (Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.09.2005, DJU 03.02.2006, p. 14), encontra-se referência à solidariedade, como postulado que é consagrado pelos direitos de terceira geração, dentre os quais à preservação do meio ambiente, e como dever a ser observado a fim de serem evitados conflitos intergeracionais quanto à proteção das reservas naturais, bens de uso comum por todo gênero humano.

A recondução mais usual da noção de solidariedade à categoria de princípio é de valia, mormente se observado que um dos traços distintivos dos princípios perante as regras é a sua maior indeterminação quanto ao suporte fático de incidência<sup>225</sup>, ou seja, ainda que a norma jurídica extraída da solidariedade possa ser conformada a uma relação deôntica da qual se deduza uma permissão, uma obrigação, ou uma proibição, subsiste a carência de delimitação precisa quanto à conduta que é reputada como permitida, imposta ou proibida. O reconhecimento de tal peculiaridade ganha maior relevo quando se presta adesão à tese de Josef Isensee de que os direitos prestacionais associados à solidariedade correspondem a deveres igualmente solidários<sup>226</sup>. Para conformar-se ao Estado Democrático de Direito, e por conseguinte não infringir os direitos da liberdade, da propriedade e ao princípio do devido processo legal, a solidariedade somente poderá impor obrigação a ser arcada por sujeito particular que tenha seu patrimônio diminuído, ou seus direitos restringidos, em prol de prestação estatal voltada à mitigação de situação de vulnerabilidade de determinado grupo ou indivíduo, se prevista em lei ou se patente a agressão a direito fundamental oriunda da proteção débil. É nesse sentido que a Corte Constitucional da Colômbia, na Sentença C-459/04 (Magistrado ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, j. 11.05.2004, D-4910), ao julgar pedido no qual se pugnava pela inconstitucionalidade dos artigos 39 e 40, inciso I, da Lei 472 de 1998, que dispunham sobre o pagamento de incentivo econômico aos autores de ações populares, destacou, após referir-se à impossibilidade de ser privilegiado determinado modelo ético em um Estado laico e pluralista, que:

---

<sup>225</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 111.

<sup>226</sup> O texto em língua estrangeira é: “Den solidarischen Leistungsansprüchen korrespondieren solidarische Pflichten. Das Freiheitzugeständnis des Leistungsabhängigen und das Finanzopfer der Solidargemeinschaft müssen zum schonenden Ausgleich gebracht werden. Die zumutbare Grundrechtsbeschränkung des einen muß abgewogen werden gegen die zumutbare Belastung der anderen.” ISENSEE, Josef. Der Soziastaat in der Wirtschaftskrise. Der Kampf um die sozialen Besitzstände um die Normen der Verfassung, In LISTL, Joseph; SCHAMBECK, Herbert. Demokratie in Anfechtung und Bewährung. Festschrift für Johannes Broermann. Berlin: Duncker & Humblot, 1982, p. 384.

En esta dimensión el principio de la solidaridad se despliega como un deber que pesa en cabeza del Estado y de todos los habitantes del país. Yendo en el primer caso de lo público hacia lo privado, a tiempo en que en el segundo del núcleo familiar hacia el ámbito social, en una sorte de concatenaciones dialécticas que deben tener siempre a la persona como razón y fin último. Así las cosas:

‘El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones. Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad.’

El deber de solidaridad en la cabeza del Estado Social de Derecho es inherente a su existencia y cualificación en la esfera de cumplimiento de sus fines esenciales, al paso que en cabeza de los particulares el deber de solidaridad es exigible en los términos de ley. En sentir de la Corte:

‘Es la solidaridad social, a la cual todos estamos obligados y que todos al mismo tiempo, podemos esperar de los demás: es obligación de todos y de todos de cada uno proceder de conformidad con esa solidaridad; y cada uno de nosotros, lo mismo que la comunidad entera, tiene el derecho a que esa solidaridad se manifieste en su defensa’.

O Tribunal colombiano, no mesmo acórdão, asseverou que a solidariedade é um valor constitucional que, enquanto fundamento da organização política, espraia-se em uma tríplice dimensão: (i) pauta de comportamento a ser obedecida em determinadas ocasiões; (ii) critério de interpretação para análise das ações ou omissões de particulares que vulnerarem ou ameacem direitos fundamentais; e (iii) limite ao exercício de direitos<sup>227</sup>.

Embora as premissas adotadas rechacem a recondução primordial da solidariedade à categoria dos valores, é certo que a polissemia do termo dá azo a múltiplas abordagens, que não infirmam a posição adotada quanto à sua classificação como princípio ou postulado.

---

<sup>227</sup> “De otra parte ha sostenido esta Corporación que la solidaridad es un valor constitucional que en cuanto fundamento de la organización política presenta una triple dimensión, a saber: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios”. Disponible em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-459-04.rtf>>. Acesso em 02 jun. 2009.

### 3.2 Solidariedade e normatividade jurídica

As constatações antes expostas estão, ainda, incompletas. Em verdade, tal como demonstrado nos capítulos anteriores, a inclusão da solidariedade como objetivo da República Federativa do Brasil é o sinal da opção prioritária por aqueles que têm menos vantagens<sup>228</sup>. Essa conclusão, se coerentemente aplicada e observada com higidez, é de poderosa relevância e serve de supedâneo à aplicação das conclusões sufragadas no capítulo anterior.

A colisão entre direitos, para além do mínimo existencial, e as múltiplas demandas arrostadas pelo Estado impõem que se privilegie o menos favorecido quando concorrentes iguais pretensões em contexto de escassez, de sorte que toda situação de desigualdade que se traduza numa situação de debilidade tenha relevância constitucional<sup>229</sup>. Esclareça-se que a definição do sujeito com menores vantagens é histórico e não se apega unicamente a critérios atrelados à distribuição de riqueza, pois, em sociedades marcadas por grande exclusão, é possível que a agregação de certos traços identificados com a opressão, a miséria e o preconceito se reconduzam à origem, ao gênero, à etnia, à religião e à existência de necessidades especiais, fazendo com que, dentre os desfavorecidos, seja possível identificar aqueles que reúnem, objetiva e subjetivamente, as características relacionadas às iniquidades mais evidentes, apontando-se, com base nos dados apresentados na introdução dessa dissertação, que, no Brasil, uma mulher pobre, idosa, moradora em bairro de periferia de cidade de pequeno porte terá mais dificuldade em obter tratamento médico básico em rede pública de hospitais em comparação a outra mulher de mesma faixa etária, moradora em grande centro urbano; assim como a criança pobre, filha de pais analfabetos, residente em

---

<sup>228</sup> Um dos pontos mais notáveis do trabalho de Rawls foi coalescer o liberalismo com o ideal de equidade ao sublinhar que o benefício das camadas sociais com maior poder aquisitivo somente poderia se conformar com os princípios de justiça se implicassem melhoria das condições dos mais desfavorecidos, uma vez que “a desigualdade é justificável apenas se a diferença de expectativas for vantajosa para o homem representativo que está em piores condições”. RAWLS, 2002, p. 82. DWORKIN, 2002b, p. 115, 163. WOLFF, Jonathan; DE- SHALIT, Avner. Disadvantage. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 161. SHUE, Henry. Basic rights: subsistence, affluence and U.S foreign policy. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 19, 122. Da lúcida obra do professor da Universidade de Cornell, é imprescindível a transcrição da seguinte passagem (p. 122): “To deny a helpless person material resources that would save the person’s life or vitality in order to protect material resources controlled but not needed so desperately by one or more other persons is to inflict a profound indignity – not to mention probable death – upon the person whose urgent needs are denied. For it is not merely that the person’s own preferences are to be subordinated to someone else’s preference, nor merely that the person’s own needs are to be subordinated to someone else’s needs, but that the person’s most vital needs are to be subordinated to someone else’s preferences – by accepted social practices and institutions. For social institutions to protect one person’s capacity to satisfy wishes in addition to enjoying rights at the cost of failing to protect another’s capacity to enjoy any right at all, is to place the second person in so secondary a position as to be insulting.”

<sup>229</sup> MARTÍN, 2006, p. 64.

município do sertão nordestino sem atendimento de rede de saneamento básico e oferta de água potável, enfrentará maiores obstáculos para frequentar e permanecer assídua em escola primária pública em comparação à colega cujos pais tenham completado o ensino universitário e não se vejam impelidos a buscar no trabalho de seus filhos uma forma de obter maior renda familiar.

A eleição de um único indicador para apurar suposta desvantagem pode promover uma errônea identificação do grupo ou sujeito que esteja em pior situação quanto à realização, objetiva ou subjetiva, de certo direito fundamental, o que obriga que sejam apontados os titulares de direitos mais vulneráveis, para que a efetivação de políticas públicas voltadas à implantação de mecanismos e instituições para a proteção de direitos fundamentais tenha real êxito. Com isso, quer se afirmar que a aferição da “pobreza cumulativa”<sup>230</sup> pode ser parâmetro para se perquirir quem deve ser beneficiado na realização de alguns dos direitos sociais de feição nitidamente prestacional em contexto de escassez, porém não pode ser utilizada como medida geral para aplicação da solidariedade, tendo-se em conta as implicações próprias aos direitos individuais, difusos e as nuances inerentes à aplicação de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

A afirmação de que a solidariedade é vetor interpretativo que direciona a resolução de colisões de direitos concorrentes em favor da parte mais débil, é, em uma primeira análise, contrária à colocação de que “os direitos fundamentais são, em si mesmos, restrições a suas restrições e à possibilidade de restringi-los”<sup>231</sup>, em especial por parecer intuir que a aplicação da solidariedade, como princípio constitucional, é incompatível a uma relação de preferência condicionada, por determinar resultado alheio a um juízo de ponderação entre os princípios conflitantes no caso concreto. No entanto, a posição defendida – embora não alheia à postura liberal igualitária que se propugna ao longo da dissertação – não infirma o cerne da definição de princípio elaborada por Alexy, uma vez que a aplicação da solidariedade está associada às possibilidades fáticas a serem aferidas concretamente, não sendo, portanto, antagônica à idéia de mandado de otimização<sup>232</sup>. Caberá sempre ao intérprete, ao deparar-se com a colisão de

---

<sup>230</sup> Jonathan Wolff e Avner De-Shalit citam o trabalho desenvolvido pelos professores Jonathan Bradshaw e Naomi Finch, da Universidade de York, que, na elaboração do estudo *The Poverty and Social Exclusion in Britain*, identificaram que os mais pobres são aqueles que reúnem mais indícios cumulativos de desigualdade, o que teria permitido afirmar que a pobreza poderia ser aferida por dois dados objetivos (baixa renda e não atendimento às necessidades básicas) e um subjetivo (carência de relações sociais percebidas como necessárias), obtendo-se como conclusão que a “exclusão social implica a exclusão do mercado de trabalho, a exclusão de serviços básicos e a exclusão de relacionamentos sociais”. WOLFF, DE-SHALIT, 2007, p. 110-1. CAPALDI, Nicholas. *What’s Wrong with Solidarity?* In BAYERTZ, 1999, p. 52.

<sup>231</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2. ed. em espanhol. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 257.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 72.

direitos, aferir qual a extensão das pretensões em oposição, devendo empreender exame no qual perquirir se i) algum dos direitos fundamentais contrapostos excede o mínimo existencial, conceito que engloba a saúde básica (saneamento, atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva e prevenção epidemiológica), educação fundamental, assistência aos desamparados (mediante o fornecimento de renda mínima, alimentação, abrigo e vestuário para quem não tenha condições de prover sua subsistência por si ou sua família), acesso à justiça<sup>233</sup> e condições ambientais idôneas à sobrevivência humana<sup>234</sup>. Em seguida, ii) identificado o confronto entre dois direitos atinentes ao mínimo existencial, o aplicador deverá dar solução que seja mais eficiente na produção de benefícios a um maior número de pessoas<sup>235</sup>; e iii) observada a concorrência entre dois sujeitos individuais titulares de um igual direito, há que se dar preferência ao mais vulnerável<sup>236</sup>.

Conquanto a solução sufragada no item (i) não suscite maior polêmica por ser ponto de razoável consenso que tratar todos “com igual consideração”, em contexto de escassez de recursos, supõe que seja ofertada a igual possibilidade de gozo de condições básicas à vida humana, reconhecemos que o privilégio ao maior número de beneficiários, quando concorrentes direitos de igual natureza (ii), possa ser tese de mais difícil aceitação, se mal empregada como subterfúgio para a chancela de sacrifícios individuais em prol do bem da comunidade. O argumento de caráter utilitarista, no entanto, fenece, porque não se pretende que ele sirva de baliza ex ante ao conflito a ser solucionado. Outrossim, sua construção pressupõe que os direitos concorrentes sejam de igual natureza, a fim de que dele não se extraia a possibilidade de restrição ao exercício lícito da liberdade individual para promoção de um direito prestacional de projeção coletiva e tampouco se pretenda o alijamento da intimidade ou da autonomia privada para preservação da ética compartilhada por grupo majoritário da comunidade.

Ao revés, o que a solidariedade almeja deixar assente é que, para além da esfera de vedação a intervenções ao exercício legítimo do direito, o seu cunho positivo pode tangenciar, ou mesmo conformar-se, a um exercício abusivo que priva os demais titulares de igual direito a invocar a proteção estatal quando vislumbrada situação fática que assim o exija. Nesse sentido, é de inteira pertinência a lição de Alexy quando destaca que: “o direito de determinar por si mesmo a forma e o tipo de exercício dos direitos fundamentais não deve se confundir

---

<sup>233</sup> BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278.

<sup>234</sup> SHUE, 1996, p. 23.

<sup>235</sup> BARCELLOS, 2008, p. 312.

<sup>236</sup> DENNINGER, 1999, p. 234.

com um direito, sem dúvida, inexistente, de o titular de direitos fundamentais definir, por si mesmo, o suposto de fato das normas de direito fundamental”<sup>237</sup>. Aqui importa observar que, em contexto de escassez, a definição do conteúdo do direito – para além do seu núcleo essencial – é tarefa cuja realização exige que se afirmem os pleitos concorrentes insuscetíveis de realização simultânea, a fim de que a coordenação de interesses não ceda a representações idiossincráticas do que seja “justo” obter com e pelo exercício dos direitos. É, então, que a solidariedade surge como antítese ao egoísmo<sup>238</sup>.

Para auxílio à compreensão da tese defendida, valho-me do seguinte exemplo: um homem adulto mentalmente são tenta fazer voo preso a balões de gás ao longo de uma grande extensão do território brasileiro; em sua tentativa não logra o êxito esperado e os aparelhos que o acompanhavam no solo não mais conseguem identificá-lo no ar. O aparato policial é então destacado para empreender buscas para encontrá-lo, mobilizando, para tanto, embarcações, helicópteros e quantitativo numeroso de policiais. Sublinhe-se que os policiais e os recursos deslocados para o resgate estariam sendo igualmente empregados para a segurança pública dos demais habitantes daquela localidade. Logo, conquanto o Estado deva empreender esforços para que o exercício da liberdade não se depare com riscos que possam elidir o seu conteúdo, é igualmente importante que as ações realizadas para este mister não ganhem monta que terminem por frustrar igual direito dos demais titulares, tal como ocorreria se o comando policial não pusesse termo às incursões após escoado prazo razoável para encontrar a pessoa que, voluntariamente, expôs-se à situação de perigo.

Outrossim, a opção preferencial pela realização do direito da parte mais vulnerável, quando concorrente pretensões contrapostas para além do mínimo existencial (iii), desvenda o conteúdo mais facilmente apreensível da solidariedade. Com efeito, notada assimetria que remonte a uma hipossuficiência fática, jurídica ou social, vencível e originada – ainda que em

<sup>237</sup> O texto em língua estrangeira é: “El derecho a determinar por sí mismo la forma y el tipo de ejercicio de los derechos fundamentales no debe confundirse con un derecho, sin duda, inexistente, del titular de los derechos fundamentales, a definir por sí mismo el supuesto de hecho de las normas de derecho fundamental.” ALEXY, 2007, p. 275. Em outra passagem de sua obra, o professor alemão ressalta que: “la protección de derecho fundamental depende siempre de una relación entre una razón para una protección de derecho fundamental y una contrarrazón admisible, y no de propiedades independientemente reconocibles del ámbito de protección que deben o no ser incluido en el o de las leyes generales” (p. 280).

<sup>238</sup> MARTÍNEZ, 1999, p. 278 e 282. “The principle of solidarity becomes functional as an ethical and political principle in contexts where there is a potential divergence between individual self-interest and the good of community. Without this potential conflict, the concept loses the tension between the descriptive and prescriptive dimensions (between the is and the ought), collapsing into a description of the natural reciprocity between individual and community. In the context of a potential divergence of individual self-interest and the good of community, solidarity calls for a restraint on the pursuit of immediate self-interest, and thus a direct identification with and advancement of the community. This is its formal structure.” KHUSHF, George. Solidarity as a Moral and Political Concept: Beyond the Liberal/Communitarian Impasse. In BAYERTZ, 1999, p. 65.

parte - pela realização do direito em disputa, há que se conceber solução favorável à parte mais débil, sob o risco de frustrar a emancipação de homens e mulheres mediante a perpetuação de desigualdades historicamente observadas.

### 3.3 **Conclusão**

Acolhida a distinção entre regras e princípios, sob uma perspectiva menos rígida, a solidariedade – não mais jungida ao conceito de valor – pode ser compreendida enquanto princípio ou postulado dotado de normatividade jurídica, sendo equivocadas as concepções que pretendam mitigar sua observância ao relacioná-la unicamente ao âmbito de “objetivo” a ser perseguido pela República Federativa do Brasil, tal como enunciado no art. 3º, I, da Constituição de 1988.

Em um esforço de síntese dos pressupostos declinados para a realização da solidariedade, sob o prisma jurídico, tem-se que, concretizado o mínimo existencial, a colisão de direitos fundamentais de igual conteúdo deve privilegiar - após destrinchados os aspectos fáticos apurados em prol de cada uma das posições conflitantes e exaurida a possibilidade de solução do conflito mediante a subsunção à regra jurídica - a decisão que traga benefício a um maior número de indivíduos, desde que não fortaleça a exclusão daqueles que estão em maior desvantagem. Nos capítulos seguintes, assume-se o objetivo de dar maior enfoque a aplicações práticas da solidariedade, enquanto princípio e postulado, o que poderá fornecer maior subsídio ao esclarecimento das questões antes expostas apenas sob a perspectiva metodológica.

#### 4 SOLIDARIEDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Preâmbulo da Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão de 1789 afirma-se: “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo pelos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos”<sup>239</sup>.

Os direitos fundamentais<sup>240</sup>, despidos de justificativas religiosas e filosóficas, reiteram seu sentido quando as formas de cooperação e os reclamos por um objetivo comum são insuficientes para a resolução das disputas da sociedade política<sup>241</sup>. A proteção, o respeito e a realização dos direitos fundamentais traduzem a higidez do Estado Democrático de Direito e permitem que os embates próprios à democracia possam ser vertidos na esfera pública sem que a opressão e a subserviência sejam ameaças concretas à minoria passíveis de serem levadas a cabo através do ordenamento jurídico. A inobservância dos direitos fundamentais é o primeiro e mais distintivo traço da incapacidade das instituições públicas e dos cidadãos reconhecerem os seres humanos como indivíduos merecedores de igual respeito e consideração<sup>242</sup>, premissa sem a qual o constitucionalismo democrático fica mitigado e o “mínimo ético” que se espera do Direito perde relevância. As reivindicações por direitos fundamentais denotam, pois, a busca de homens e mulheres para alçar um novo patamar e superar as necessidades materiais e espirituais que enfrentem, as quais são evidenciadas nas hipóteses em que as leis mostrem-se incongruentes ante tais anseios. Dos direitos políticos aos direitos sociais, das liberdades individuais aos direitos difusos é extraído o manifesto propósito de reforçar o substrato segundo o qual o ser humano poderá desenvolver-se, em

<sup>239</sup> “(...)l’ignorance, l’oubli ou le mépris des droits de l’homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements”. VILLEY, Michel. *Le Droit et les Droits de l’Homme*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. Annexe I, p. 6.

<sup>240</sup> Ao longo da exposição será adotado o termo “direitos fundamentais”, por considerá-lo mais abrangente em comparação com “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos civis” e “liberdades públicas”. A escolha não é desprovida de sentido, tendo-se em vista a associação feita a cada um de tais termos a marcos específicos da evolução dos estudos sobre o tema à luz do liberalismo burguês do século XVIII na França (“direitos do homem”), do direito internacional (“direitos humanos”, o qual foi na redação dos arts. 4º, II, e 5º, §3º da Constituição da República de 1988), dos movimentos sociais norte-americanos da segunda metade do século XX (“direitos civis”) e do constitucionalismo francês contemporâneo (“liberdades públicas”; art. 34.2, da Constituição de 1958; ainda que a expressão em singular tenha sido empregada no art. 9, da Constituição de 1793, o uso no plural é feito pela primeira vez no texto de 14 de janeiro de 1852). O termo “direitos fundamentais”, além de enraizado na doutrina alemã (*grundrechte*), foi opção do constituinte brasileiro de 1988 ao nomear o Título II (“Direitos e Garantias Fundamentais”) e no texto do art. 5º, §1. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 31-8. MARTÍNEZ, 1999, p. 21-37. LEBRETON, Gilles. *Libertés Publiques et Droits de l’Homme*. 7. éd. Paris: Armand Collin, 2005, p. 10-1.

<sup>241</sup> DWORKIN, 2002a, p. 283.

<sup>242</sup> DWORKIN, 2002b, p. 2.

coexistência com seus semelhantes, de forma livre e igual, consoante as exigências e as possibilidades conformadas pela história.

Embora a descrição analítica da evolução dos direitos fundamentais no tempo exceda o escopo deste estudo, vale sublinhar que, a despeito de obras sobre a igualdade, dignidade e os direitos inerentes à condição de cidadão serem encontradas na Antiguidade Clássica, a forma de organização da polis grega fundada na escravatura, na ausência de sistematização do direito ainda permeado pela moralidade coletiva e o acesso restrito à condição de cidadania afastam a possibilidade de radicar os direitos fundamentais naquela quadra da história. Com efeito, sob a influência da ética cristã<sup>243</sup> e a consequente asserção da igualdade entre todos os homens, o jusnaturalismo e as teorias contratualistas irão lançar os alicerces das declarações de direito proclamadas no século XVIII. Com esse intuito, revolve-se o marco filosófico outrora acolhido a fim de que o ser humano, antes percebido como sujeito ao qual eram exclusivamente confiados deveres perante o Estado e cuja liberdade jungia-se aos lindes traçados pelo soberano, passe a concorrer com sua vontade para a formação do ente político, uma vez que seria titular nato de direitos que antecederiam a formação da sociedade e, portanto, seriam infensos ao domínio estatal dentro dos limites do pacto firmado entre os indivíduos na sua constituição<sup>244</sup>.

A explicação contratualista, em suas distintas vertentes, foi, todavia, insuficiente para lastrear as construções que serviram de supedâneo às declarações de direitos acolhidas nos textos constitucionais e tratados internacionais, em especial, na segunda metade do século XX. A oposição à concepção de direitos naturais aos homens, conhecidos a partir da racionalidade que lhes é comum, tornou-se frágil, mediante a incorporação de tais pretensões pelo Direito Positivo, e pela evidência de sua contraprova fática nas primeiras etapas da revolução industrial, quando, o êxodo rural, a formação de grandes centros urbanos e a ruptura da rede de proteção inerente aos laços tradicionais de pertença à comunidade somavam-se em desfavor dos trabalhadores e de suas famílias. A assunção da liberdade, enquanto espaço de exercício de autonomia individual imune à intervenção do Poder Público, premissa inafastável da construção do Estado como resultado do contrato social, foi incapaz de, por si, garantir igual respeito e consideração a todos os seres humanos, o que é

---

<sup>243</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 17. BOBBIO, 2004, p. 75. MORANGE, 1985, p. 50.

<sup>244</sup> HUFEN, Friedhelm. Staatsrecht II. Grundrechte. München: C.H. Beck, 2007, p. 42. BOBBIO, 2004, p. 78. As premissas combatidas pela teoria liberal dos direitos fundamentais foram parcialmente retomadas pelas teorias jurídicas do Estado nas obras de Laband e Jellinek, ao afirmar-se que a liberdade somente é possível no Estado e que os direitos fundamentais, enquanto direitos públicos subjetivos, somente existem na extensão que lhes é atribuída pelo Estado. A propósito, confira-se ARAGÓN, Manuel. Constitución y control del poder. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 34.

incompossível com a miséria alheia às escolhas feitas pelos indivíduos na definição de seus planos de vida.

A necessidade de uma ininterrupta reflexão sobre os direitos fundamentais permanece. Porém, a possibilidade de conferir-lhes um denominador comum é vista como empreitada de difícil consecução. Novas demandas precisam ser supridas e múltiplas reivindicações são postas, fazendo surgir diferenças no que antes era percebido como indistinto. Cabe afirmar, no entanto, que a cadência irregular do reconhecimento e do respeito aos direitos fundamentais permite que, afinal, seja traçada uma curva ascendente, na qual a Magna Charta de 1215, a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, o Bill of Rights norte-americano de 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Constituição mexicana de 1917, a de Weimar de 1919, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950), os Pactos Internacionais dos Direitos Cívicos e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) são pontos de uma linha sinuosa, cujas inflexões positivas denotam que seu termo ainda está distante.

#### 4.1 **Direitos fundamentais: gerações e graus de concretização**

Conquanto a indivisibilidade seja nota característica dos direitos fundamentais<sup>245</sup>, cabe ser ressaltado que o completo exercício dos direitos associados às liberdades clássicas não é efetivo se não observadas condições de igualdade, as quais não são conquistadas originariamente a partir do embate entre os componentes da coletividade que, por meio da

---

<sup>245</sup> MELLO, Celso de Albuquerque. O §2º do Art. 5º da Constituição Federal. In TORRES, 2001, p. 7. PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 45, ano 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 228. COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales en Perspectiva: la Cara Jurídica de la Política Social. In: CARBONELL, Miguel (ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 197. PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 41. Pisarello afirma que a divisão entre direitos de liberdade e de igualdade foi dominante durante a Guerra Fria e não mais justificava-se perante o reconhecimento da interdependência e a indivisibilidade dos direitos pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. A suposta dicotomia teria ganho nova força ante a incapacidade do Estado de Bem-Estar Social atender às urgências do processo de globalização (p. 42). No âmbito internacional, merece destaque o art. 5o, da Declaração e Programa de Ação de Viena subscrito em 1993, que dispõe: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever do Estado promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem os seus sistemas políticos, econômicos e culturais.”

distribuição díspar de recursos, tendem a perpetuar os desequilíbrios historicamente observados para manutenção de sociedade aparentemente livre e essencialmente iníqua<sup>246</sup>. Por meio dos direitos sociais, como leciona Dieter Grimm<sup>247</sup>, não se propunha “inverter a relação fundamental entre Estado e indivíduo, mas, antes, compensar o desnível real que conduzira à distribuição desigual de chances de liberdade, mas isso não é possível por meio de auto-regulamentação social. Esta é, antes, a fonte do problema que deve ser reparado pelos direitos fundamentais sociais. Por isso, os objetivos colocados por eles precisam ser realizados pelo Estado. Mas, diferentemente dos direitos de liberdade, isso não pode ocorrer por omissão e sim por ação.”

A inclusão dos direitos sociais, ao lado dos direitos individuais e políticos, nas Constituições que se sucederam ao liberalismo clássico denota não só a irrisão da liberdade e da igualdade formal como premissas, por si, idôneas à consecução da vida digna de homens e mulheres, como também adiciona nova justificativa aos direitos fundamentais, que balizará a doutrina dedicada ao tema. Registramos, a propósito, a lição de Gustav Zagrebelsky, segundo a qual as duas concepções gerais que dão sentido ao direito são oriundas de influências do humanismo laico e do humanismo cristão. Na primeira perspectiva, a violação aos direitos opera-se pela frustração da liberdade do ser humano, enquanto na segunda, a lesão corresponde à não realização de um ideal de justiça. As duas visões lastrearão percepções diferenciadas quanto ao conteúdo da dignidade da pessoa humana, cujo núcleo pode consistir na liberdade ou na igualdade<sup>248</sup>. Destarte, a justiça que inspiraria a perseguição da igualdade pressuporia um “lugar” a ser ocupado pelo indivíduo, o que mal se conformaria à perseguição da liberdade, cuja realização demanda a possibilidade de o ser humano definir seus planos de vida de forma autônoma, o que é incongruente com a hipótese de o constituinte ou o legislador eleger o modelo a ser carregado por meio da intervenção do Poder Público. As bases de tal crítica que, adicionadas à perspectiva relacional que informa o juízo de isonomia e aos

<sup>246</sup> “(...) such rights can serve not to preempt democratic deliberation but to ensure democratic attention to important interests that might otherwise be neglected in ordinary debate.” SUNSTEIN, Cass R. *Designing democracy. What constitutions do.* New York: Oxford University Press, 2001, p. 222.

<sup>247</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política.* Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 249.

<sup>248</sup> ZAGREBELSKY, 2007, p. 76. Em outra passagem, ele afirma: “Los derechos del humanismo cristiano (y, específicamente, católico) encuentran su explicación, por el contrario, en la tradición antigua que La escolástica medieval sintetizó. (...). Contrariamente a cuanto se ha dicho a propósito del humanismo renascentista, en esta visión se asume que todo ser, y entre ellos el hombre, tiene en el universo su ‘lugar natural’, conforme El orden de la creación. No hay espacio para ninguna pretensión individual de autorealización subjetiva y voluntariamente motivada, pues ello sería una act de orgullo que destruiría el orden en que todo ser – el hombre incluido – está colocado. (...) Así, pues, no se trata de poder actuar según la propia libertad (como ocurre en La tradición moderna), sino de poder actuar según el propio deber. Esta concepción difícilmente puede adecuarse a la idea moderna de los derechos, sino que más bien corresponde a la vieja idea del status. Si se quiere hablar de derechos, deberá hablarse de ellos como pretensiones de status, es decir, como reflejo de un orden necesario en el que todo sujeto está encuadrado, independientemente de su voluntad.” (p. 80-81).

dados históricos que lançaram a liberdade à frente da igualdade nas declarações de direitos liberais, impulsionaram parte da doutrina a identificar os direitos fundamentais com aqueles voltados às liberdades<sup>249</sup>.

Contudo, a antecedência da liberdade enquanto justificativa dos direitos fundamentais é objeto de críticas. De início, insta sublinhar que a oposição entre humanismo laico e cristão não abala a possibilidade de a igualdade assumir posição prioritária à liberdade, uma vez que a matriz histórica não é elemento suficiente para o abandono de tal tese, sob o risco de mitigar-se a sistematicidade científica do Direito, assim como das instituições e conceitos que por ele são abarcados. Ademais, a afirmação de que a igualdade seja um conceito vazio de conteúdo<sup>250</sup> e que tem sua concretização, como realização de um objetivo de justiça, atrelada à liberdade é insuficiente para se sobrepor à constatação de que também as liberdades – com ressalva das liberdades políticas, as quais contêm um “valor justo” insuscetível de relativização<sup>251</sup> - são valoradas tendo-se em vista as consequências que delas podem advir<sup>252</sup>. A igualdade formal é condição para que a liberdade seja reconhecida a todos os seres humanos, independentemente do gênero, etnia e origem. A assunção, pelo liberalismo igualitário, da existência de condições materiais mínimas<sup>253</sup> para que os titulares de liberdades sejam capazes de exercê-las sem que a pobreza e a ignorância sejam um óbice efetivo à preservação dos direitos fundamentais, ainda que apenas para evitar que se desvalorizem e se mostrem inúteis aos seus titulares, denota o erro de serem erigidos marcos estanques das teorias que tentam definir de forma estrita o caráter primordial dos direitos da liberdade ou da igualdade.

O argumento inicial acerca da indivisibilidade dos direitos fundamentais é retomado, agora, para afirmar a insuficiência da repressão à violação dos direitos fundamentais de forma isolada. Há de ser ultrapassado o tempo no qual a pobreza era vista como mera insuficiência de recursos materiais. Com efeito, tal como afirmado por Sigrun I. Skogly, um dos relatores do documento sobre a extrema pobreza (2000-2001) do Alto Comissariado de Direitos Humanos, “a pobreza deixa as pessoas sem voz e poder, distanciando-as do povo e das

---

<sup>249</sup> Confira-se, por todos, TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 259.

<sup>250</sup> Idem. Direitos Humanos e Tributação nos Países Latinos. In: MELLO, Celso Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. Arquivos de direitos humanos. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 133.

<sup>251</sup> RAWLS, 2005, p. 327.

<sup>252</sup> DWORKIN, 2002b, p. 121.

<sup>253</sup> RAWLS, 2005, p. 228. É importante sublinhar que Rawls afirma que o mínimo social que possa atender às necessidades básicas de todos os cidadãos não se confunde com a igualdade de oportunidades.

instituições que tomam as decisões que afetam as suas vidas”<sup>254</sup>. Logo, é sem surpresa que o maior número de vítimas de torturas e tratamentos cruéis não seja o de perseguidos políticos, mas daqueles que estão nas classes econômicas mais baixas da sociedade, ignorantes de seus direitos e incapazes de compreenderem-se como cidadãos<sup>255</sup>.

As distinções entre direitos individuais e sociais também foram projetadas na conformação e na definição das finalidades a serem perseguidas pelo Estado. Assim, os direitos individuais almejavam a proteção do exercício da autonomia privada livre de intervenção. A ação estatal repressora somente poderia ser levada a cabo se as garantias formais, instituídas para impedir que o exercício da liberdade fosse coarctado, forem insuficientes para desestimular a violação dos direitos fundamentais pelos particulares e pelo Poder Público. Os teóricos do liberalismo clássico reuniram-se em torno dessa concepção para combater o Estado Absolutista a fim de rejeitar qualquer representação transpessoal do Estado, capaz de dissociá-lo da perseguição do bem comum, e que os objetivos a serem cumpridos pelo ente político, visando à preservação da liberdade, da propriedade e da segurança, fossem delimitados por leis cujos destinatários tivessem assentido na sua elaboração<sup>256</sup>. Tais premissas vieram a conformar a definição de Estado de Direito e, por conseguinte, a percepção de que os direitos individuais consubstanciavam direitos negativos, nos quais a lesão que venha a lhes acometer é repreendida, em essência, pela condenação do agressor à obrigação de reconstituir a situação fática e jurídica antes existente à violação por ele perpetrada.

---

<sup>254</sup> SKOGLY, Sigrun I. Is there a right not to be poor? In: *Human Rights Law Review*. V. 2, N. 1. New York: Oxford University Press, 2002, p. 71.

<sup>255</sup> Do Relatório Especial da Comissão de Direitos Humanos sobre a questão da tortura, tratamento e castigo desumano, cruel ou degradante, apresentado à Assembléia das Nações Unidas, em 11 de Agosto de 2000, transcreve-se o seguinte excerto: “It is true that many of the more high-profile cases of torture that come to the international attention concern people involved in political activities of various sorts. Such victims of torture may well be of a class or connected with organizations that have international contacts. The experience of mission in several parts of the world has led the Special Rapporteur to observe, however, that the overwhelming majority of those subjected to torture and ill-treatment are ordinary common criminals from the lowest strata of society. They are the ones who cannot afford good lawyers, or who have access only to less than-diligent lawyers provided, in some instances, by the State, or who may not have access to any lawyer at all; whose families do not have the connections to be taken seriously by the police, prosecutors or judges, or even the means of securing life-saving health care that may be obtained outside the place of detention, or of providing food fit to eat when the detaining authorities and institutions fail to make these available; and who do not have any idea of what their rights are, even the right not to be tortured, or how those rights may be secured. Indeed, they are often members of the lowest level of an underclass that is disconnected from all opportunity of leading decent lives as productive economic citizens.” Apud SKOGLY, 2002, p. 71.

<sup>256</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le Droit, l'État et la Constitution Démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000, p. 129-0.

O Estado Social<sup>257</sup>, que surge a reboque da supressão do sufrágio censitário, da ascensão dos movimentos sindicais, da propagação do socialismo científico e da doutrina social da Igreja Católica, pretende oferecer resposta ao traço insuportável da miséria que a igualdade formal, em contexto de elevada iniquidade das primeiras etapas do processo de industrialização, era incapaz de resolver. Antes de sobrepor-se ao Estado de Direito, o Estado Social visa à concretização das condições materiais necessárias para o desfrute das liberdades antes afirmadas, mediante a redução da desigualdade social. A realização de tais propósitos através da ingerência do Poder Público em espaço antes reservado à autonomia da vontade de homens e mulheres ao impor lindes insuperáveis pela livre tratativa das partes, fez com que a percepção dos traços característicos do Estado de Direito passassem por um processo de revisão<sup>258</sup>, especialmente se a norma constitucional viesse a assumir essas tarefas em seu texto. A ruptura com a perspectiva liberal consubstanciava-se na premissa de que os elementos estruturais do Estado de Direito (divisão de poderes, princípio da legalidade perante a Administração Pública, independência e imparcialidade do Poder Judiciário e preservação dos direitos individuais) já continham em si a condição de sua aplicabilidade, a qual se colocava em contradição com a definição de fins concretos a pautarem o legislador, fazendo com que a generalidade e a abstração das leis fossem superadas por “leis-medida”, concretas e particulares, transferindo o agir orientado por fins – tarefa precípua do administrador – ao Poder Legislativo<sup>259</sup>. Outrossim, a percepção da intervenção estatal como meio de suporte e articulação do progresso social obrigava a revisão do grau de proteção a ser conferido à proteção da propriedade privada, ora sujeita ao poder fiscal como substrato para realização dos projetos de justiça redistributiva.

Mais: a assunção de direitos a prestações públicas acarretaria a perda do cerne formal da Constituição, uma vez que as normas dela extraídas seriam aplicadas em observância às

---

<sup>257</sup> A proteção da relação de trabalho e a gênese do sistema de previdência social antecederam a ascensão do constitucionalismo dito “social”, cujos primeiros impulsos foram dados pela Constituição mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919. Cf. VAN PARIJS, 1999, p. 14.

<sup>258</sup> A incompatibilidade entre os dois modelos foi objeto de destaque na crítica feita por Forsthoff, que, no Brasil, foi debatida na obra de Tércio Sampaio Ferraz Junior: “A propósito seria conveniente assinalar, no Estado de Direito, para identificá-lo, a postura individualista abstrata, o primado da liberdade no sentido negativo de não-impedimento, a presença da segurança formal e da propriedade privada. Portanto, um Estado concebido, como dizia Carl Schmitt, como servo estritamente controlado da sociedade. Já no Estado Social, dever-se-ia perceber uma espécie de extensão do catálogo dos direitos individuais na direção dos chamados direitos de segunda geração, direitos econômicos e sociais, e portanto a consideração do homem concretamente situado, o reconhecimento de um conteúdo positivo da liberdade como participação a que corresponde uma complexidade de processos e técnicas de atuação do Poder Público, o problema da intervenção do Estado no domínio econômico, donde uma transformação conseqüente nos próprios sistemas de controle de constitucionalidade e da legalidade”. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre Contribuições Sociais e Solidariedade no Contexto do Estado democrático de Direito. In: GRECO, GODOI, 2005, p. 208.

<sup>259</sup> CRUZ, Luis M. La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 53. BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 142.

dinâmicas sociais que irão informar o conteúdo das exigências postas ao Estado. O intuito da crítica lançada visa ao combate da noção de que os direitos fundamentais possam ter níveis de concretização distintos em conformidade com as necessidades e as possibilidades de realização cambiantes na história, impedindo que deles se extraia um conteúdo atemporal, que melhor se adequaria à promessa de perenidade que informa as Constituições. A dificuldade apontada é acentuada pela difícil adaptação de tais pautas de reivindicação à juridicidade inerente aos direitos fundamentais, enquanto pretensões exigíveis imunes à supressão pelos poderes estatais, visto que obrigam o Judiciário a proceder a um juízo de compatibilidade entre as opções feitas pelo legislador e os preceitos extraídos da Constituição. O paradoxo está também centrado na amplitude conferida ao catálogo de direitos inseridos no texto constitucional, o que tornaria mais frágil a proteção dos direitos individuais clássicos<sup>260</sup>, e verteria, à interpretação constitucional, todas as relações jurídicas que venham a ser travadas no âmbito social, uma vez que a regra última de decisão seria oriunda da Lei Maior, fazendo com que as fronteiras entre sociedade e Estado fossem progressivamente apagadas pela ação do Estado total, que simbolizaria a coincidência entre a autonomia pública e a privada, com a subsequente extinção da possibilidade de livre desenvolvimento da liberdade apartada da intervenção do Poder Público e da conformação da coletividade aos novos desígnios que venham a ser tidos como relevantes por ela.

A refutação das objeções tecidas ao Estado Social demandaria análise cuidadosa que não poderia, sob risco de leviandade, ser feita no presente estudo. O confronto entre democracia, jurisdição constitucional e ampliação do catálogo de direitos fundamentais é objeto de controvérsia cujos contornos também não serão aqui delimitados. No entanto, o desenvolvimento das idéias expostas ficaria comprometido caso fosse tacitamente chancelada a incompatibilidade do Estado de Direito para com o Estado Social. A superação da suposta divergência não se dá com a prevalência de um dos modelos, mas com a percepção de que ambos não almejam propósitos dicotômicos, sendo certo que a realização das prestações públicas assumidas pelos direitos sociais não se contrapõe às atribuições do Poder Legislativo que, simultaneamente, são ampliadas e passam a ficar jungidas à manifestação do constituinte.

Não obstante se afirme que a consecução dos direitos sociais demande sempre uma ação, a ser conformada pelos ditames traçados pelo legislador, é necessário assinalar que a realização de prestações pelo Poder Público em prol da observância da norma jurídica não é

---

<sup>260</sup> Embora sob perspectiva diversa, a crítica é parcialmente endossada por Robert Alexy quando afirma: “Quem reconhece catálogos amplos de direitos de todas as gerações será muito aplaudido em certas discussões. Para isso, ele precisa aceitar problemas na institucionalização, porque vale a tese de que os direitos do homem são tais mais difíceis de concretizar quanto mais eles prometem.” ALEXY, 1999, p. 58.

nota exclusiva desses direitos<sup>261</sup>. De fato, em detrimento da separação rígida entre Estado de Direito e Estado Social, afirmamos que os direitos individuais, tidos como “negativos”, exigem também um aparato capaz de garantir e impor sua observância compulsória. A propriedade privada, as liberdades de ir e vir, de consciência, de expressão e a autonomia contratual são de difícil concreção se inexistem a força policial e as instituições do Poder Judiciário, como instrumentos para evitar o desrespeito e promover a sanção que venha a ser positivada pelo ordenamento jurídico quando violados os direitos liberais clássicos<sup>262</sup>. A marca distintiva aposta nos direitos sociais relacionada à custosa realização dos mesmos é igualmente apagada pelos créditos orçamentários destinados às despesas de segurança, que podem também assumir o caráter de extraordinariedade. Para tanto, basta a alusão aos custos imprevisíveis para a mobilização das Forças Armadas e do corpo policial quando ocorrem guerras, desastres naturais, acidentes ou mesmo quando necessária a intervenção da polícia judiciária para fazer cumprir ordem de despejo, reintegração de posse ou de prisão.

Outrossim, a proteção dos direitos sociais envolve, igualmente, a proibição de intervenção indevida do Estado ou de particulares que possa prejudicar a sua conservação, vedando-se, portanto, qualquer medida, ainda que situada no plano legislativo, que agrida ou atente contra o seu objeto. Tal proibição estende-se à revogação de leis que tenham preconizado ação em prol do desenvolvimento desse direito, tal como previsto pelo “princípio da proibição do retrocesso”, o qual busca obtemperar o exercício da liberdade reconhecida ao legislador com o grau de concretização das normas constitucionais já alcançado, que não pode ser simplesmente ignorado sem que haja substituição equivalente dos progressos já obtidos para eficácia do direito fundamental<sup>263</sup> a partir de uma análise sistemática. A dimensão negativa dos direitos sociais, comum aos direitos fundamentais de defesa, proíbe a intervenção de terceiros na esfera jurídica própria à sua existência, impedindo-se, sob o prisma coletivo ou individual, atuação que agrida sua salvaguarda ou frustre o espectro próprio ao exercício lícito dos poderes enfeixados por seu titular.

Contudo, não é ignorado que a ausência de “densidade normativa” ou a formulação dos direitos sociais em normas despidas de concretude estrutural é fator que concorre desfavoravelmente à sua imediata aplicabilidade. Embora essa “indeterminabilidade jurídico-constitucional” seja inidônea a criar, em princípio, pretensões jurídicas originárias, ela

---

<sup>261</sup> SHUE, 1996, p. 37. KOCH, Ida Elisabeth. Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties? In: Human rights law review. v.5, n.1. New York: Oxford University Press, 2005, p. 82.

<sup>262</sup> HOLMES, SUNSTEIN, 2000, p. 15.

<sup>263</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Interesse Público, Porto Alegre: Publicação Nota Dez, v. 12, 2001, p. 100.

determina, “no que concerne ao núcleo das chamadas “prestações essenciais (Daseinvorsorge), que o Estado tem por obrigação assegurar aos cidadãos: (1) um “direito de igual acesso, obtenção e utilização” de todos os cidadãos a todas as instituições públicas, designadamente igual acesso a instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização dos transportes públicos etc.; e (b) um “direito de participação” ou “direito de igual quota-parte” de todos os cidadãos nas prestações fornecidas por esses serviços ou instituições à comunidade, designadamente um direito de quota-parte nas prestações de saúde, nas prestações escolares, nas prestações de reforma e invalidez etc.”<sup>264</sup>

Identificado, pois, um núcleo do direito originário dos direitos sociais, cuja observância independe de prévia intermediação legislativa delimitadora de seu objeto, sobreleva-se sua inserção na “ordem de valores objetiva” da comunidade social. A inclusão dos direitos sociais no texto constitucional marca importante opção do povo brasileiro por traçar os limites das competências enfeixadas pelos poderes juridicamente constituídos. Para além de um status subjetivo conferido aos seus titulares, “os direitos fundamentais contêm bases da ordem estatal-jurídica da Lei Fundamental” e determinam, “como partes integrantes dessa ordem, o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatal-sociais”, e são, portanto, vinculativos, constituindo “elementos fundamentais da ordem objetivo-jurídica da atividade estatal, cujo conteúdo é por eles determinado”<sup>265</sup>. Vertidos os pilares da construção e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito através do poder constituinte, os direitos fundamentais não devem ser ignorados pelo Poder Público no exercício das obrigações que lhe foram destinadas, uma vez que representam, simultaneamente, limite e tarefa a cargo do Estado, que somente encontra sua legitimação perante a ordem jurídica vigente dentro dos lindes constitucionais.

O intento de apontar elementos comuns aos direitos individuais e aos direitos sociais, mediante a exposição da frágil correspondência à dualidade direitos negativos e positivos, não oblitera a constatação de que a distinção entre ambas as categorias tem relevância. Embora o Poder Público seja imprescindível para que atue a coerção prevista em caso de descumprimento ou desrespeito ao preceito jurídico, sendo excepcional o exercício da autotutela, é possível identificar diferenciação quanto à definição dos meios necessários à satisfação das pretensões jurídicas que sejam passíveis de extração desses direitos. Decerto, o

---

<sup>264</sup> QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: Questões Interpretativas e Limites de Justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso (org). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 201.

<sup>265</sup> HESSSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 241. SCHMIDT, Rolf. Grundrechte (sowie Grunzüge der Verfassungsbeschwerde). 10. Aufl. Grasberg bei Bremen: Dr. Rolf Schmidt, 2008, p. 12. IPSEN, Jörn. Staatsrecht. Vol. II. 10. Aufl. Köln: Luchterhand, 2007, p. 28.

direito à educação, à saúde, à moradia e à seguridade social irão obrigar, em sua face prestacional, a constituição de um serviço público ou o apoio a intervenções paraestatais que - por razões de escala e ante a escassez de recursos suficientes à plena e à imediata satisfação de todas as demandas - deverão levar a cabo suas atribuições a partir de uma prévia definição sobre a forma de satisfação de tais direitos segundo considerações coletivas quanto aos destinatários das prestações; bem como a distribuição de recursos, delimitação de metas e forma de funcionamento dos serviços em curto, médio e longo prazo<sup>266</sup>.

Explica-se, então, por que a classificação dos direitos fundamentais entre originais e derivados, tomando-se em conta a necessidade de intermediação legislativa para sua concretização em razão da redação imprecisa da norma constitucional que os positiva, tenha pertinência se a realização do direito pressupõe a eleição entre prioridades coletivas e individuais concorrentes, de sorte que o atendimento a uma delas exclua a possibilidade de ampla satisfação das demais, ante a necessidade de distribuição de bens e a aferição das condições sociais presentes<sup>267</sup>.

Sublinhe-se, porém, que a identificação de tais dificuldades foi obscurecida nas primeiras tentativas de inclusão dos direitos sociais nos ordenamentos jurídicos, porquanto o direito ao trabalho assalariado, premissa à garantia de subsistência do ser humano<sup>268</sup>, era visto como capaz de, por si, assegurar o desfrute dos meios necessários para a alimentação, educação, saúde e moradia, tornando prescindível a intervenção estatal em favor de tais prestações. Contudo, a correlação entre direitos sociais e direitos trabalhistas mostrou-se excludente e afirmativa da desigualdade nas sociedades ainda não industrializadas<sup>269</sup>, o que impulsionou a sua positivação, como medida repressora de corrupção e paternalismos fundados em práticas de reforço do poder pela distribuição dirigida de prestações públicas alheia aos fins que as informavam.

Ademais, os inarredáveis limites jurídicos e fáticos à sua concretização encerrados pela noção de “reserva do possível” somam-se à impossibilidade de plena determinação do objeto dos direitos sociais como diretrizes condicionadoras de sua efetividade. Os Poderes Legislativo e Executivo, cujos representantes são investidos pela vontade popular, congregam o espaço próprio ao debate democrático que antecede a promulgação de legislação

---

<sup>266</sup> COURTIS, 2007, p. 202.

<sup>267</sup> SCHMIDT, 2008, p. 6-7.

<sup>268</sup> “Esta idea está estrechamente relacionada con un cierto modelo de sociedad, que correspondió especialmente al período de oro del Estado de bienestar en los países desarrollados – desde la segunda posguerra hasta mediados de los años setenta -. De acuerdo con ese modelo originario del derecho social, si el trabajo es el lugar central de integración social, las formas de redistribución de riqueza deben ir vinculadas a la situación del trabajador asalariado”. COURTIS, 2007, p. 187.

<sup>269</sup> PISARELLO, 2007, p. 75.

orçamentária, na qual se busca a conciliação entre as limitações de recursos públicos e os inúmeros serviços a serem prestados pelo Estado. Compreende-se, então, que a decisão política dos representantes do povo quanto às prioridades eleitas para a recepção desses recursos finitos seja o primeiro passo para a concretização dos direitos sociais. Ampliados os deveres a serem perseguidos pelo Estado e escassos os créditos orçamentários exigidos para sua concretização, é indispensável definir o tempo, modo e extensão própria de efetivação dos direitos sociais, sob o risco de torná-los meras recomendações ante a impossibilidade de atuar múltiplas ações prestacionais simultaneamente e na maior medida possível. Entretanto, a liberdade de conformação do legislador deve ser amoldada a um espectro mais restrito quando tangenciado o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais relacionados a prestações que lhe são indissociáveis, as quais permitem, independentemente de intermediação legislativa, a sua sindicabilidade junto ao Poder Judiciário<sup>270</sup>.

O exame alentado da suposta dicotomia entre direitos individuais e sociais como correlata à diferenciação entre direitos de defesa e prestacionais não representa um menoscabo à análise dos direitos difusos, ditos como de terceira geração. Ao contrário. Será em relação a estes direitos, atinentes à proteção do meio-ambiente, do patrimônio histórico-cultural e genético, que mais facilmente será identificada a solidariedade<sup>271</sup>, pois na relação jurídica instaurada entre o titular e o devedor da prestação neles albergada não é possível proceder a uma individualização, dada a natureza indivisível da proteção invocada, cujo benefício espalha-se a uma rede de pessoas ligadas por circunstâncias cuja preexistência independem de uma anterior manifestação de vontade<sup>272</sup>. Decerto, a reivindicação a favor da proteção de tais bens é resposta aos novos riscos impostos pelo seu consumo desmedido e pelas ameaças, antes ignoradas, à sua conservação.

A impossibilidade ou a difícil capacidade de renovação de bens naturais e culturais é alerta que só recentemente soou para a sociedade industrializada, que, especialmente no que

---

<sup>270</sup> ANDRADE, 2006, p. 399-400.

<sup>271</sup> Ibidem, p. 64. “Si la libertad fue el valor guía de los derechos de la primera generación, como lo fue la igualdad para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tiene como principal valor de referencia a la solidaridad. Los nuevos derechos humanos e hallan aunados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y responsabilidades a escala planetaria. Sólo mediante un espíritu solidario de sinergia, es decir de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida, o la libertad informática.” LUÑO, 2006, p. 34-5. SARLET, 2003, p. 53. A definição do conjunto de direitos de “terceira geração” é matéria controversa, sendo comum a inclusão nesse rol dos direitos à paz, ao desenvolvimento econômico dos povos e à liberdade informática.

<sup>272</sup> O art. 81, I, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, define os direitos e interesses difusos como aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

toca ao meio ambiente, usava tais recursos de modo alheio às ameaças para sua preservação<sup>273</sup>. Nessas hipóteses, conquanto a lesão possa ser imputável a um determinado sujeito, o dever de não violação e o prejuízo observado é compartilhado transindividualmente pelas gerações presentes e futuras que veem em risco a possibilidade de coexistência em um ambiente ecologicamente equilibrado, e de conhecer sua história, seja para revisar as concepções de bem individualmente perseguidas, seja para formação de massa crítica quanto à adoção de modelos de vida antes reputados como bons<sup>274</sup>. O desenvolvimento deve observar, assim, uma “solidariedade sincrônica com a geração presente” e uma “solidariedade diacrônica com a geração futura”<sup>275</sup>, de sorte que o crescimento econômico não hipoteque o meio ambiente em dívida criada pelo uso irresponsável de seus recursos.

A repercussão do dano e a corresponsabilidade quanto à observância do uso equilibrado dos bens protegidos pelos direitos de terceira geração é também marco para revisar a imagem do ser humano enquanto titular de direitos fundamentais. De fato, se nos direitos de primeira geração, a figura do titular é observada abstratamente em meio a uma relação intersubjetiva pautada pela autonomia dos participantes, a qual é gradualmente modificada nos direitos de segunda geração, no bojo dos quais, homens e mulheres são considerados titulares de direitos em conformidade com os papéis assumidos perante grupos e instituições do qual façam parte, será com os direitos da terceira geração que os seres humanos estarão imersos na totalidade de suas necessidades, reformulando-se a noção de que as liberdades são idéias abstratas que se esgotam “em si e para si mesmas”, a fim de que os direitos fundamentais sejam realizações conjuntas em um contexto sócio-histórico determinado<sup>276</sup>.

A exposição sobre a evolução dos direitos fundamentais é encerrada – sem qualquer intento de exaustão – sublinhando-se que a jurisprudência constitucional brasileira<sup>277</sup> não mais

---

<sup>273</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 897.

<sup>274</sup> DWORIN, 2002b, p. 274.

<sup>275</sup> SACHS, Ignacy. Sociedade, cultura e meio ambiente. In Revista Mundo & Vida, v. 2 (1), 2000, p. 8. Disponível em: <[http://www.uff.br/cienciaambiental/mv/mv1/MV1\(1-2\)07-13.pdf](http://www.uff.br/cienciaambiental/mv/mv1/MV1(1-2)07-13.pdf)>. Acesso em 15 jun. 2009.

<sup>276</sup> LUÑO, 2006, p. 36.

<sup>277</sup> “SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas

os reduz a meios de defesa para proteção da esfera individual insuscetível à ingerência estatal. De fato, já se encontra amadurecida a ideia de que a Constituição não veicula normas voltadas estritamente à disciplina do poder político e das relações travadas entre os cidadãos e o Estado. Embora não se pretenda dissipar o escopo próprio à autonomia privada, reconhece-se que seu exercício é projeção da liberdade pertencente a todos aos seres humanos, sendo inviável a segregação estanque da esfera de juridicidade das relações jurídico-privadas para com a Constituição. Apesar dos distintos matizes das teorias dedicadas à eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a aplicação do princípio da solidariedade deverá também observar o conteúdo dos interesses conflitantes, obtemperando-se sua aplicação à supressão de hipossuficiências fáticas, econômicas e técnicas que possam caracterizar real assimetria no exercício da autonomia privada.

---

leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819-RJ, Segunda Turma, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, DJU 27.10.2006, p. 64. Na doutrina brasileira, confira-se: CASTRO, 2003, p. 174. SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 279-89. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-53. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 121.

#### 4.2 **Solidariedade: princípio hermenêutico para aplicação dos direitos fundamentais**

A solidariedade, arrolada como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no art. 3<sup>o</sup>, I, da Constituição de 1988, exige que “a força da comunidade se meça pelo bem-estar do mais frágil dos seus membros”<sup>278</sup>, de sorte a superar as insuficiências do princípio da isonomia, a fim de que o exercício e a aplicação dos direitos não mais chancelem as desigualdades que, em sua gênese, buscavam suprimir. A ratificação desse propósito espria-se no reconhecimento das peculiaridades do “outro”, que deixam de ser superadas pela percepção estritamente formal quanto à titularidade de direitos, para adequá-las às situações fáticas de desequilíbrio que almejam extinguir. Nesse sentido, a solidariedade assume lugar de destaque enquanto princípio hermenêutico a fim de que a aplicação dos direitos sociais, em contexto de escassos recursos públicos, volte-se em favor daqueles que efetivamente necessitem de prestações do Poder Público para alcançar o patamar mínimo necessário para que a fruição das liberdades e dos direitos civis e políticos não seja erodida pela miséria e pela opressão.

O favorecimento de ações para a promoção prioritária da saúde pública preventiva, do atendimento de epidemias relacionadas ao não fornecimento de água potável e à inexistência de rede de saneamento básico, do ensino fundamental e das políticas de assistência para aqueles incapazes de reunir as condições materiais para sua subsistência, quando houver colisão de direitos e for posta em jogo a diminuta existência de recursos orçamentários, deve, portanto, deixar de ser tido como opção política de ocasião para que, mediante a repercussão jurídica da solidariedade, passe a ser parâmetro para aferição de abuso ou ilicitude no exercício de direitos sociais, quando ignorada a realização de seu mínimo existencial.

A multiplicidade de demandas e a escassez de recursos conjugadas com a ordem objetiva delimitada pelos direitos fundamentais impõem a concretização prioritária do núcleo mínimo dos direitos sociais. A ponderação a ser feita não se cinge à busca de concordância prática entre direitos fundamentais em conflito, mas a uma avaliação simultânea dos direitos a serem efetivados e dos “recursos, humanos e materiais, disponíveis e adequados”<sup>279</sup>. Entretanto, o reconhecimento da “reserva do possível” e da imediata proteção do mínimo existencial não têm o condão de mitigar a eficácia dos direitos fundamentais e tampouco

---

<sup>278</sup> Preâmbulo da Constituição da Confederação Suíça de 18 de abril de 1999 (“Sachant que seul est libre qui use de sa liberte et que la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de sés membres.”)

<sup>279</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. T. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 393.

devem ser entendidos como artifício retórico próprio aos adeptos de posicionamento doutrinário afim a não aplicabilidade imediata deles. É importante ressaltar que a noção de mínimo existencial não consubstancia subterfúgio para que os direitos sociais sejam relegados a uma aplicabilidade débil. Conquanto os direitos prestacionais tenham sua concretização realizada, de forma primeira, por meio da intermediação legislativa, é reconhecido a eles espaço sujeito à sindicabilidade judicial se aviltadas as condições básicas para existência humana, capazes, pois, de menoscabar a liberdade e dignidade, bem como impedir “a igual possibilidade de implementar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública)”<sup>280</sup>.

Conforme acentua Ricardo Lobo Torres, “no Estado Democrático e Social de Direito impõe-se a máxima garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima.”<sup>281</sup> Portanto, a despeito da inarredável restrição dos recursos orçamentários, esses não podem ser erigidos como óbices intransponíveis à efetivação dos direitos sociais, sob o risco de o legislador infraconstitucional definir limite a exercício de direito fundamental que não encontre respaldo em norma da Lei Maior.

O desenvolvimento de tal argumento leva à conclusão de que antes de serem condicionados pela lei, são os direitos fundamentais que ora obrigam o legislador<sup>282</sup>, o que interdita ilação segundo a qual restrições orçamentárias sejam o fundamento único para delimitar a concretização deles. Ainda que a concepção da Constituição como norma jurídica já fosse por si suficiente para lastrear tal conclusão, essa é reafirmada, à luz do texto de outubro de 1988, pelo art. 5º, §1º, que, ao dispor sobre a aplicabilidade reforçada dos direitos fundamentais, erige-os ao epicentro do ordenamento jurídico, o que justifica a eficácia irradiante deles como fator inarredável para a interpretação e aplicação do Direito dentro dos parâmetros antes declinados.

As premissas ora acatadas impedem que os direitos sociais fiquem limitados ao espaço restrito da política<sup>283</sup> – enquanto “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado,

---

<sup>280</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251.

<sup>281</sup> TORRES, 2001, p. 284-5

<sup>282</sup> SARLET, 2001, p. 98.

<sup>283</sup> Em sentido contrário, confira-se a lição de IPSEN, 2007, p. 31: “As medidas de políticas sociais encontram sua legitimação constitucional no princípio do Estado Social que, em seu conteúdo abeto, e - ao contrário dos estáticos direitos fundamentais de defesa – demonstra uma dinâmica aberta. Os partidos políticos têm a possibilidade de sucesso na eleições em razão da formulação de objetivos político-sociais e da realização deles. A definição de objetivos de políticas sociais não se deixa ser posta como pretensões constitucionais, porque o traço característico de direitos subjetivos dos direitos fundamentais ficaria então sobrecarregado” (Tradução livre). O texto em língua estrangeira é: “Sozialpolitische Maßnahmen finden ihre verfassungsrechtliche

em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”<sup>284</sup> – reconhecendo-lhes, no que toca ao mínimo essencial à subsistência e ao livre desenvolvimento do ser humano, a natureza de direitos subjetivos. A conclusão obtida é relevante e não pretende se opor à tradicional doutrina que classifica os direitos subjetivos enquanto interesses juridicamente protegidos capazes de provocar a tutela jurisdicional com o intuito de assegurar a sua observância<sup>285</sup>. A ausência de prévia delimitação da prestação pública a ser oferecida, quando omissa o legislador, se observada a reunião das condições fáticas configuradoras para o exercício idôneo do direito não é, por si, dado que possa infirmar a asserção de que os direitos sociais, com as ressalvas já feitas, sejam direitos subjetivos, idôneos, por conseguinte, a provocar o exercício da jurisdição, sob o risco de perecimento da supremacia da Constituição. O endosso de tal tese não se compromete com o modelo “consequencialista” defendido por Rodolfo Arango, segundo o qual “um direito é uma proteção normativa baseada em argumentos válidos e suficientes, e cujo não-reconhecimento injustificado causa dano àquele que é detentor do direito”<sup>286</sup>, pois a defesa dos direitos fundamentais deve pressupô-los como delimitadores de um conjunto de prerrogativas insuscetíveis à transigência própria ao debate público que tampouco sujeita-se, em seu cerne, às avaliações que os seus titulares façam quanto à sua dispensabilidade.

Com isso, pretendemos afirmar que os direitos sociais, destacadamente o direito à saúde, à educação, à moradia e à seguridade social, em seu conteúdo mínimo essencial ao

---

Legitimation im Sozialstaatsprinzip, das in seiner Anlage offen ist und – im Gegensatz zu den statischen Abwehrrechten des Grundrechtsteils – eine innere Dynamik aufweist. Den politischen Parteien nämlich winkt aufgrund der Formulierung sozialpolitischer Ziele und ihrer Durchsetzung der Wahlerfolg. Sozialpolitische Zielsetzungen lassen sich demgegenüber nicht als grunrechtlich vorgegeben postulieren, weil die subjektive- rechtliche Qualität der Grundrechte hierdurch überanstrengt würde.”

<sup>284</sup> DWORKIN, 2002a, p. 36.

<sup>285</sup> A posição adotada procura alinhar-se à crítica de Carlos Santiago Nino, segundo a qual a identificação dos direitos subjetivos a “interesses” (Jhering) ou a “manifestações de vontade” caracteriza um falso dilema, pois alguns de nossos interesses não consistem em gozar de certa situação estática ou em ter determinados bens, mas em dispor da possibilidade de optar entre diferentes cursos de ação. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Um ensayo de fundamentación*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 34. Registre-se, porém, a arguta crítica de Maria Celina Bodin de Moraes, que se faz digna de transcrição (2006, p. 166): “No quadro contemporâneo, marcado pela superação da dicotomia clássica entre o direito público e o direito privado, perderam relevo as concepções que consideravam o direito subjetivo, a priori, como um poder atribuído à vontade individual, para a realização de um seu interesse exclusivo – cabendo-lhe respeitar apenas uns poucos limites externos, dispostos no interesse de terceiros ou da coletividade. Ao contrário, as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos. Neste sentido, aponta-se a existência de uma cláusula geral de ordem pública que seria expressão geral do princípio da solidariedade.”

<sup>286</sup> ARANGO, Rodolfo. Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia. In: MELLO, Cláudio Ari. *Os desafios dos direitos sociais*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. V. 56. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 93. Em passagem anterior, o jurista colombiano escreveu: “A justicialidade de um direito não deve depender de deveres específicos definidos pela lei, mas de princípios como o da solidariedade e o da subsidiariedade, que permitem a concretização de deveres gerais para certas pessoas de acordo com diferentes situações. A atribuição de deveres exige que se leve em conta princípios de atribuição de deveres para os agentes em questão” (p. 92).

livre desenvolvimento da personalidade do ser humano, à reunião das condições necessárias para sua autodeterminação e à participação paritária no debate democrático da sociedade política, são direitos fundamentais e subjetivos, idôneos a provocar a tutela jurisdicional quando violados, seja por ação ou omissão perpetrada pelo Poder Público e por particulares, nessa última hipótese, desde que sejam necessários a garantir a efetiva igualdade de posições na assunção de obrigações e na fruição de direitos no âmbito das relações jurídico-privadas. Entretanto, se para esse núcleo seja possível atribuir o traço de generalidade comum aos direitos fundamentais, tal qualidade é progressivamente mitigada na medida em que os direitos sociais deixem de ser patamar indispensável para o exercício lícito das liberdades e passem a se aproximar das pretensões jurídicas reconhecidas para equiparação de desiguais, ingressando-se no âmbito das ações desenvolvidas para redução da pobreza e para favorecimento de grupos incapazes de verem seus interesses representados nas decisões majoritárias tomadas no desenrolar do processo político. Nesse sentido, afirmar a generalidade dos direitos sociais, para além do mínimo essencial, é contrariar o intuito da inclusão dos mesmos nas declarações de direitos e nas constituições modernas.

A universalidade que marca os direitos sociais deve ser aquela que promova a igualdade “no ponto de chegada” e não no “ponto de partida”<sup>287</sup>. À luz dessa premissa, não se conclui que os direitos fundamentais consubstanciem “a lei do mais fraco”<sup>288</sup>, o que é especialmente equivocado a propósito dos direitos e liberdades individuais e políticas. De fato, a titularidade dos direitos sociais – quando a nota de “fundamentalidade” não mais lhes é aposta – deve ratificar o seu propósito e, portanto, ser conferida àqueles que precisem fruir de condições fáticas diferenciadas para superar as incongruências geradas pela mera garantia da igualdade formal, em razão da insuficiente distribuição de bens materiais e da ausência de igual consideração baseada na percepção negativa das particularidades dos grupos que integram.

---

<sup>287</sup> MARTÍNEZ, 1999, p. 319. Posto que longa, a lição do jurista espanhol é insuperável nesse ponto: “Sin embargo, estos derechos que satisfacen necesidades que sus titulares no pueden satisfacer por si mismos, y que comprometen fondos públicos, y una acción positiva de los poderes públicos, como derechos de crédito, se sitúan claramente, como hemos señalado, en el ámbito de los derechos específicos, de las personas situadas. Es por consiguiente un exceso no justificado atribuir esos derechos a personas que tiene posibilidades de satisfacer por sí mismos esas necesidades, por tener una capacidad económica suficiente. Su universalidad no es del punto de partida y no están amparados por la moralidad básica, más que en aquellos supuestos en que, al no poder satisfacer por sí mismos esas necesidades, necesitan del tratamiento de la igualdad como diferenciación, por la acción de apoyo y promoción del derecho del Estado social. La extensión de esos derechos a todos crea un amplio grupo de titulares de los mismos, que no tienen un apoyo en la moralidad básica, puesto que no necesitan de esos derechos para el desarrollo pleno de su personalidad.” (p. 319)

<sup>288</sup> “Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su susencia.” FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 5.ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 54.

Com efeito, se o argumento a favor da solidariedade é mais facilmente apreendido quando em colisão direitos sociais, a racionalidade que o informa é idônea a estender sua aplicação aos direitos de primeira e terceira gerações. O essencial é notar que a solidariedade é opção a ser adotada se - colidentes direitos fundamentais em âmbito estranho à sua dimensão negativa - são escassos os recursos para atendimento concomitante das pretensões concorrentes que excedam o mínimo existencial, adotando-se a solução que privilegie um maior número de titulares e não acarrete a piora da posição da parte mais vulnerável<sup>289</sup>. A subjetividade, pressuposto à classificação dos direitos como expressão da personalidade e nota própria ao individualismo, recebe, agora, o acréscimo de um dado objetivo: a debilidade, como fundamento articulador e informador da efetividade constitucional. Assim, tal como já observado no capítulo anterior, a solidariedade apregoa que o pendor adotado pelo intérprete incline em prol: i) do hipossuficiente nas relações jurídicas estabelecidas entre particulares, quando observada assimetria no exercício da autonomia privada, em razão de carência de conhecimentos técnicos, jurídicos ou de desequilíbrio fático, capaz de causar violação a direito fundamental de “transcendental importância para a definição e o desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre e autônoma”<sup>290</sup> ; ii) do sujeito que reúna maiores índices reveladores de desvantagem que esteja, ainda que indiretamente, fundada na pretérita realização falha de direitos sociais e que possam ser ora debeladas pela concretização reforçada dos mesmos; iii) da justiça intergeracional quando tratar-se de conflitos envolvendo a aplicação de direitos de terceira geração.

### 4.3 Conclusões

Os direitos fundamentais, em sua evolução histórica, tiveram sua projeção ampliada conforme novas urgências passavam a ser identificadas em Constituições e Tratados

---

<sup>289</sup> “Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.” MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. In: SARLET, 2003, p. 116.

<sup>290</sup> STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada restritivos de Direito Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 50.

internacionais. Concomitantemente, impôs-se o reconhecimento de novos direitos a grupos e coletividades específicas (crianças, mulheres, idosos, minorias étnicas) como forma de reparação a dificuldades de reconhecimento e à igualdade de participação democrática na sociedade política.

A dificuldade quanto à identificação de denominador comum aos direitos fundamentais, em suas sucessivas gerações, não impede que o exercício dos mesmos esteja relacionado aos motivos que impulsionaram seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, o que assume especial relevância no âmbito dos direitos sociais, atrelados à superação de disparidades insuscetíveis de mitigação pela liberdade e pela igualdade formais em situação de desequilíbrio de condições econômicas.

A solidariedade, enquanto princípio hermenêutico, exige que a aplicação dos direitos sociais, para além do seu mínimo essencial, esteja desvinculada de uma percepção estrita quanto à universalidade dos mesmos, a fim de que, em contexto de escassos recursos públicos, volte-se em favor daqueles que efetivamente necessitem de prestações do Poder Público para alcançar o patamar necessário para que a fruição das liberdades e dos direitos civis e políticos não seja erodida pela miséria e pela opressão.

## 5 **SOLIDARIEDADE E APLICAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os capítulos anteriores dedicaram-se à definição do conceito de solidariedade, aos contornos de sua inserção no Direito e à sua influência na aplicação dos direitos fundamentais. Encerrada etapa de descrição e elaboração de perfil mais teórico e abstrato, passa-se a um novo desdobramento do estudo, no qual será verificado se as teses anteriormente desenvolvidas resistem a testes concretos, elaborados a partir de premissas extraídas de julgados de Cortes Constitucionais nos quais a solidariedade, explícita ou implicitamente, serviu de fundamento à decisão final em conflito no qual fora debatida a extensão dos direitos fundamentais controvertidos. A solidariedade também será objeto de análise no bojo da produção legislativa no Brasil, observando-se, para melhor coerência didática, a classificação entre os direitos de primeira, segunda e terceira geração na redação das seções deste capítulo.

A adoção de tal critério já foi criticado em passagens anteriores por ser forma insuficiente para explicar as distintas posições que os direitos fundamentais podem assumir, pois, além de sempre imporem *prima facie* o dever de não violação, reúnem - ainda que em frações distintas - teor defensivo contra a ingerência ilícita da intervenção estatal e feições positivas se exigida a atuação do Poder Público para assegurar, de modo preventivo ou repressivo, o exercício da pretensão jurídica que neles radique. No entanto, persistente o uso da distinção ora combatida pela jurisprudência, a classificação própria à apreensão do desenvolvimento dos direitos fundamentais em sucessivas gerações será usada apenas para facilitar a exposição a ser empreendida, sem que isso prejudique as conclusões que afinal se obtenham.

### 5.1 **Direitos políticos e individuais**

O uso abusivo da liberdade política é de difícil aferição, porquanto o regime democrático pressupõe o embate de posições divergentes não sendo possível, a menos que vise à supressão do agir dialógico, reputar como inconstitucional a ação empreendida pelo cidadão para defesa das suas ideias na sociedade política, o que afasta, a título de exemplo, a ilicitude, por contraste ao princípio da solidariedade, do comportamento do eleitor, que no

exercício do direito do voto, ocupe-se apenas da escolha de candidatos ou partidos políticos que melhor atendam às reivindicações dirigidas exclusivamente à melhora da sua posição econômica na sociedade. Ainda que tal conduta possa ser moralmente reprovável, o conteúdo jurídico da solidariedade não pode afastá-la, por ser a ele dicotômico a definição de modelos de vida a serem perseguidos pelos indivíduos em suas escolhas políticas, não cabendo, por conseguinte, o uso jurídico da solidariedade – que, por evidência, deve admitir a intervenção do Poder Estatal para substituição da conduta que viole o suposto de fato da norma que veicule proibição – para abono do perfeccionismo moral, mormente por ser o voto secreto.

Entretanto, se o exercício de direitos políticos não se sujeita à sanção quando infringida a solidariedade, não há impedimento que, em sua homenagem, tente se promover medidas que favoreçam a fruição dos mesmos quando evidente a possibilidade de se auferir benefício a ser convertido em prol de toda a coletividade<sup>291</sup>. Tal hipótese foi identificada pela Corte Constitucional Colombiana, em julgado já mencionado no capítulo 3, quando foi feita alusão à Sentença C-459/04 (Relator Magistrado Dr. Jaime Araújo Rentería, j. 11.05.2004, D-4910), no bojo da qual aquele Tribunal examinou pedido para que fosse declarada a inconstitucionalidade dos artigos 39 e 40, inciso I, da Lei 472 de 1998, que dispunham sobre o pagamento de incentivo econômico aos autores de ações populares. A alegada violação aos artigos 1º e 13, da Constituição Colombiana de 1991, assentava-se na premissa de que a solidariedade é princípio que obriga as pessoas que integram a Nação a buscarem a realização do interesse geral, o que seria desconforme à possibilidade de ganho pecuniário oriundo de sentença favorável proferida em ação popular, na qual a tutela final corresponde a um benefício em prol da comunidade. O julgamento de improcedência do pedido baseou-se na rejeição à falsa incompatibilidade entre interesses públicos e particulares, aduzindo, para tanto, que:

Bajo este esquema conceptual las acciones populares combinan el deber de solidaridad que a todas las personas les atañe, con la potestad del Estado para inducir, promocionar, patrocinar, premiar y, en general, estimular el ejercicio de tales acciones en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial conotación social. Lo cual encuentra arraigo constitucional en el hecho de que nuestra Carta Política no prohija un modelo ético único, pues, según se vio, la pluralidad de pensamiento y el respecto a la diferencia campean cual coordinadas rectoras de las instituciones del Estado y de las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas. Es decir, respetando el pensamiento de cada cual pueda tener sobre la forma de hacer efectivo su deber de solidaridad, el

---

<sup>291</sup> Exemplos de incentivo a ações solidárias encontram-se na Constituição da República de 1988 na dicção do art. 150, VI, alínea “c”, que trata da imunidade tributária do patrimônio, renda ou serviços das “instituições d educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”; e do art. 195, §7º, que cuida da isenção de contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Congreso prevé un estímulo que resulta válido frente a la efectiva defensa de los derechos e intereses colectivos, el cual resulta proporcionado al tenor de los topes limitativos del monto del incentivo a decretar judicialmente. De suerte tal que, a tiempo que el demandante reporta un beneficio para sí, la sociedad misma se siente retribuida con la efectiva reivindicación de sus derechos e intereses colectivos.

Os direitos e liberdades individuais, espaços típicos à autonomia privada, podem ser balizados pelo princípio da solidariedade se o seu titular os exerce de forma abusiva ou se, na hipótese de conflito de direitos de igual categoria, haja óbice à realização simultânea de pretensões concorrentes<sup>292</sup>. Com efeito, a inclusão do abuso, como espécie de ato ilícito, configura-se, a teor do art. 187, do Código Civil, se o titular de um direito exerce-o de forma manifestamente excessiva aos “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Exemplo corrente do exercício abusivo de direitos dá-se no âmbito do direito à propriedade privada, no qual a proteção dos direitos dos vizinhos reprovava interferências atinentes ao uso anormal da coisa por proprietário ou possuidor, “considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança” (art. 1277, do Código Civil).

Outrossim, o contrato, antes reputado como seara imune a qualquer intervenção estatal, não mais tem sua validade e execução aferidas a par dos desequilíbrios que existam entre as partes, seja quanto às declarações de vontade que antecedem e conformam sua celebração, seja quanto à interpretação de suas cláusulas e à execução do objeto de suas prestações. A ascensão do princípio da boa fé objetiva, ao privilegiar a comutatividade das prestações e a confiança gerada pela conduta dos contratantes, correlaciona-se ao princípio da solidariedade como aqui estudado, por não pressupor o “outro” como adversário na realização da avença. No direito alemão, o § 241.2, do Código Civil reformado, é a enunciação expressa de tal noção, ao dispor que: “As relações obrigacionais podem, de acordo com o seu conteúdo (tipo), obrigar cada uma das partes a ter em conta os direitos, as coisas/patrimônio e os interesses da outra parte”<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup> “Revela-se perfeitamente possível afirmar que a diretriz constitucional da solidariedade social, contida no inciso III, do art. 3º, do texto constitucional de 1988, é o grande alicerce e fundamento da função social no Direito Civil.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Caroline Dias. Breves Notas Históricas da Função Social no Direito Civil. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). Função social no direito civil. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

<sup>293</sup> MARQUES, Cláudia Lima. O Novo Modelo de Direito Privado Brasileiro e os Contratos: entre Interesses Individuais, Sociais e Direitos Fundamentais. In: \_\_\_\_\_. A nova crise do contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 46. A professora titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul leciona que: “ ‘Ter em conta os direitos (...) e os interesses da outra parte’ é visualizar o alter e valorar a conduta (boa-fé), mas é proliferar o conteúdo do contrato, conforme a confiança despertada, aproximando contrato e delito ao multiplicar a fonte única das obrigações ao imputar, na mesma relação jurídica de consumo, vários deveres de conduta ao agente econômico” (p. 46).

É nessa ordem de idéias que a proteção ao consumidor no Brasil é particularmente atenta à sua vulnerabilidade (art. 4º, I, da Lei n. 8.078/90) para que não seja concedida proteção especial ao destinatário final de bem ou serviço que não apresente indício de debilidade fática, econômica ou técnica capaz de fazer pressupor a assimetria entre os sujeitos do contrato<sup>294</sup>. A existência de normas que preconizem a resolução por onerosidade excessiva (art. 6º, V), a inversão do ônus probatório (art. 6º, VIII), o regime de responsabilidade civil objetiva<sup>295</sup> (arts. 12 e 18), a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade fornecedora, independentemente da apuração da culpa de seus sócios na frustração do pagamento de obrigação (art. 28) e consagrem princípio hermenêutico segundo o qual as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47) são exemplos extraídos da Lei n. 8.078/90 que denotam a necessidade de concessão de status privilegiado ao hipossuficiente quando a condição que o torne mais débil perante o outro contratante seja elemento que propicie vantagem injusta na definição e no cumprimento das obrigações pactuadas.

A solidariedade, no âmbito das relações jurídicas de direito privado, ganha destaque no direito de família, especialmente quando examinado o cerne do direito a alimentos, projeção do dever constitucional de amparo e ajuda (art. 229, da Constituição da República de 1988) a ser adimplido segundo a disponibilidade de patrimônio do devedor e às reais urgências materiais experimentadas pelo credor (art. 1694, do Código Civil), sendo específico, dada a especial fragilidade das pessoas com idade igual ou superior a sessenta

---

<sup>294</sup> “Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 476.428-SC, Terceira Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, DJU 09.05.2005, p. 390.

<sup>295</sup> O Código Civil vigente, em seu art. 927, parágrafo único, fez ressalva à responsabilidade subjetiva caso, a despeito de previsão legal prévia, “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

anos, a natureza solidária da obrigação (art. 12, da Lei n. 10.741/03). A proteção da parte mais vulnerável, tal como preconizado pela solidariedade, é crassa no resguardo dos direitos da criança e do adolescente. A redação do art. 227, caput, da Constituição da República de 1988, é explícita: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. A opção feita pelo constituinte externa que a debilidade inerente à ausência de maturidade física e psíquica de crianças e adolescentes impõe à família, à sociedade e ao Estado o cogente dever de suprimir qualquer tentativa de menoscabo à especial atenção que o processo de desenvolvimento da personalidade e do corpo exige, bem como verbaliza o caráter primordial de ações que assegurem o percurso gradual das passagens de crescimento, de forma saudável e equilibrada, para que o menor possa, em sua integralidade, gozar do “direito de ser criança”.

A solidariedade, no seio das relações familiares, repele que o convívio entre os cônjuges e a autoridade dos pais sobre os filhos correspondam a uma expressão de poder, fundada na dominação e na dependência hierárquica de seus membros para com o antigo patriarca. A afetividade que deve informar a associação familiar é contrária à subordinação dos filhos e das mulheres, que não podem ter suas vontades suprimidas sob a justificativa de imperiosa tutela de suas fragilidades<sup>296</sup>. A importância do cuidado, como influxo da solidariedade no direito de família, não anula a condição da criança como ser desejante e digno de respeito e tampouco pretende ignorar a responsabilidade pela educação e pelo sustento que o processo de formação da personalidade exige. A autoridade dos pais não se coaduna com o arbítrio e tem seu desiderato limitado à persecução do benefício dos filhos até o término de seu processo de formação, ao cabo do qual se espera ter a recriação da família sobre o alicerce de um renovado e positivo afeto, cuja construção o Direito ainda tem pouco a dizer.

---

<sup>296</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=285>>. Acesso em 07 abr. 2009.

## 5.2 Direitos sociais

Os direitos sociais, por conterem uma dimensão prestacional mais evidente, são campo mais amplo à incidência da solidariedade enquanto postulado a ser observado para resolução de conflitos nos quais titulares de um mesmo direito reivindicam, direta ou indiretamente, a realização de prestações excludentes entre si, porque não há recursos que permitam a realização simultânea delas. Como antes destacado, a resolução de tal colisão – nas disputas para além do mínimo existencial - perpassa pela pesquisa de qual medida poderá produzir benefício a um maior conjunto de pessoas, desde que não prejudicado o sujeito que se encontre em posição mais vulnerável, compreendendo-se tal debilidade a partir de um escalonamento de características de exclusão, relacionadas à privação involuntária de bens materiais necessários à sobrevivência humana, e à existência de grupos aos quais seja comprovado um diminuído senso de pertença social hábil a privar seus integrantes do reconhecimento como pares face aos demais membros da comunidade política.

As premissas traçadas encontraram coerente aplicação no acórdão prolatado pela Corte Constitucional da África do Sul no julgado *Soobramoney vs Minister of Health*. Naquela demanda, o autor era homem de 41 anos de idade, desempregado, portador de diabetes, isquemia cardíaca e complicações cérebro-vasculares. A sua condição de saúde era irreversível e ele se encontrava nos estágios finais de uma deficiência renal crônica, podendo sua vida ser prolongada caso se submetesse a sessões regulares de hemodiálise. O hospital público onde ele buscou atendimento tinha unidade com 20 máquinas disponíveis para aquela espécie de tratamento, o qual dura quatro horas, acrescidas de mais duas necessárias para a limpeza do equipamento para novo uso. Diante das limitações do hospital, foi negado tratamento ao autor, tendo sido aduzido pelo ex-diretor do nosocômio, ora Presidente da Sociedade Renal da África do Sul, que não havia recursos suficientes para prestar serviço a todos os pacientes que sofriam de doenças renais crônicas que lá buscavam socorro. O réu afirmou que, para atender os pacientes, foram definidos parâmetros assim sintetizados: i) somente pacientes que sofram falência renal crítica, que possa ser tratada por hemodiálise, têm acesso automático a esse tratamento; ii) os pacientes que, tal como o autor, sofrem de falência renal crônica não são incluídos imediatamente no atendimento, devendo ser avaliado se tais pessoas podem se beneficiar de uma transplante de rins (com o intuito de manter a hemodiálise até que seja encontrado um doador de órgão), e se elas sofrem de doença vascular ou cardíaca grave, dentre elas a isquemia e complicações cérebro-vasculares, males de que o

demandante era portador. Posto que longa, a fundamentação expendida pelo Juiz Chaskalson para negar provimento ao recurso é de substancial valia para o presente estudo, razão pela qual merecem ser transcritas as seguintes passagens:

Nós vivemos em uma sociedade em que existem grandes disparidades de riqueza. Milhões de pessoas estão vivendo em condições deploráveis e em absoluta pobreza. Há um elevado índice de desemprego, inadequada seguridade social, e muitos não têm acesso à água potável ou serviços de saúde apropriados. Essas condições já existiam quando a Constituição foi adotada e o compromisso para combatê-las, e transformar nossa sociedade em uma na qual haverá dignidade humana, liberdade e igualdade repousa no coração de nossa nova ordem constitucional. Enquanto essas condições continuarem a existir essa aspiração continuará a soar.[...]

Esse compromisso se reflete também em várias disposições da declaração de direitos e, em particular, nas seções 26 e 27 que tratam da moradia, da saúde, alimentação, água e seguridade social.[...]

O que se extrai desses enunciados é que as obrigações impostas sobre o Estado pelas seções 26 e 27 em relação ao acesso à moradia, saúde, alimentação, água e seguridade social são dependentes dos recursos disponíveis para tais propósitos, e os direitos a eles correspondentes são limitados em razão da ausência de recursos. Dada a carência de recursos e as significativas demandas que lhe são dirigidas, as quais já foram referidas, uma obrigação irrestrita à satisfação dessas necessidades não seria ora capaz de ser completamente satisfeita. [...]

Por meio do uso das máquinas de hemodiálise disponíveis de acordo com as orientações gerais, mais pacientes serão beneficiados caso elas fossem usadas para manter vivas pessoas com falência renal crônica, e o resultado do tratamento é provavelmente mais benéfico porque ele é voltado para a cura de pacientes, e não simplesmente para a manutenção deles em um condição cronicamente ruim.[...]

O caso do apelante deve ser visto em um contexto das necessidades que os serviços de saúde devem atender, porque se o tratamento for prestado ao apelante ele também teria que ser fornecido para todos aqueles que estivessem em uma igual situação. [...] Se todas as pessoas na África do Sul, que sofrem de deficiência renal crônica, recebem tratamento de hemodiálise – e muitas delas, assim como o apelante, precisariam do tratamento três vezes por semana – o custo traria substanciais transgressões ao orçamento de saúde. E se esse princípio fosse aplicado a todos os pacientes que requerem acesso a tratamentos médicos ou remédios caros, o orçamento da saúde teria que ser dramaticamente elevado em prejuízo de outras necessidades que o Estado deve enfrentar. [...]

Não se nega compaixão pelo apelante e sua família, que enfrentam o dilema cruel de se depauperarem para assegurar o tratamento que o recorrente busca para prolongar sua vida. O difícil e intragável fato é que se o apelante fosse um homem rico, ele seria capaz de procurar tal tratamento com recursos privados; ele não o é e tem que dirigir-se ao Estado para que lhe forneça o tratamento. Porém, os recursos do Estado são limitados e o recorrente não preenche os critérios para admissão no programa de hemodiálise. Infelizmente, isso é verdade não somente para o apelante mas para muitos outros que precisam ter acesso a unidades de hemodiálise ou outros serviços de saúde. Há também aqueles que precisam ter acesso à moradia, à alimentação, comida, água, oportunidade de emprego, e seguridade social. Esses também são aspectos do direito à “...vida humana: o direito de viver como um ser humano, de ser parte de uma ampla comunidade, de compartilhar a experiência da humanidade”.

O Estado deve gerenciar seus limitados recursos a fim de atender a todas essas demandas. Haverá momentos em que se requer a adoção de uma abordagem holística em prol dos interesses maiores da sociedade em detrimento do foco nas necessidades particulares de indivíduos.<sup>297</sup> (Tradução livre)

---

<sup>297</sup> Soobramoney vs. Minister of Health (Kwazulu-Natal) – Caso CCT 32/97, j. 27.11.1997. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/1617.PDF>>. Acesso em: 11 fev. 2007. O texto em língua estrangeira é:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora confira interpretação com resultado extensivo à norma veiculada pelo art. 196, da Constituição da República de 1988, ainda não definiu limites precisos ao cotejo a ser empreendido entre demandas concorrentes dirigidas ao serviço público de saúde em contexto de escassez de recursos. Registre-se a nota de singularidade da decisão monocrática proferida pela Sra. Ministra Ellen Gracie, em julgamento da STA 91-AL (DJU 05.03.2007, p. 23), no bojo da qual o Estado de Alagoas requereu a suspensão da execução de tutela antecipada concedida, em ação civil pública, que determinou que fosse obrigado a entregar os medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes que se submeteram a transplantes de órgãos. Ao ser cogitada ofensa aos arts. 23, II, e 198, I da Constituição da República de 1988, e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, a decisão ressaltou:

Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de

---

“We live in a society in which there are great disparities in wealth. Millions of people are living in deplorable conditions and in great poverty. There is a high level of unemployment, inadequate social security, and many do not have access to clean water or to adequate health services. These conditions already existed when the Constitution was adopted and a commitment to address them, and to transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order. For as long as these conditions continue to exist that aspirations will have a hollow ring. [...] What is apparent from these provisions is that the obligations imposed on the state by sections 26 and 27 in regard to housing, health care, food, water and social security are dependent upon the resources and the significant demands on them that have already been referred to, an unqualified obligation to meet these needs would not presently be capable of being fulfilled. [...] By using the available dialysis machines in accordance with the guidelines more patients are benefited than would be the case if they were used to keep alive persons with chronic renal failure, and the outcome of the treatment is also likely to be more beneficial because it is directed to curing patients, and not simply to maintaining them in a chronically ill condition. [...] The appellant’s case must be seen in the context of the needs which the health services have to meet, for if treatment has to be provided to the appellant it would also have to be provided to all other persons similarly placed. [...] If all persons in South Africa who suffer from chronic renal failure were to be provided with dialysis treatment – and many of them, as the appellant does, would require treatment three times a week the cost of doing so would make substantial inroads into the health budget. And if this principle were to be applied to all patients claiming access to expensive medical treatment or expensive drugs, the health budget would have to be dramatically increased to the prejudice of other needs which the state has to meet. [...] One cannot but have sympathy for the appellant and his family, who face the cruel dilemma of having to impoverish themselves in order to secure the treatment that the appellant seeks to prolong his life. The hard and unpalatable fact is that the appellant were a wealthy man he would be able to procure treatment from private sources; he is not and has to look to the state to provide him with the treatment. But the state’s resources are limited and the appellant does not meet the criteria for admission to the renal dialysis programme. Unfortunately, this is true not only of the appellant but of many others who need access to renal dialysis units or to other health services. There are also those who need access to housing, food and water, employment opportunities, and social security. These too aspects of the right to ‘...human life: the right to live as a human being, to be part of a broader community, to share in the experience of humanity’. The state has to manage its limited resources in order to address all these claims. There will be times when this requires it to adopt a holistic approach to the larger needs of society rather than to focus on the specific needs of particular individuals within society.”

políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados '[...]' e outros medicamentos necessários para o tratamento '[...]' (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade [...].

O direito de proteção à saúde é seara própria à incidência da solidariedade enquanto parâmetro de resolução de colisões entre direitos. Em verdade, é no direito à saúde que se torna mais evidente que a conservação da vida humana, bem de mais alta relevância, não é bastante por si para mitigar a dificuldade representada pela escassez de recursos enfrentada pelo Poder Público, incapaz de oferecer pronto atendimento às múltiplas demandas que lhe são dirigidas. O abandono de tais disputas a soluções casuísticas e pontuais revela perigosa desatenção às urgências que são esquecidas para entrega de prestação reputada como prioritária em juízo idiossincrático, alheio, pois, aos sopesamentos já empreendidos na definição dos créditos orçamentários e aos critérios técnicos para atendimento preferencial daqueles que buscam socorro na rede pública de estabelecimentos de saúde. Os erros de tais convicções, mecanismos indiretos de perpetuação de sobre e subinclusões, somente ganha tom mais grave caso recebam a chancela do Judiciário - por vezes imbuído do exercício da “jurisprudência sentimental”<sup>298</sup> -, quando é chamado para deslocar recursos para pagamento de procedimentos cirúrgicos ainda em fase experimental ou medicamentos sequer oferecidos pelos países mais ricos do mundo. As prestações relacionadas aos direitos fundamentais somente podem ser reivindicadas, com respaldo constitucional, se puderem ser igualmente concedidas a todos aqueles que se encontrem na mesma situação fática. Ignorar essa conclusão é manter-se inerte perante os problemas daqueles que não se fazem ouvir – talvez por não saberem o que dizer, já que não aprenderam a linguagem dos direitos –, e se encontram imersos nos elevados índices de mortalidade infantil, diarreia, malária, dengue e outros males sujeitos ao combate por simples medidas de profilaxia.

Acresça-se que o direito de proteção à saúde é importante fundamento para provar que a colaboração da pessoa para a parte mais frágil da coletividade não se exaure no pagamento de tributos. De fato, a Constituição da República de 1988 não estabeleceu espaços de ação

---

<sup>298</sup> “Quando o magistrado se deixa guiar pelo sentimento, a lide degenera em loteria ninguém sabe como cumprir a lei a coberto de condenações forenses. (...) O papel da judicatura não é guiar-se pelo sentimentalismo; e sim, manter o equilíbrio dos interesses, e dentre estes distinguir os legítimos dos ilegítimos. Longe de atender só ao lado material, ou só ao moral, funde os dados econômicos e os eminentemente sociais a fim de assegurar o progresso dentro da ordem, a marcha evolutiva da coletividade, mantidas as condições jurídicas da coexistência humana.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 68-9.

segregados para o Poder Público e o setor privado na promoção de serviços relacionados à saúde dos brasileiros. Embora o Estado não possa subtrair-se do dever constitucional que lhe foi conferido, a possibilidade de congruência com o âmbito de atuação privada não deve configurar subterfúgio para um menor desvelo com os cuidados indispensáveis à manutenção da higidez física e psíquica dos indivíduos.

O art. 32, §1º, da Lei n. 9.656/98, com a redação conferida pela Medida Provisória n. 2.177-44/2001, ao definir a obrigação de ressarcimento das operadoras de plano de saúde referente aos “serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS”, não institui nova espécie tributária, afastando-se, portanto, alegação quanto à sua possível inconstitucionalidade formal e tampouco configura preço público, eis que ausente contraprestação estatal em favor das seguradoras. Na hipótese, vislumbra-se que o segurado estaria pagando à seguradora e ao Estado pela prestação de um mesmo serviço. Apesar de o contrato de seguro não excluir o dever constitucional confiado ao Poder Público, não se revela inconstitucional a possibilidade de ressarcimento pelos custos incorridos, ante o pagamento em duplicidade pelo serviço efetivamente usufruído, observando-se, pois, o princípio da solidariedade.

Ademais, o ressarcimento, a teor do art. 32, §8º, da Lei n. 9.656/98, não importaria em enriquecimento sem causa do Estado, porquanto os valores a serem pagos não são inferiores aos praticados pelo Sistema Único de Saúde e tampouco superiores aos exigidos pelas operadoras de planos privados de assistência à Saúde. O referido ressarcimento visa impedir um enriquecimento sem causa da operadora do plano de saúde, impondo à sociedade o custeio estatal de um atendimento que poderia estar sendo realizado pela respectiva operadora<sup>299</sup>.

A solidariedade foi também objeto de debate no acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento Recurso Extraordinário n. 500.171-GO (Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 24.10.2008) já referido de forma esparsa no capítulo 3. Naquele julgado, analisou-se a constitucionalidade, à luz do art. 206, IV, da Constituição da República de 1988, da cobrança de “taxa de matrícula”, instituída por Resolução da Direção da Universidade Federal de Goiás, para angariar recursos voltados à manutenção e ao apoio de estudantes de baixa renda no ensino público superior. O voto proferido pelo Ministro relator deixou assente que: i) o direito à educação é um direito fundamental; ii) a gratuidade do ensino público em estabelecimento oficiais, nos termos do art. 206, IV, da Constituição da

---

<sup>299</sup> Em julgamento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1931-DF (Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 28.05.2004), o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do ressarcimento.

República, é “um princípio que não encontra qualquer limitação, no tocante aos distintos graus de formação acadêmica”; iii) as universidades públicas não podem criar “obstáculos de natureza financeira para o acesso dos estudantes aos cursos que ministram, ainda que de pequena expressão econômica, a pretexto de subsidiar alunos carentes”; iv) “não se afigura razoável, ademais, que se cobre uma taxa de matrícula aos estudantes das universidades públicas, em especial das federais, visto que a Constituição, no art. 212, determina à União, que aplique, anualmente, nunca menos de 18% da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino”; e v) “caso se admitisse como válida a tese da recorrente no sentido de que cumpre à sociedade compartilhar com o Estado os ônus do ensino ministrado em estabelecimentos oficiais e da manutenção de seus alunos, esta teria de contribuir duplamente para a subsistência desse serviço público essencial: uma vez por meio do recolhimento dos impostos e outra mediante o pagamento das taxas de matrícula”.

A fundamentação declinada para a declaração de inconstitucionalidade, sintetizada na constatação de que a gratuidade do ensino público é incongruente com propostas de participação dos alunos para seu custeio – em obrigação que exceda o pagamento de tributos – ainda que o montante adicional obtido seja empregado para facilitar a permanência de estudantes de menor poder aquisitivo nos cursos universitários, permeou os votos dos ministros que compuseram a maioria, embora mereça destaque excerto do voto da lavra do Sr. Ministro Carlos Ayres Britto, quando afirma que a educação, direito social, é “um direito de crédito contra o Estado e contra a sociedade ao mesmo tempo”. A divergência inaugurada pelo voto da Sra. Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha lastreou-se na constatação de que a solidariedade é princípio que demanda a intervenção em prol do mais vulnerável e que não é possível, sob o pálio da gratuidade dos serviços públicos, a definição de plano de atuação estanque do Estado sem a colaboração da sociedade, ainda que estranha ao dever de pagar tributos. Vale, a propósito, a transcrição do seguinte excerto:

Quando eu disse, Ministro Lewandowski que subscreveria integralmente o belíssimo voto de Vossa Excelência, além da beleza formal pelo ponto de vista, é porque o princípio da solidariedade, que está na base da educação, nos termos constitucionalmente estabelecidos, basicamente no art. 206, quando fala do incentivo da sociedade é exatamente o que leva a própria sociedade a comparecer. A meu ver, nisso não se quebra tudo aquilo que foi posto por Vossa Excelência relativamente à gratuidade, porque o ônus de uma universidade quando se tem que por ela pagar, na formulação do que é um ensino superior, realmente não se contém naquela prescrição.

Ademais, foi dito também por Vossa Excelência, aliás, com citações brilhantes, que é um direito fundamental à educação e que todo mundo tem acesso com igualdade. Este Supremo Tribunal já julgou, em inúmeras ocasiões, que quem não pode pagar fica isento e que a cobrança dessas taxas é exatamente para garantir a universalidade. O ensino superior no Brasil ainda está muito longe dessa

universalidade, mesmo que não haja o pagamento de taxas, uma vez que nós fizemos vestibulares e, provavelmente, a geração que vem depois de nós continuará fazendo, porque não há vagas para todos.

Portanto, não há essa universalidade. E, quando o Ministro Menezes Direito chama a atenção para o fato de que se tem que pagar esse serviço realmente com os impostos do Estado – e estou de acordo –, nem por isso se dispensa que quem mais recebe pode contribuir muito mais. Neste caso, entendo que o princípio da solidariedade, quanto mais num direito fundamentalíssimo, como é este da educação, que garante não apenas a liberdade, mas a libertação das pessoas de uma para outra condição, deixa de ser formal quando a sociedade comparece.

Chamaria a atenção para mais um detalhe: a educação é um serviço público essencial, ao qual todos têm direito, e tudo aquilo que recebemos são também deveres – escutei isso a vida inteira. Eu tive também acesso às escolas públicas; quanto mais se recebe mais se deve e se deve exatamente a outrem. E eu não vejo incompatibilidade alguma disso com o que está posto na Constituição.

A aplicação do princípio da solidariedade na realização do direito à educação é identificada na Lei n. 11.096, de 13 de janeiro de 2005, por meio da qual foi instituído o “Programa Universidade para Todos – PROUNI” para “a concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos” (art. 1º, caput), observando-se que o recebimento de bolsa integral será destinado aos brasileiros não portadores de diploma de nível superior, cuja renda per capita mensal familiar não seja superior a 1,5 (um inteiro e cinco décimos) salário mínimo, ao passo que o seu pagamento em coeficiente inferior será feito se a renda per capita mensal familiar não for superior a 3 (três) salários mínimos (art.1º, §§ 1º e 2º). Adicionalmente, são previstos como requisitos não cumulativos à percepção do benefício que: “o estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral” ; seja portador de deficiência; ou seja “professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei” (art. 2º, incisos I, II e III). A instituição de ensino que aderir ao “Programa Universidade para Todos” deverá fazer constar a previsão de oferta de bolsas a serem preenchidas por cidadãos “autodeclarados indígenas, pardos ou pretos” em número proporcional às populações de tais grupos na respectiva unidade da Federação, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (art. 7º, II, e §1º).

A enunciação de critérios cumulativos associados a desvantagens econômicas e a discriminações sociais para concessão de bolsa de estudo (renda/deficiência física; renda/etnia) é ponto de conformação à solidariedade, ao privilegiar a destinação de recursos públicos para a concretização preferencial do direito à educação daqueles que, em uma

perspectiva histórica, mais tiveram dificuldade para ter a ela acesso. É em sociedades extremamente excludentes que a educação ganha vulto mais promissor, especialmente se os que “menos têm” puderem ver na conquista do saber uma porta de entrada – diga-se: alcançável - para o exercício pleno da cidadania. A aposta na educação é a aposta na capacidade de o ser humano superar suas mazelas, de erguer-se quando subjugado e de não se ver reduzido à insignificância pela opressão. Nesse sentido, merece destaque o seguinte excerto do voto proferido pelo Sr. Ministro Carlos Ayres Britto em julgamento da ADI 3.330-DF, na qual se discute a constitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 11.096/2005:

39. Com efeito, o Magno Texto Republicano se limita a dizer, no tema, que um dos objetivos centrais do Estado brasileiro é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV do art. 3º). Falando com isso que a procedência geográfica de alguém, assim como a raça, o sexo, a cor e a idade de quem quer que seja nada disso pode servir, sozinho, como desprimoroso parâmetro de aferição da valiosidade social do ser humano. Nem da valiosidade social nem do caráter das pessoas, pois os dados a que se reporta o art. 3º, da Constituição decorrem todos de uma simples obra do acaso. São fatores de acidente, e não de essência.

40. Daqui resulta o óbvio: nem aqueles referidos fatores de acidente na vida de uma pessoa (a cor da pele, a procedência geográfica, o sexo, etc.) nem qualquer outro que também se revele como imperscrutável obra do acaso podem se prestar como isolado e detrimetoso critério legal de desigualação, porque tal diferenciação implicará ‘preconceito’ ou ‘discriminação’. Já no tocante a outros fatores não- exatamente derivados das tramas do acaso, mas a fatores histórico-culturais, aí não vemos outra saída que não seja a aplicação daquele cânone da Teoria Constitucional que reconhece a toda Constituição rígida o atributo da unidade material. Da congruente substancialidade dos seus comandos. Logo, somente é de ser reputado como válido o critério legal de diferenciação que siga na mesma direção axiológica da Constituição. Que seja uma confirmação ou uma lógica derivação das linhas mestras da Lex Maxima, que não pode conviver com antinomias normativas dentro de si mesmo nem no interior do Ordenamento por ela fundado. E o fato é que toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como verbi gratia, o segmentos dos negros e índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social.

O princípio da solidariedade encontra desenvolvimento pleno ao tratar-se da Seguridade Social, em especial no âmbito da previdência e da assistência, sendo expressamente mencionado para a definição do regime próprio dos servidores públicos no texto do art. 40, caput, da Constituição da República de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003. O matiz solidário que informa a elaboração de uma rede de proteção contra infortúnios que possam suprimir ou mitigar a capacidade do indivíduo de prover sua subsistência é força impulsionadora da Seguridade Social<sup>300</sup> e se espraia pela instituição do regime previdenciário contributivo (art. 201, caput, da Constituição da República de 1988), no qual a definição das exações não possui correlação intrínseca ao

<sup>300</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 186.

benefício a ser porventura auferido, amoldando-se a concessão deste à verificação da situação de risco ou de excepcional fragilidade combinada aos períodos de carência que venham a ser definidos em lei para fruição da prestação<sup>301</sup>. O Tribunal Constitucional Espanhol, ao examinar questão prejudicial suscitada em demanda na qual a parte autora pedia que fosse declarada a inconstitucionalidade do art. 138.2.b, da Lei Geral de Seguridad Social, que previa período mínimo de cotização para que a segurada pudesse gozar de aposentadoria por incapacidade permanente e total, afirmou que (Sentencia 253/2004, Pleno, Relator Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, j. 22.12.2004, BOE 2005.01.21):

No se puede perderse de vista que el sistema de la Seguridad Social se monta sobre una base contributiva, aunque no estrictamente sinalagmática, y sobre todo sobre unas bases explícitas de solidaridad. En ese marco general es fenómeno común que no todo cotización tiene una concreta utilidad para el que la soporta.

Todos los que, cotizando a jornada completa, no llegan, no obstante, a cubrir los períodos de carencia precisos para el devedgo de determinadas prestaciones, ‘pierden’ sus cotizaciones sin obtener contraprestación. Y ello, pese a que la suma de sus cotizaciones pueda ser mucho más elevada que la de quienes con las suyas si llegan a cubrir dichos períodos, y a obtener prestaciones, que los primeros no alcanzan. La lógica correctora de la sentencia podría proyectarse con argumentos no muy diferentes sobre cualquiera de los aparentes agravios comparativos que pudieran resultar, al no obtener las prestaciones deseadas, requisitos de mayor o menor rigor, que en relación con cada una de ellas se fijan en términos precisos e iguales. Esas aparentes ‘pérdidas’ de cotizaciones, que serían inaceptables en un sistema de sinalagmaticidad pura, tienen su propia lógica y justificación en un sistema de solidaridad, en el que cada uno cotiza, no para el propio beneficio, sino para el beneficio colectivo; en el que las cotizaciones actuales de los unos son el soporte financiero de las prestaciones actuales de otros; y en el que la acción protectora del sistema se configura sobre la base de contingencias múltiples, para cada una de las cuales se establecen requisitos de mayor o menor rigor, que en relación con cada una de ellas se fijan en términos precisos e iguales.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento do pedido formulado na ADI 3.105-DF (Pleno, Redator para acórdão Min. Cezar Peluso, DJ 23.02.2007) para declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41/2003, que promoveu alterações na Previdência dos servidores públicos, deixou assente que o custeio geral do sistema radica na adoção de “um regime público de solidariedade” cujos contornos se equilibram entre a equidade no custeio e a possibilidade de concessão de prestações a par da suficiência das contribuições vertidas pelos seus beneficiários.

Conquanto a noção de retribuição seja ínsita à opção pelo regime contributivo, a concessão de benefícios previdenciários deve suprimir o risco de situações mais urgentes, nas quais a intervenção estatal faça-se necessária, ainda que sobeje a expressão econômica da cota antes vertida pelo segurado, como ação concretizadora do ideal de distribuição de renda (arts.

<sup>301</sup> FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30.

194, III, e 201, § 12, da Constituição da República de 1988). O pagamento de salário-família e auxílio-reclusão, independentemente de período de carência, àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior ao patamar mínimo fixado de acordo com o art. 13, da Emenda Constitucional n. 20/98, demonstra o atendimento prioritário das faixas da sociedade com menor poder aquisitivo, mais vulneráveis ao acréscimo de despesa inerente aos cuidados com a prole (art. 65, da Lei n. 8.213/91) e à diminuição do patrimônio se preso quem colaborava para o orçamento da família (art. 80, da Lei n. 8.213/91). Outrossim, o art. 143, da Lei n. 8.213/91, concedia ao trabalhador rural, que exercesse trabalho em regime de economia familiar, o direito à aposentadoria por idade se comprovado o desempenho de atividade rural em período, anterior ao requerimento, correspondente à carência exigida. Registre-se que tal espécie de aposentadoria conformou-se às prementes urgências de camponeses que, ao atingirem idade avançada após longa vida dedicada ao trabalho, viam-se privados de forças para continuar a prover sua subsistência. Contudo, a existência de efeitos perversos de tal medida merece pesquisa detalhada, caso continue a se protrair o prazo final de sua vigência, sob o risco de configurar incentivo negativo ao ingresso formal no regime contributivo.

A assistência social é, no âmbito da Seguridade, espaço em que a solidariedade ganha mais vulto, uma vez que a rede de proteção criada independe de qualquer contribuição prévia (art. 203, caput, da Constituição da República de 1988), exigindo-se apenas que a concessão de prestações e serviços a ela relacionadas possa ser associada às situações de vulnerabilidade enunciadas constitucionalmente (art. 203, incisos I a V). Para que se efetive tal desiderato, o art. 20, da Lei n. 8.742/93, preconiza o direito à percepção de benefício de prestação continuada, equivalente a um salário mínimo mensal, à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso com 70 (setenta) anos<sup>302</sup> ou mais que “comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e de nem tê-la provida por sua família”, definindo-se a renda mensal familiar per capita inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo como índice de presunção de hipossuficiência de recursos materiais para que se faça jus ao recebimento do auxílio (art. 20, §3º).

Outrossim, a necessidade de combate imediato a situações de extrema pobreza no Brasil foi razão suficiente para a criação do “Programa Bolsa Família”, através do qual, a partir de uma consolidação de leis, foram instituídas ações de transferência de dinheiro atreladas à aferição da renda mensal familiar e à faixa etária da prole, como medida destinada à mitigação das constrições orçamentárias maiores enfrentadas pelas famílias com crianças e

---

<sup>302</sup> O art. 34, caput, da Lei n. 10.741/2003, reduziu o limite etário para 65 (sessenta e cinco) anos.

adolescentes em idade escolar, devendo ser comprovado, no que couber, o preenchimento de condições relativas ao exame pré-natal, ao acompanhamento nutricional, ao acompanhamento de saúde e à frequência escolar de 85% (oitenta e cinco por cento) em estabelecimento de ensino regular, sem prejuízo do cumprimento de especificações definidas em regulamento (arts. 1º a 3º, da Lei n. 10.836/2004).

### 5.3 Direitos difusos

O art. 225, caput, da Constituição da República de 1988, contém enunciação expressa do dever de preservação do meio ambiente “para as presentes e futuras gerações”, assim como o art. 216, caput, faz alusão à proteção do patrimônio cultural brasileiro ante a necessidade de preservação da “memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Em ambos os enunciados é revelado o compromisso com o cerne informador dos direitos difusos, ao ser reconhecido que a proteção deferida a estes bens supera os interesses contingentes da atual geração e, por conseguinte, externa a preocupação de resguardar o conhecimento da diversidade e das potencialidades dos recursos naturais para o futuro. Assinale-se que, a degradação do meio ambiente produz efeitos mais deletérios àqueles que se encontram em posições com maiores desvantagens, pois a emissão de gases poluentes, a elevação do nível dos oceanos, a desertificação do solo acarretam alterações climáticas e geográficas mais perceptíveis em países de menor desenvolvimento sócio-econômico, cujas populações ainda se valem de técnicas mais primitivas no trabalho agrícola e na extração de bens naturais.

Tais constatações, expressões da solidariedade, são realçadas na disciplina infraconstitucional do direito ambiental, valendo, a propósito, enunciar os princípios do “poluidor-pagador”, como instrumento de individualização do responsável pelo dano, ainda que exclusivamente oriundo de externalidade não cogitada quando da prática do ato; e do desenvolvimento sustentável, enquanto norma autorizadora do uso de recursos naturais desde que não se vislumbre prejuízo desproporcional à proteção do meio ambiente.

Valiosa projeção da solidariedade no direito ambiental é observada no regime de responsabilidade civil objetiva, sendo importante sublinhar a interpretação conferida, pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>303</sup>, ao art. 14, §1º, da Lei n. 6.938/91, no que atine ao dever de

---

<sup>303</sup> “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS AMBIENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE. TERRAS RURAIS. RECOMPOSIÇÃO. MATAS. INCIDENTE

reparação do dano assumido pelo novo proprietário do bem imóvel, ainda que ele não tenha perpetrado o ato causador da lesão.

Nesses exemplos, a solidariedade evidencia a proteção de bens jurídicos que ultrapassam o interesse contingente de seus titulares atuais, sinalizando a urgência de preservá-los como medida necessária à possibilidade de as gerações futuras usufruí-los em medida igual ou próxima.

---

DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ART. 476 DO CPC. FACULDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. 1. A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, ante a ratio essendi da Lei 6.938/81, que em seu art. 14, § 1º, determina que o poluidor seja obrigado a indenizar ou reparar os danos ao meio-ambiente e, quanto ao terceiro, preceitua que a obrigação persiste, mesmo sem culpa. Precedentes do STJ: RESP 826976/PR, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 01.09.2006; AgRg no Resp 504626/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 17.05.2004; RESP 263383/PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22.08.2005 e EDcl no AgRg no RESP 255170/SP, desta relatoria, DJ de 22.04.2003. 2. A obrigação de reparação dos danos ambientais é propter rem, por isso que a Lei 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores, máxime porque a referida norma referendou o próprio Código Florestal (Lei 4.771/65) que estabelecia uma limitação administrativa às propriedades rurais, obrigando os seus proprietários a instituírem áreas de reservas legais, de no mínimo 20% de cada propriedade, em prol do interesse coletivo. Precedente do STJ: RESP 343.741/PR, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 07.10.2002. 3. Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, ressalta que "(...)A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos "danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade" (art. 14, § III, da Lei 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente. O art. 927, parágrafo único, do CC de 2002, dispõe: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Quanto à primeira parte, em matéria ambiental, já temos a Lei 6.938/81, que instituiu a responsabilidade sem culpa. Quanto à segunda parte, quando nos defrontarmos com atividades de risco, cujo regime de responsabilidade não tenha sido especificado em lei, o juiz analisará, caso a caso, ou o Poder Público fará a classificação dessas atividades. "É a responsabilidade pelo risco da atividade." Na conceituação do risco aplicam-se os princípios da precaução, da prevenção e da reparação. Repara-se por força do Direito Positivo e, também, por um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo. Facilita-se a obtenção da prova da responsabilidade, sem se exigir a intenção, a imprudência e a negligência para serem protegidos bens de alto interesse de todos e cuja lesão ou destruição terá conseqüências não só para a geração presente, como para a geração futura. Nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações(...)" in *Direito Ambiental Brasileiro*, Malheiros Editores, 12ª ed., 2004, p. 326-327. 4. A Constituição Federal consagra em seu art. 186 que a função social da propriedade rural é cumprida quando atende, seguindo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a requisitos certos, entre os quais o de "utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente" [...] 10. Recurso especial desprovido." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 745.363-PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.09.2007, DJU 18.10.2007, p. 270.

#### 5.4 Conclusão

O exame da aplicação da solidariedade, enquanto postulado ou princípio, na realização dos direitos fundamentais após a Constituição da República de 1988 revela que, embora sua incidência seja promissora, ainda há carência de uma elaboração mais precisa de seus limites, o que é constatado a partir do seu uso vacilante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Essa denúncia se assenta na impossibilidade de se definir linha de argumentação clara e coerente nos julgados da Corte Constitucional brasileira quanto à fundamentação expendida em favor da solidariedade, por vezes empregada para: redistribuição de ônus inerente ao exercício de um direito; resolução de conflitos entre direitos; extensão do dever de contraprestação quando impreciso o âmbito do exercício da pretensão jurídica; ou funcionar como supedâneo esgrimido em prol da proteção de direitos transindividuais.

Entretanto, as deficiências apontadas não infirmam o ganho obtido com a assunção da solidariedade ao patamar constitucional, o qual ainda se encontra prenhe de possibilidades. A maior delas, já ensaiada em alguns dos julgados mencionados, será a identificação da parte mais vulnerável como critério a ser levado a sério na decisão de colisões entre direitos, a fim de que se torne patente a deturpação do seu exercício para reforço de exclusões sociais, num sistema de cidadãos sobre e subintengrados.

## 6 CONCLUSÕES FINAIS

As complexidades em torno da feição jurídica da solidariedade permitem afirmar que sua aplicação, enquanto princípio ou postulado, ainda merece ser objeto de reflexão futura, para que não se frustrate a riqueza dos significados que a sua proposta contém. Por ora, mostra-se possível aduzir que:

1 - As declarações de direitos permitiram que os direitos políticos, individuais e sociais fossem positivados, a despeito de uma ausência de sistematicidade e coerência interna, o que dificulta a resolução de conflitos nas hipóteses em que situações fáticas impeçam a realização simultânea dos objetos de tais pretensões em igual medida.

2 - A compreensão dos direitos fundamentais, enquanto projeções das liberdades individuais, infirma os fundamentos que os embasaram quando exercidos em uma sociedade iníqua, onde o sistema jurídico ainda não se encontra dissociado de interferências econômicas ou políticas na definição de seu código de diferenciação.

3 - A percepção da solidariedade, enquanto categoria jurídica autônoma, exige que sejam transpostas as convicções enraizadas em uma perspectiva descritiva e empírica, bem como impõe o confronto com as noções já vigentes de virtude cívica, caridade e fraternidade. A solidariedade é consectário do projeto de modernidade, por sobrepor-se aos laços de pertença da família, da aristocracia política e da comunidade de interesses.

4 - A rejeição da antecendência da identidade coletiva não conduz ao primado deturpado da individualidade, na qual a pessoa, alheia ao seu meio, veja-se livre para perseguir seus interesses egoisticamente, ignorando a repercussão de suas opções sobre seus pares, em especial, sobre aqueles que, imersos na ignorância de sua miséria e mudos pela opressão a que foram historicamente submetidos, não consigam se conceber como participantes ativos do Estado Democrático de Direito.

5 - A inclusão da fraternidade, como elaboração anterior ao conceito de solidariedade, em diplomas legais e constitucionais, revela o compromisso do Estado de Direito em assegurar a assistência e o cuidado, independentemente de um lastro religioso e da generosidade, a fim de que a garantia a prestações essenciais mínimas à subsistência humana possa estar dissociada de um sentimento natural de reciprocidade.

6 - A solidariedade distingue-se da igualdade material, pois confere especial atenção às práticas de reconhecimento, ao exercício abusivo de direitos fundamentais, às prestações estatais que não se restrinjam à justiça redistributiva e aos direitos de titularidade difusa.

7 - A solidariedade é parâmetro utilizado para resolução de colisões entre direitos fundamentais nas hipóteses em que, reivindicada sua feição prestacional, inexistirem recursos suficientes para atendimento concomitante das pretensões concorrentes que excedam o mínimo existencial.

8 - O art. 3º, I, da Constituição da República de 1988, serve de supedâneo para que a “igual consideração” entre homens e mulheres tome como relevante o custo relacional de bens e serviços, a fim de que a distribuição de recursos obedeça a critérios que visem à reparação da posição da parte mais vulnerável e desatenda preferências subjetivas insuscetíveis à generalização e alheias à assunção da responsabilidade das pessoas para condução de suas vidas. A subjetividade, pressuposto à classificação dos direitos como expressão da personalidade e nota própria ao individualismo, recebe, agora, o acréscimo de um dado objetivo: a debilidade, como fundamento articulador e informador da efetividade constitucional.

9 - A solidariedade provoca o intérprete a inclinar-se em prol: i) do hipossuficiente nas relações jurídicas estabelecidas entre particulares, quando observada assimetria no exercício da autonomia privada, em razão de carência de conhecimentos técnicos, jurídicos ou de desequilíbrio fático, capaz de causar grave violação a direito fundamental; ii) do sujeito que reúna maiores índices reveladores de desvantagem que esteja, ainda que indiretamente, fundada na pretérita realização falha de direitos sociais e que possam ser ora debeladas pela concretização reforçada dos mesmos; iii) da justiça intergeracional quando tratar-se de conflitos envolvendo a aplicação de direitos difusos.

10 - A apuração da vulnerabilidade capaz de deflagrar a aplicação da solidariedade não deve se restringir a um único indicador de desvantagem, devendo, especialmente quanto aos direitos sociais, ser pesquisado qual titular de direito reúne consigo maior número de características consideradas como relevantes nos grupos menos favorecidos pela feição prestacional de um determinado direito.

11 - A solidariedade não se contrapõe à noção de que princípios são contrários à estipulação prévia de preferências incondicionadas, uma vez que a sua aplicação está associada às possibilidades fáticas a serem aferidas concretamente, não sendo antagônica à ideia de mandado de otimização. Caberá sempre ao intérprete, ao deparar-se com a colisão de direitos, aferir qual a extensão das pretensões em oposição, devendo empreender exame no qual perquirar se i) algum dos direitos fundamentais contrapostos excede o mínimo existencial, conceito que engloba a saúde básica (saneamento, atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva e prevenção epidemiológica), educação fundamental, assistência aos

desamparados (mediante o fornecimento de renda mínima, alimentação, abrigo e vestuário para quem não tenha condições de prover sua subsistência por si ou sua família), acesso à justiça e condições ambientais idôneas à sobrevivência humana. Em seguida, ii) identificado o confronto entre dois direitos atinentes ao mínimo existencial, o aplicador deverá dar solução que seja mais eficiente na produção de benefícios a um maior número de pessoas; e iii) observada a concorrência entre dois sujeitos individuais titulares de um igual direito, há que se dar preferência ao mais vulnerável.

12 - O exame da aplicação da solidariedade, enquanto postulado ou princípio, na realização dos direitos fundamentais após a Constituição da República de 1988 revela que, embora sua incidência seja promissora, ainda há carência de uma elaboração mais precisa de seus limites, o que é constatado a partir do seu uso vacilante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A análise de alguns julgados da Corte Constitucional brasileira, no entanto, já permite que seja afirmado que a proteção à parte mais vulnerável é tomada como elemento importante para a resolução de disputas que não se exaurem na simples subsunção às regras constitucionais, o que evidencia a relevância da solidariedade como princípio orientador quando vislumbrado conflito de direitos de igual conteúdo e insuscetíveis de realização simultânea em cenário de escassez de recursos materiais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. La Institucionalización de la justicia. Trad. de José Antonio Seoane, E.R. Sodero e P. Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

\_\_\_\_\_. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed. em espanhol. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a Relação Entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional. Trad. de Luís Afonso Heck. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

AMORIM, Ricardo L. C; CAMPOS, André Gambier; GARCIA, Ronaldo Coutinho (eds.). BRASIL: o Estado de uma nação – Estado, crescimento e desenvolvimento: a eficiência do setor público no Brasil, 2007. Brasília: IPEA, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAGÓN, Manuel. Constitución y control del poder. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1994.

ARANGO, Rodolfo. Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia. In: MELLO, Cláudio Ari. Os Desafios dos direitos sociais. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 56, p. 89-103, set./dez. 2005.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Trad. de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ATIENZA, Manuel. El Derecho como argumentación. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 2006.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Las Piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.

AVELINO, Pedro Buck. Princípio da Solidariedade: Imbricações Históricas e sua Inserção na Constituição de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, p. 227-269, out./nov. 2005.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARKER, Ernest. Teoria política grega. Trad. de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência (Ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 167-216.

\_\_\_\_\_. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_. A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-48.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso (org). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 271-316.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade e ambivalência. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BAURMANN, Michael. Solidarity as a social norm and as constitutional norm. In: BAYERTZ, Kurt (ed.). Solidarity. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 243-272.

BAYERTZ, Kurt. Four uses of “solidarity”. Trad. de Sarah L. Kirkby. In: BAYERTZ, Kurt (ed.). Solidarity. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 3-28.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. Teoria geral do direito. Trad. de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le Droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle.* Trad. de Olivier Jouanjan. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000.

BRUNKHORST, Hauke. *Solidarity. From Civic Friendship to a Global Legal Community.* Trad. de Jeffrey Flynn. Cambridge: MIT Press, 2005.

CAPALDI, Nicholas. *What's wrong with solidarity?* In: BAYERTZ, Kurt (ed.). *Solidarity.* Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 39-55.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.* 3. ed. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Lisboa: Almedina, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia. Dos Pré-Socráticos a Aristóteles.* Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos de filosofia constitucional contemporânea.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. "Invisibilidade", Estado de Direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos Melo; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (orgs.). *Perspectivas atuais da filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 153-167.

COHEN, Gerald Allan. *If you're an egalitarian, how come you're so rich?* Cambridge: Harvard University Press, 2001.

COMTE-SPONVILLE, André. *Petit traité des grandes vertues.* Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales en Perspectiva: La Cara Jurídica de la Política Social. In: CARBONELL, Miguel (ed.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 185-209.

CRUZ, Luis M. La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Granada: Editorial Comares, 2005.

DENNINGER, Erhard. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 88, p. 21-45, dez./2003.

\_\_\_\_\_. Constitutional law and solidarity. In: BAYERTZ, Kurt (ed.). Solidarity. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 223-242.

DERRIDA, Jacques. Força de lei. O “Fundamento místico da autoridade”. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. Trad. de Margarida Garrido Esteves. São Paulo: Abril S/A Cultural e Industrial, 1973.

DUSSEL, Enrique. From Fraternity to Solidarity: Toward a Politics of Liberation. Trad. de Michael Barber e Judd Seth Wright. Journal of Social Philosophy, Oxford: Blackwell, v. 38, n. 1, p. 73-92, Spring 2007.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

\_\_\_\_\_. Sovereign virtue: the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University Press, 2002b.

\_\_\_\_\_. O império do direito. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Uma questão de princípio. Trad. de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. Justice in robes. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

ELIAS, Norbert. A sociedade dos indivíduos. Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. In: Marx, Engels. Obras Escolhidas. Tomo III. Trad. de João Pedro Gomes. Lisboa: Edições Avante, 1985.

EWALD, François. L'Etat providence. Paris: Bernard Grasset, 1986.

FARIAS, José Fernando de Castro. A origem do direito de solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FASSÓ, Guido. Storia della filosofia del diritto. V. I. Bologna: Società editrice il Mulino, 1966.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La Ley del más débil. 5. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do Estado democrático de direito. In: GRECO, Marco Aurélio e GODOI, Marciano Seabra de. Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 208-221.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. Redistribution and Recognition? A Political-Philosophical Exchange. London: Verso, 2003, p. 7-109.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Caroline Dias. Breves Notas Históricas da Função Social no Direito Civil. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). Função social no direito civil. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1-17.

GARGARELLA, Roberto. Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política. Barcelona: Paidós, 1999.

GERAS, Norman. Solidarity in the conversation of humankind. The undergroundable liberalism of Richard Rorty. London: Verso, 1995.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 5. ed. Trad. de António Cabral Hespanha e L. Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GLENDON, Mary Ann. Rights talk: the impoverishment of political discourse. New York: The Free Press, 1991.

GODBOUT, Jacques T. O espírito da dádiva. Trad. de José Pedro Cabrera. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRIMM, Dieter. Constituição e política. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. Solidarität als Rechtsprinzip. Frankfurt am Main: Athenäum, 1973.

GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. de Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.

HÄBERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. V. I. 2. ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

\_\_\_\_\_. Era das transições. Trad. de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

. A ética da discussão e a questão da verdade. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HART, Herbert L. O conceito de direito. 4. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HAYEK, Friedrich Von. Law, legislation and liberty. The mirage of social justice. vol. 2. Chicago: University of Chicago, 1976.

HELLER, Agnes. Além da justiça. Trad. de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigo&n=285>>. Acesso em 07 abr. 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W.W Norton & Company, 2000.

HOMEYER, Josef. Solidarität. In : DEUFEL, Konrad ; WOLF, Manfred (org). Ende der Solidarität? Die Zukunft des Sozialstaats. Freiburg im Breisgau: Herder, 2003, p. 217-222.

HUFEN, Friedhelm. Staatsrecht II. Grundrechte. München: C.H. Beck, 2007.

HUSTER, Stephan. Republikanismus als Verfassungsprinzip? Der Staat. Berlin: Duncker & Humblot, 34 Band, p. 606-613, 1995.

IPSEN, Jörn. Staatsrecht. Vol. II. 10. Aufl. Köln: Luchterhand, 2007.

ISENSEE, Josef. Der Soziastat in der Wirtschaftskrise. Der Kampf um die sozialen Besitzstände um die Normen der Verfassung, In: LISTL, Joseph; SCHAMBECK, Herbert. Demokratie in Anfechtung und Bewährung. Festschrift für Johannes Broermann. Berlin: Duncker & Humblot, 1982, p. 365-390.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes. Parte II: princípios metafísicos da doutrina da virtude*. Lisboa: Edições 70, 2004.

\_\_\_\_\_. *Fundamental principles of the metaphysics of morals*. Trad. de Thomas Kingsmill Abbott. Mineola: Dover Publications, 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KOCH, Ida Elisabeth. *Dichotomies, trichotomies or waves of duties?* *Human Rights Law Review*. New York: Oxford University Press, v. 5, n. 1, p. 81-103, 2005.

KUIPERS, Ronald Alexander. *Solidarity and the stranger. Themes in the social philosophy of Richard Rorty*. Lanham: University Press of America, 1997.

KUKATHAS, Chandran; PETIT, Philip. *Rawls: “Uma Teoria da Justiça” e os seus críticos*. Trad. de Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995.

KHUSHF, George. *Solidarity as a moral and political concept: beyond the liberal/communitarian impasse*. In: BAYERTZ, Kurt (ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 57-79.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

LARMORE, Charles. *The morals of modernity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

LEBRETON, Gilles. *Libertés publiques et droits de l’homme*. 7. éd. Paris: Armand Collin, 2005.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre Nós. Ensaio sobre a alteridade*. Trad. de Pergentino Stefano Pivatto (coord.). Petrópolis: Vozes, 2004.

LOPES, Carlos (ed.). Relatório de desenvolvimento humano – Brasil 2005. Racismo, pobreza, violência. Brasília: PNUD, 2006.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. La tercera generación de derechos humanos. Navarra: Editorial Arazandi, 2006.

LYOTARD, Jean-François. La condition postmoderne. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979.

MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude. Trad. de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001a.

\_\_\_\_\_. Justiça de quem? Qual racionalidade? 2. ed. Trad. de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 2001b.

MARQUES, Cláudia Lima. O novo Modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Cláudia Lima. A nova crise do contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

MARTÍN, Carlos de Cabo. Teoría constitucional de la solidaridad. Madrid : Marcial Pons, 2006.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales. Teoría general. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999.

\_\_\_\_\_. Lecciones de derechos fundamentales. Madrid: Dykison, 2004.

MASTRONARDI, Philippe. Verfassungslehre. Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom gutem und gerechten Staat. Bern: Haupt Verlag, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso de Albuquerque. O §2º do Art. 5º da constituição federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-33.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. T. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-147.

\_\_\_\_\_. O Princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). Os princípios da Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 157-176.

MORANGE, Jean. Droits de l'homme et libertés publiques. 5e. éd. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.

MORESO, José Juan. A brillante Disguise: entre fuentes y lagunas. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio; MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L.; MANERO, Juan Juiz. Lagunas en el derecho y la función judicial. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 185-203.

MULHALL, Stephen; SWIFT, Adam. Liberals and communitarians. 2th. ed. Oxford: Blackwell Publishers, 1997.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (cords.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 110-140.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Tradução do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. Um ensayo de fundamentación. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

O Novo Testamento: nova versão internacional. São Paulo: Sociedade Bíblica Internacional, 2001.

OST, François. Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge. In: BOURETZ, Pierre (org.) La Force du droit. Panorama des débats contemporains. Paris: Éditions Esprit, 1991, p. 241-272.

- NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e utopia. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 45, ano 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 216-236, out./dez. 2003.
- PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones de derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- PLASTINO, Carlos Alberto. O Primado da afetividade. A crítica freudiana ao paradigma moderno. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- PLATÃO. A República. Trad. de Alberto Pinheiro. São Paulo: Edipro, 2000.
- POOLE, Hilary (ed.). Human rights: the essential reference. Phoenix: Oryx Press, 1999.
- POPPER, Karl. A Lógica da Investigação Científica. In: Os Pensadores. Trad. Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- PREUSS, Ulrich K. National, Supranational and International Solidarity. In: BAYERTZ, Kurt (ed.). Solidarity. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 281-289.
- QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: Questões Interpretativas e Limites de Justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso (org). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165-216.
- RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. Political liberalism. Edição ampliada. New York: Columbia University Press, 2005.

REHG, William. Solidarity and the common good: an analytic framework. *Journal of Social Philosophy*, Oxford: Blackwell, v. 38, n. 1, p. 7-21, Spring 2007.

RORTY, Richard. Verdade e processo. Trad. de Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005.

\_\_\_\_\_. Contingência, ironia e solidariedade. Trad. de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SACHS, Ignacy. Sociedade, Cultura e Meio Ambiente. In *Revista Mundo & Vida*, v. 2 (1), 2000. Disponível em: <[http://www.uff.br/cienciaambiental/mv/mv1/MV1\(1-2\)07-13.pdf](http://www.uff.br/cienciaambiental/mv/mv1/MV1(1-2)07-13.pdf)>. Acesso em 15 jun. 2009.

SALES, Eugenio. Padrão Moral. *O Globo*, Rio de Janeiro, 13 jun. 2009. Opinião, p. 7

SANDEL, Michael J. O liberalismo e os limites da justiça. Trad. de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005

\_\_\_\_\_. “The procedural Republic and the unencumbered self”. In: GOODIN, Robert E.; PETIT, Philip. *Contemporary political philosophy: an anthology*. Malden: Blackwell Publishers, 1997, p. 247-255.

SARAMAGO, José. Ensaio sobre a cegueira. 41ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 12, p. 91-107, 2001.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

SCHMIDT, Rolf. Grundrechte (sowie Grunzüge der Verfassungsbeschwerde). 10. Aufl. Grasberg bei Bremen: Dr. Rolf Schmidt, 2008.

SCHWINGER, Elke. Nächstenliebe, Fürsorglichkeit und Solidarität. Zur Frage der moralischen Handlungsorientierung in der entstehenden Weltgesellschaft. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden, v. 87, n. 2, p. 153-167, 2001.

SHUE, Henry. Basic rights: subsistence, affluence, and U.S foreign policy. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1996.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SKOGLY, Sigrun I. Is there a right not to be poor? Human rights law review, New York: Oxford University Press, v. 2, n. 1, p. 59-80, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11-53.

SUNSTEIN, Cass R. Designing democracy. What constitutions do. New York: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_; ULLMAN-MARGALIT, Edna. Solidarity Goods. The Journal of Political Philosophy, Oxford: Blackwell Publishers, v. 9, n. 2, p. 129-149, 2001.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAYLOR, Charles. Argumentos filosóficos. Trad. de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

\_\_\_\_\_. Sources of the self: the making of modern identity. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

TERRA, Ricardo. Kant & o direito. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino. Trad. Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: \_\_\_\_\_ (org). Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e Tributação nos Países Latinos. In: MELLO, Celso Albuquerque; TORRÉS, Ricardo Lobo. Arquivos de direitos humanos. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 109-144.

\_\_\_\_\_. Existe um Princípio Estrutural da Solidariedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOÍ, Marciano Seabra de (coords.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 198-207.

TOURAINÉ, Alain. Crítica da modernidade. Trad. de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

VAN PARIJS, Philippe. Sauver la solidarité. Paris: Les Éditions du CERF, 1995.

\_\_\_\_\_. Refonder la solidarité. Paris: Les Éditions du CERF, 1999.

VILLEY, Michel. Le Droit et les droits de l'homme. 2e. éd. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

VITA, Álvaro de. A Justiça igualitária e seus críticos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Politics and passion: towards a more egalitarian liberalism. New Haven: Yale University Press, 2004.

WEBER, Max. Rejeições religiosas do mundo e suas direções. In: \_\_\_\_\_. Ensaio de sociologia e outros escritos. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

WOLFF, Jonathan; DE-SHALIT, Avner. Disadvantage. Oxford: Oxford University Press, 2007.

YOUNG, Iris Marion. Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy. In: BENHABIB, Seyla. Democracy and difference. Contesting the boundaries of the political. New Jersey: Princeton University Press, 1996, p. 120-135.

ZAGREBELSKY, Gustav. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Trad. de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ZOLL, Rainer. Was ist Solidarität heute? Frankfurt am Main: Surkhamp, 2000.