

Direitos fundamentais como trufas da maioria

Fundamental rights as truffles of the majority

José Adércio Leite Sampaio¹

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil

joseadercio.contato@gmail.com

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a ideia de que os direitos fundamentais se destinam principalmente a proteger indivíduos e grupos oprimidos, funcionando, na linha dworkiana, como trufos da minoria contra a maioria. A correção da ideia tropeça numa série de obstáculos na trajetória de concretização. O primeiro grande tropeço da efetividade constitucional pode estar na pedra semântica posta ou deixada no caminho da compreensão, daí a necessidade de esclarecer os termos sem, entretanto, descuidar do resultado prático da operação global do sistema. Para a pesquisa foi adotada como metodologia a ampla revisão bibliográfica sobre o tema. Como resultado observou-se que não raras vezes os direitos são usados como apelos retóricos e, em alguns casos, como mera petição de princípios. Servem como tentativas de legitimação argumentativa de decisões que ferem os comandos ou as consequências que prescrevem. No âmbito da política e da administração, ganham a natureza perlocucionária e alienante, induzindo os destinatários à compreensão falseada do que realmente sucede. Nesse ambiente distorcido, o discurso dos direitos como trufos das minorias legitima o domínio da maioria e o seu prazer pelas 'trufas' do poder.

Palavras-chave: direitos fundamentais, proteção das minorias, retórica, efetividade.

Abstract

This article aims to analyze the idea that fundamental rights are primarily intended to protect individuals and oppressed groups, serving, in Dworkin's terms, as trumps of the minority against the majority. The correction of the idea stumbles into a series of obstacles the path of its enforcement. The first major stumbling block of constitutional effectiveness may be the semantic stone placed or left in the path of understanding, hence the need to clarify the terms without, however, neglecting the practical result of the overall operation of the system. The methodology adopted for

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da República. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Av. Dom José Gaspar, 500, prédio 5, 2º andar, sala 217, 30535-901, Belo Horizonte, MG, Brasil.

the investigation was a broad literature review on the topic. Its result shows that not rarely the rights are used as rhetorical appeals and, in some cases, as a mere *petitio principii*. They serve as attempts of argumentative legitimacy of decisions that violate the commands or the consequences that they prescribe. In the realm of policy and administration, they gain a perlocutionary and alienating nature, leading recipients to a false comprehension of what actually happens. In this distorted environment, the discourse of rights as trumps of the minority legitimizes the domination of the majority and its enjoyment of the ‘truffles’ of power.

Keywords: fundamental rights, protection of minorities, rhetoric, effectiveness.

Introdução

É comum encontrarmos nos discursos jurídicos, sob a influência mais direta e recente de Ronald Dworkin, a afirmação de que os direitos fundamentais são trunfos da minoria contra a maioria. Nem sempre é explicado, porém, o sentido dado a esses termos ou mesmo o significado da oração inteira, o que gera indefinições e confusão, um dito pelo não dito, compreensões antinômicas.

Outra afirmação recorrente nos debates acadêmicos e jurisprudenciais concebe os direitos fundamentais como centro de gravidade do sistema político e constitucional. Também aqui nem sempre é esclarecido sob que luz a afirmação deve ser entendida, deixando margem a mal-entendidos.

Em ambos os casos, trata-se de uma enunciação filosófica, de uma assunção lógica, de um ato linguístico perlocucionário ou de simples apelo retórico? Cuida-se de princípios jurídicos estruturantes ou de postulados práticos? Que efeitos podemos extrair de sua normatividade para a ação dos agentes constitucionais? Políticos, jurídicos ou ambos? E será que variam tais efeitos para os diferentes destinatários, designadamente os formuladores, os encarregados da execução e do controle das políticas públicas e mesmo os juízes? Como, na prática, operam – se operam – essas distinções?

Claro que nos interessam as respostas teóricas para tentarmos equacionar as duas ordens de indefinições. O primeiro grande tropeço da efetividade constitucional pode estar na pedra semântica posta ou deixada no caminho da compreensão. Trataremos de discuti-las – ou de evitar o tropeço – com o vagar que o artigo permite, mas preocupar-nos-emos mais com o resultado prático da operação global do sistema, notadamente em sua dimensão executiva, para verificarmos o grau de efetividade ou de existência real das duas afirmações tão corriqueiramente empregadas como se fossem, muito mais do que extratos normativos, “fatos constitucionais”.

Direitos como trunfos da minoria

Segundo Ronald Dworkin (1978, p. 167, 1985, p. 359), “os direitos são mais bem compreendidos como trunfos sobre justificativas de fundo para as decisões políticas que estabeleçam um objetivo da comunidade como um todo”. Significa dizer que os direitos devem ter prioridade sobre considerações alternativas, mesmo que baseadas em ideais nobres como o bem comum, na formulação e execução de políticas públicas, inclusive aquelas que se propõem à distribuição de benefícios estatais. A oponibilidade a “bens coletivos” reforça a posição dos direitos de minorias, por exemplo, contra o tratamento discriminatório; e dos direitos individuais como à adoção de um dado estilo de vida contra o império da estética ou do bem-estar.

Os críticos apontam para a fragmentação e a disponibilidade dos direitos como consequência da orientação dworkiana (Novais, 1996, p. 267). Esses argumentos não levam em conta a concepção interpretativa dos direitos – e notadamente do direito à liberdade – defendida por Dworkin. Não se trata de concessões do soberano nem do legislador, mas de direitos morais que se expressam na integridade do direito como reivindicações de coerência e consequência dos princípios morais que pautam normativamente uma dada coletividade. Por isso mesmo, a liberdade é compreendida como direito em sentido forte e não como mero direito a não impedimentos.

Um direito fundado na concepção liberal da igualdade como igual respeito e consideração, que impõe um dever de tratamento do indivíduo como agente moral e sujeito de direitos. Por uma, a primeira, há de considerar-se os indivíduos como pessoas capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas e de agir de acordo com elas. Por outra, tê-las como seres humanos capazes de sofrimento e frustração. Mais diretamente, embora não seja o objetivo desse estudo, é possível contrastar os dois argumentos

críticos de fragmentação e disponibilidade dos direitos por dois outros de ordem teórica e dogmática.

Dworkin não contraria a ideia de universalidade dos direitos no sentido de sua titularidade por todos de uma comunidade concreta, apenas destaca que eles se apresentam de modo mais expressivo – normativamente falando – no instante em que são desafiados por intentos ou desejos de uma maioria ou do Estado. Também parece acertado que ele apresente as credenciais do enfraquecimento dos direitos pela disposição de seus titulares. Não se tem em perspectiva que dispor do direito, do ponto de vista jurídico, é desobrigar terceiros a respeitá-lo. E isso a concepção forte, fundada na igualdade liberal, não permite.²

A questão posta então em primeira e provisória conclusão é esta: os direitos são trunfos contra a maioria. Impõe-se o exame dessa asserção e de uma outra que lhe é muitas vezes associada: a centralidade dos direitos na ordem constitucional.

Direitos como centralidade da ordem constitucional

É comum encontrarmos expressões que atribuem aos direitos fundamentais o papel de legitimação (ou normativamente de legitimidade³) da ordem constitucional e, por isso mesmo, serem o seu centro de gravidade. Essa doutrina tem signatários que vão de Ferrajoli (1999, p. 147) a Häberle (1997, p. 70) ou de Hesse (1998, p. 232-233) a Peces-Barba (1991, p. 19). Na América Latina, Cesar Landa, ex-presidente do Tribunal Constitucional do Peru, com apoio na revisão bibliográfica que faz de autores como Karl Popper (1995, p. 489ss.), Albert Hans (1975, p. 47ss.), Peter Häberle (2000, p. 36ss.), Ralf Dahrendorf (1990, p. 166ss.) e Lewis Coser (1956, p. 157ss.), enxerga os direitos fundamentais como o resultado civilizatório de um processo histórico de tentativas e erro (*trial and error*), que dá sentido não apenas à própria história, mas também à natureza, interpretando-as a serviço

da pessoa humana (Landa, 2011, p. 22). A Constituição garante a força normativa e a proteção dos direitos, que “operam como motor da sociedade e do Estado” (Landa, 2011, p. 22-23). Entre nós, Ingo Sarlet (2005, p. 77) também identifica os direitos fundamentais como “parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”.

O preâmbulo da Constituição brasileira não parece, à primeira vista, tão assertivo quanto aos direitos serem os valores supremos, mas *um* desses valores, ao enunciar que

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988).

É possível com alguma boa vontade interpretar os princípios da justiça e do bem-estar ou mesmo do desenvolvimento como direitos. Não será, porém, tarefa nem simples nem prescindível. É preciso ter-se em mente o sentido de direitos fundamentais bem entendido, de modo a evitar confusões. As correntes jusfilosóficas do liberalismo costumam diferenciar as questões de justiça (direitos individuais) das questões de bem (objetivos e, por vezes, direitos da coletividade), arrastando aquelas, na linguagem de Dworkin, a questões de princípios e estas a questões de política (Sampaio, 2013, p. 173).

Se assumirmos que certas questões dessa segunda categoria se podem subsumir às da primeira, é preciso avaliarmos as consequências dessa subsunção ao entendimento de direitos que trazemos ao debate. E suas implicações aos discursos de direitos como trunfos de minorias, quando, por exemplo, um direito ao bem-

² Não se pode afirmar que o STF adote a teoria de Dworkin, mas alguns extratos de suas decisões parecem indicar parentesco. Vejam-se: “O Poder Judiciário, n[º] processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano” (Brasil, 2009). “A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere ‘o monopólio da última palavra’ em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado” (Brasil, 2011).

³ Embora se possa aferir mais normativamente como manifestação prévia da soberania popular no curso do processo constituinte. A tese da ilimitação desse poder, fundada naquela soberania (*Autoritas non veritas facit legem*), começa a dar lugar a um processo que deve respeitar os próprios direitos, se não como fundamentais, pelo menos como direitos humanos. A legitimidade democrática, desde a sua autoconstituição, remete à implicação recíproca de poder e liberdade, autonomia pública e autonomia privada (Sampaio, 2013, p. 268ss.).

-estar ou ao desenvolvimento colidirem com o direito à liberdade ou à segurança jurídica. Se continuarmos a insistir numa inviolabilidade desses em relação àqueles, então não serão mesmo direitos fundamentais em sentido próprio. Sequer o recurso a uma primazia em abstrato salva a genealogia jusfundamental.

Podemos aduzir o primado da indivisibilidade dos direitos individuais e coletivos como resposta ao problema. Estaremos, porém, modificando a concepção liberal a uma orientação social, mas será difícil mantermos a integridade dos princípios sobre as políticas em sentido dworkiano puro. E parece ser essa a exigência de uma teoria dos direitos fundamentais baseada na Constituição brasileira. Podemos não refutar a noção de direitos como trunfos da minoria, se recuperarmos a igualdade e imaginarmos que o direito ao desenvolvimento ou ao bem-estar pode ser usado como reivindicação da minoria social, jurídica e economicamente oprimida, sem voz ou vez.

A reconstrução que se tem de fazer na titularidade daqueles direitos os corrói a uma coletividade mais identificada como grupo social e não como totalidade, não podendo ser usada como argumento de bem comum ou constitutivo de um interesse geral, senão como direitos ou situações subjetivas daqueles grupos desfavorecidos. Essa reconstrução esbarra, todavia, nos direitos cuja titularidade é de todos indistintamente, a exemplo do direito fundamental ao meio ambiente sadio ou ecologicamente equilibrado. Não podemos estabelecer uma linha de corte entre detentores e não detentores de poderes fáticos, políticos ou econômicos, pois não há discurso de igualdade que sustente o tratamento diferenciado. Estaremos ainda assim tratando de uma questão de princípios ou mais bem de políticas?

A resposta pode ser afirmativa, se introduzimos a justificação de uma justiça ambiental que une gerações. Não, porém, sem problemas, pois se os direitos individuais clássicos são tipicamente uma questão de justiça (do ser livre e igual a outros seres livres e iguais), o direito ao meio ambiente exige a introdução do conceito de solidariedade ou de fraternidade que parece comprometer as bases do individualismo liberal. Esse, no entanto, já é um problema posto pelos direitos sociais, econômicos e culturais com a necessidade de associação da justiça social como seu fundamento de essencialidade. Entre tais direitos, a igualdade também reclama a conectividade de sujeitos solidários ou fraternos.

A ferro e fogo, não se trataria de direitos fundamentais, portanto. Mas esse vezo é gerado pelo atomismo e não pelo individualismo liberal. Uma sociedade atomizada se compõe de mônadas egoístas e autocentradas que militam por uma liberdade que cresce sob o signo

de uma competição desenfreada por poder. Uma sociedade assim não suportaria ao tempo, ruindo por seus eternos conflitos. O individualismo liberal, ao contrário, pressupõe a intersubjetividade, nela se expressando. A liberdade e a igualdade se realizam como predicados de sujeitos livres e iguais, cuja convivência requer necessariamente alteridade. Liberdade, igualdade e solidariedade (ou fraternidade), portanto, se implicam reciprocamente.

Esse ambiente não recusa o liberalismo, realiza-o mais adequadamente. Isso não invalida a oposição *prima facie* à derrogação de direitos por bens coletivos como interesse público. Esse detalhe chamou a atenção de Alexy, levando-o à relativização prática de direitos a tais interesses. Operacionalmente, princípios e políticas podem passar pelo filtro da ponderação (Alexy, 1993).

Afora o modelo estrutural dos princípios e de uma residual operação de custo-benefício da proporcionalidade estrita, a tese de Alexy tem seus méritos. A submissão eventual de direitos a bens coletivos não apenas está posta nos códigos e leis em todos os sistemas democráticos como é condição de possibilidade da existência social. Haveria, entretanto, uma primazia desses sobre aqueles. Se, num conflito jusfundamental próprio (direitos *versus* direitos), a prevalência de um sobre outro direito deve ser fundamentada em argumentos que a justifiquem, no caso de conflito impróprio, entre um direito e um interesse coletivo, a argumentação para eventual prevalência desse sobre aquele é ainda maior.

Não bastam apelos retóricos ou recursos a argumentos de autoridade como “ordem pública” ou “bem comum”, sendo exigida a demonstração convincente de que a sociedade (ou os direitos) estaria em sério risco ou mesmo em perigo, se não fosse adotada uma política que a promovesse. Argumento de bem-estar, por si mesmo, é insuficiente. Por tudo que foi expresso, parece que os direitos nem sempre funcionam como trunfos contra a maioria, o que nos obrigaria a rever a conclusão provisória do item anterior. E, segundo essa perspectiva, não funcionariam como trunfos quando a própria integridade desses direitos ou a sobrevivência da sociedade estiverem seriamente ameaçadas. Ainda que dotada de excepcionalidade, seria de dar-se, então, mais uma trufa à maioria.

Seria, mas não é o caso. Embora direito da coletividade, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado embute o mesmo conflito entre maioria e minoria que está de modo latente ou deflagrado nos demais direitos. Ele contraria a lógica perversa do progresso que privatiza o lucro e socializa seus malefícios. Segundo essa lógica, o poluidor, embora possa sofrer as consequências da poluição ou do “efeito colateral do progresso”, é o único ou mais bem aquinhoado com

os frutos da exploração econômica. Esse quadro se apresenta ainda mais injusto, se considerarmos que há também uma desigualdade da distribuição dos danos ambientais. As áreas mais pobres dos espaços urbanos, dos países e do planeta acabam sendo as mais degradadas. Não parece, portanto, exagero afirmar que o direito ao meio ambiente sadio é, nesse sentido, um direito de defesa das minorias.

O nosso tema é, todavia, a centralidade lógica, deontológica e axiológica dos direitos na ordem constitucional. Escutemos o que dizem os tribunais da jurisdição constitucional sobre o assunto. Sem tempo para um exame comparativo aqui – e remetendo a outro trabalho –,⁴ apenas anteciparemos que, sob apelo lógico ou retórico, essa é a compreensão reiteradamente manifestada pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil, 1995; Sampaio, 2003, p. 734). Notemos, por exemplo, a proclamação enfática feita no seguinte pronunciamento: “A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível. O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta. Com essa vedação, pretendeu o constituinte tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado” (Brasil, 1991).

Já se afirmou também que a ordem constitucional brasileira reconhece “desde o seu preâmbulo ‘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 o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza” (Brasil,

2008). Em outra ocasião, disse-se que a “prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional” (Brasil, 2007), a referir-se ao sistema de direitos. O repertório jurisprudencial daquela Corte também atribui aos direitos a natureza de “paradigma ético-jurídico” para controle dos atos do poder público.⁵

Resta-nos avaliar, todavia, se no âmbito das políticas públicas esse apelo de centralidade se reproduz.

A centralidade relativa dos direitos na prática política

Se os direitos são, mais ou além de cartas de trunfo, a centralidade da ordem constitucional, como acentuam os autores e a jurisprudência, seria de se esperar que o Poder Público lhes conferisse prioridade sobre outras políticas e ações. Uma forma de se aferir essa prioridade é dada pela maior alocação e uso de recursos públicos em sua promoção. Poder-se-ia questionar essa tese, afirmando-se que não é dado ou certo que uma política de promoção de um direito seja tanto mais eficaz quanto mais dinheiro seja afetado ao seu custeio, sendo possível que o nível de satisfação jusfundamental até justifique dispêndio menor.

Se, porém, os indicadores de efetividade apontarem para déficits de promoção ou estivermos diante de desperdícios de dinheiro público ou de alocação insuficiente, ou de ambas as coisas, as conclusões podem ser outras. No Brasil, os registros históricos apontam para déficits de eficácia tanto de direitos classicamente liberais, como a vida e a propriedade, quanto de direitos sociais. Altos índices de homicídio que superaram os que apresentam territórios em guerra⁶ se aliam a baixos indicadores sociais. Embora já tenham sido 60% maiores em 1995, os 10% mais ricos ganhavam,

⁴Veja-se, na Espanha: “los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”: STC 21/1981, de 15 de junio, f.j. 15 (Bastos, 2010, p. 152). Na Colômbia: “La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad. De ahí pues, que los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales” (Colômbia, 1998).

⁵Veja-se, por exemplo, Ext 1039/RFA, julgada em 21/06/2007; 953/RFA, julgada em 28/09/2005; 977/PT, julgada em 25/05/2005; 897/R.Tcheca, julgada em 23/09/2004. A centralidade, assim como a premissa de trunfos são, de certo modo, prejudicadas pela “doutrina dos direitos fundamentais relativos”: “O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do *interesse social* e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da *ordem pública* ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (Brasil, 1999, grifo nosso).

⁶Segundo estudos realizados pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO), “na década 2002/2012, o número total de homicídios registrados pelo Sistema de Informações de Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde passou de 49.696 para 56.337, o que representa um incremento de 13,4%, semelhante ao incremento populacional do período que, segundo estimativas oficiais, foi de 11,1%. Mas o que realmente impressiona nesses números são suas magnitudes. No ano de 2012, com todas as quedas derivadas da Campanha do Desarmamento e de diversas iniciativas estaduais, aconteceram acima de 56 mil homicídios. Isso representa 154 vítimas diárias, número que equivale a 1,4 massacres do Carandiru a cada dia do ano de 2012. Na década analisada, morreram, no Brasil, nem mais, nem menos: 556 mil cidadãos vítimas de homicídio, quantitativo que excede, largamente, o número de mortes da maioria dos conflitos armados registrados no mundo” (Waiselfisz, 2014).

em 2010, 50 vezes mais do que os 10% mais pobres. No México e no Chile, esse percentual girava em torno de 27%; 15 nos Estados Unidos e 7 na Alemanha e na França (Gianini e Aragão, 2012). Embora tenhamos melhorado nos últimos dez anos, com a retirada de cerca de 23 a 27 milhões de pessoas da pobreza, nossa desigualdade ainda é alarmante. Em 2010, o Brasil era o terceiro país mais desigual da América Latina e um dos piores do mundo com o índice GINI na casa dos 56 pontos, empatado com o Equador. Concentração de renda ainda mais deplorável só era encontrada na Bolívia, em Camarões e em Madagascar, com 60, e na África do Sul, Haiti e Tailândia, todos com 59. No relatório de 2013, melhoramos nossa classificação com o índice de 45,9 pontos, à frente do México (48,2) e atrás da Bolívia (42,5) e da Argentina (38,8) (ONU, 2013). Já no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), o Brasil, com 0,744, ocupava em 2013 a 79ª colocação entre os 187 países e territórios reconhecidos pelas Nações Unidas (ONU, 2014). Como vemos, melhoramos, mas continuamos socialmente injustos e houve quem melhorasse bem mais do que nós.

Talvez, em parte, devido à eficiência das políticas públicas adotadas, de quando em vez, prejudicada

por desvios de conduta de agentes públicos e privados. Segundo o Índice de Percepção da Corrupção, calculado pela ONG Transparência Internacional para 2013, o Brasil estava na 72ª colocação, entre 177 países, na mesma posição da África do Sul, Bósnia e Herzegovina, São Tomé e Príncipe, e Sérvia, perdendo, na América Latina, porém, apenas para Uruguai e Chile (Menezes, 2013). Seria, então, de se esperar que fossem adotadas medidas tanto para aprimorar os resultados das políticas quanto para ampliar o grau relativo de afetação dos dispêndios públicos para corrigir os déficits existentes.

Um quadro comparado da execução do orçamento federal dos exercícios de 2012 a 2014 (aqui em perspectiva) revela outra realidade, no entanto. A alocação prioritária de gastos tem sido feita para outros objetivos, designadamente, amortização e serviços da dívida pública, consumindo, respectivamente, 43,98%, 40,30% e 42,04% do total dos gastos (esses na casa de R\$ 1,7, 1,8 e 2,4 trilhões). Os serviços previdenciários, associados aos direitos securitários, atingiram 22,47%, 24,11% e 19,87%, respectivamente. São os direitos, do ponto de vista dos gastos, prioritários. Trabalho e assistência social totalizaram entre 5,5% e 7% dos montantes; as despesas com saúde ficaram na casa dos 4% e

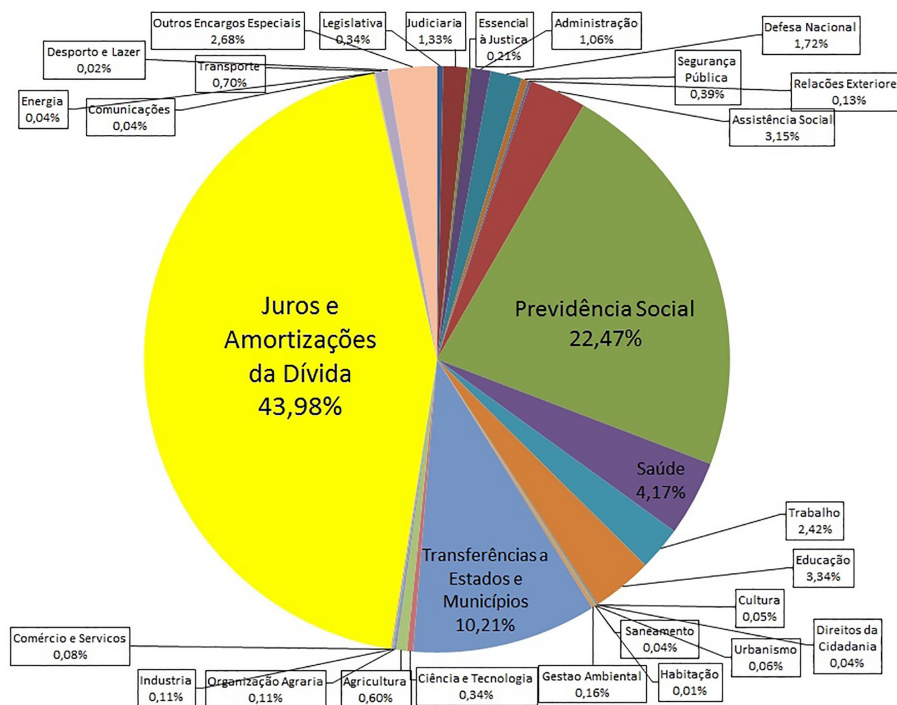


Gráfico I. Execução orçamentária de 2012.

Graph I. Budget execution of 2012.

Fonte: Auditoria Cidadã da Dívida (s.d.).

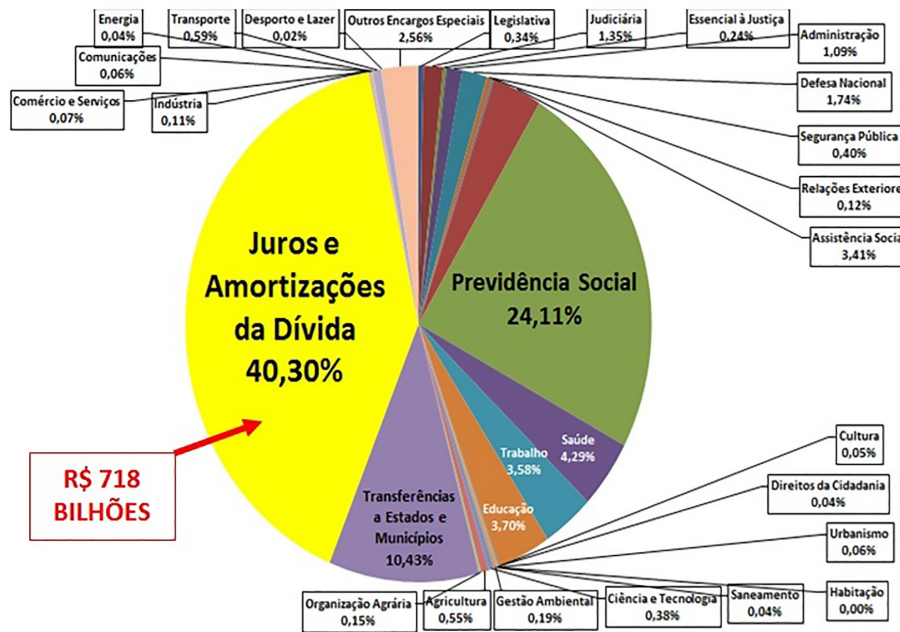


Gráfico 2. Execução orçamentária de 2013.

Graph 2. Budget execution of 2013.

Fonte: Auditoria Cidadã da Dívida (s.d).

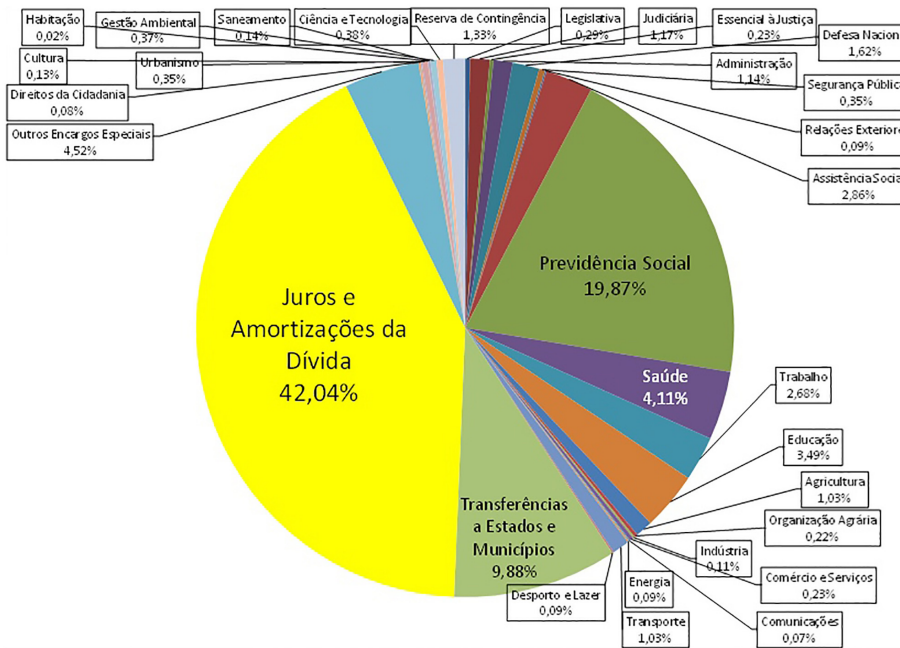


Gráfico 3. Execução orçamentária prevista para 2014.

Graph 3. Budget execution planned for 2014.

Fonte: Auditoria Cidadã da Dívida (s.d).

com educação entre 3,3% e 3,7%. Ao transporte, coube de 0,59% a 1,03%, enquanto ao saneamento e à gestão ambiental foi destinado de 0,20% a 0,53%; à segurança pública de 0,35% a 0,40% e à cultura, de 0,05% a 0,13%. A habitação e o urbanismo ficaram com 0,06% a 0,37%, e os direitos da cidadania com 0,04% a 0,08%. Esses percentuais nem sempre envolvem gastos diretos com serviços ou promoção dos direitos. Assim, a segurança pública envolve dispêndios que vão além da proteção direta da incolumidade física e do patrimônio das pessoas. As despesas com transportes envolvem os investimentos em infraestrutura. Como podemos notar, a política da dívida – e não a promoção dos direitos – é a ação prioritária do governo federal. Ainda que se somem todos os gastos com direitos, fazendo tábula rasa de sua aplicação direta, chegaremos à conclusão de que a dívida pública e o custeio da máquina pública dividem, se não dominam, a atenção do Poder Público federal (Auditoria Cidadã da Dívida, s.d.).

Parece, portanto, questionável a asserção de que os direitos fundamentais no Brasil são faticamente o centro de gravidade da ordem constitucional. Um passo adiante ainda se pode dar: a quem beneficia esse quadro alocativo de recursos? Aos credores da dívida pública brasileira, que são, no sentido econômico e político, a maioria. Podemos, então, concluir que o governo brasileiro adota uma política inconstitucional, ao privilegiar a dívida sobre os direitos. Ou que o faz assim para assegurar o regular funcionamento da economia e possibilitar a progressiva eficácia dos direitos. Imaginemos, em homenagem à boa fé, que seja esse o caso: o motor da dívida faz os direitos rodarem. Ou, por outra, a maioria financia a realização dos direitos. Um argumento e um pretexto que, adoçados pela retórica da centralidade jusfundamental, conferem mais uma trufa para a maioria.

Conclusão: a natureza das asserções e premissas

As análises desenvolvidas no trabalho nos autorizam a sustentar que tanto a asserção dos direitos como trunfos da maioria quanto a da centralidade dos direitos são enunciações filosóficas de matriz liberal que funcionam como premissas lógico-formais das quais se podem deduzir consequências. Uma delas seria o controle de constitucionalidade como técnica de sua garantia. São, nessa mesma ordem de ideias, postulados práticos,⁷

porque estão fundados em razões para o agir, e princípios jurídicos estruturantes ou funcionais, a depender da linha teórica adotada, que orientam a interpretação das normas, constitucionais inclusivamente.

Não raras vezes, porém, são usados como apelos retóricos e, nalguns casos, como mera petição de princípios. Servem como tentativas de legitimação argumentativa de decisões que ferem os comandos ou as consequências que prescrevem. No âmbito da política e da administração, ganham a natureza perlocucionária e alienante (Austin, 1986, p. 103), induzindo os destinatários à compreensão falseada do que realmente sucede. A realidade é, portanto, interpretada sob seu encanto. Nesse ambiente distorcido, o discurso dos direitos como trunfos das minorias legitima o domínio da maioria e o seu prazer pelas trufas do poder.

Significa que devemos abandoná-los em razão disso? Não. Havemos de desenvolver estratégias e ações que revertam as distorções. Conhecer a sua matriz é o primeiro passo transformador. E lutar para que de enunciados práticos se convertam em princípios jurídicos efetivos (ver Ferrajoli, 1999). Cuida-se de um dever republicano (a organização política tem em seu centro um dever de fraternidade e de igual tratamento [Dworkin, 2003, p. 242-243, 250]). E de uma luta civilizatória.

Referências

- ALEXY, R. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 607 p.
- AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA. [s.d.]. Gráficos do Orçamento de 2012, 2013, 2014. Disponível em: <http://zip.net/blnwpj>. Acesso em: 15/09/2014.
- AUSTIN, J.L. 1986. *How to do Things with Words*. Oxford, Oxford University Press, 166 p.
- BASTOS, C.L. 2010. *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*. Madrid, Editorial Reus, 323 p.
- BRASIL. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 17/06/2015.
- BRASIL. 2009. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 96772/SP. J. 09/06/2009.
- BRASIL. 2011. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 477554/MG. J. 16/08/2011.
- BRASIL. 1999. Supremo Tribunal Federal. MS 23452/DF. J. 16/09/1999.
- BRASIL. 2008. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 3510/DF. J. 29/05/2008. Disponível em: <http://zip.net/bpp5ff>. Acesso em: 05/11/2013b.
- BRASIL. 1995. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ap 307 DF. DJ. 13/10/1995.
- BRASIL. 2007. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC-MC 90751/SP. J. 8/3/2007. Disponível em: <http://zip.net/bfp4x7>. Acesso em: 05/12/2013.

⁷ No sentido da distinção, ver Sampaio (2013, p. 368).

- BRASIL. 1991. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RHD 22/DF. J. 19/09/1991. Disponível em: <http://zip.net/bbp4Lp>. Acesso em: 15/12/2013.
- COLÔMBIA. Tribunal Constitucional. Sentencia T-068/98. Disponível em: <http://zip.net/bwswvZ>. Acesso em: 05/12/2013.
- COSER, L. 1956. *The Functions of Social Conflict*. New York, The Free Press, 188 p.
- DAHRENDORF, R. 1990. *The Modern Social Conflict: An Essay on the Politics of Liberty*. Berkeley, University of California Press, 219 p.
- DWORKIN, R. 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge, Harvard University Press, 425 p.
- DWORKIN, R. 2003. *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 513 p.
- DWORKIN, R. 1978. *Taking Rights Seriously*. London, Duckworth, 293 p.
- FERRAJOLI, L. 1999. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 180 p.
- GIANINI, T.; ARAGÃO, M. 2012. O abismo ficou menor. *Coluna do Ricardo Setti*, 18/04/2012. Disponível em: <http://zip.net/bwp4h2>. Acesso em: 16/10/2014.
- HÄBERLE, P. 1997. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel, Pontificia Universidad Católica del Perú, 432 p.
- HÄBERLE, P. 2000. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid, Tecnos, 161 p.
- HANS, A. 1975. *Traktat über kritische Vernunft*. Tübingen, Paul Siebeck, 190 p.
- HESSE, K. 1988. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 576 p.
- LANDA, C. 2011. La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. In: V. BAZAN; C. NASH (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: Fuerza normativa de la Constitución*. Montevideo/Santiago, Fundación Konrad Adenauer/Universidad de Chile, p. 17-42.
- MENEZES, D. 2013. Brasil cai em índice de percepção de corrupção. Contas Abertas de 03/12/2013. Disponível em: <http://zip.net/bvp45T>. Acesso em: 14/10/2014.
- NOVAIS, J.R. 1996. Renúncia a direitos fundamentais. In: J. MIRANDA, *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra, Coimbra Editora, p. 232-273.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). 2013. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Humanity Divided: Confronting Inequality in Developing Countries*. Nova York, PNUD. Disponível em: <http://zip.net/bgp4Cv>. Acesso em: 05/10/2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). 2014. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório do desenvolvimento humano 2014: Sustentar o progresso humano: reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência*. Nova York, PNUD. Disponível em: <http://zip.net/bqp5sVW>. Acesso em: 01/11/2014.
- PECES-BARBA, G. 1991. *Curso de derechos fundamentales: Vol. I: Teoría general*. Madrid, Eudema, 270 p.
- POPPER, K. 1995. *Open Society and Its Enemies*. London, Routledge & Kegan Paul, 470 p.
- SAMPAIO, J.A.L. 2003. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 1015 p.
- SAMPAIO, J.A.L. 2013. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte, Del Rey, 856 p.
- SARLET, I.W. 2005. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 464 p.
- WAISELFSZ, J.J. 2014. *Mapa da violência 2014: Os jovens do Brasil. Sumário executivo*. Rio de Janeiro, FLACSO Brasil, 188 p. Disponível em: <http://zip.net/bjp4n1>. Acesso em: 20/10/2014.

Submetido: 17/06/2015

Aceito: 12/08/2015