

Organizadores

Robison Tramontina

Sonia Maria Cardozo dos Santos

Guilherme Henrique Marques Pinto

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Aspectos teóricos e práticos dos Direitos Fundamentais
Sociais: Tomo VI*



Editora Unesp

ISBN 978-85-8422-072-4



9 788584 220724

Organizadores

Robison Tramontina

Sonia Maria Cardozo dos Santos

Guilherme Henrique Marques Pinto

ISBN 978-85-8422-072-4

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Aspectos teóricos e práticos dos Direitos Fundamentais
Sociais: Tomo VI*



Editora Unesp

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva
Revisão metodológica: Talita Varella da Silva
Projeto Gráfico e Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

A838 Aspectos teóricos e práticos dos Direitos Fundamentais Sociais:
Tomo VI / organizadores Robison Tramontina, Sonia Maria
Cardozo dos Santos, Guilherme Henrique Marques Pinto. –
Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. – (Série Direitos Fundamentais
Sociais)
545 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-072-4

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos - Filosofia. I. Tramontina,
Robison. II. Santos, Sonia Maria Cardozo dos. III. Pinto, Guilher-
me Henrique Marques. IV. Série CDD 340.

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa,
Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates
Ribeiro Jovani Antonio Stefani
Lisandra Antunes de Oliveira
Eliane Salete Filipim
Luiz Carlos Lückmann
Carlos Luiz Strapazzon
Gilberto Pinzetta
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron
Marcieli Maccari

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (Unoesc, Brasil)
Carlos Strapazzon (Unoesc, Brasil)
Francesco Saitto (La Sapienza, Italia)
Mercè Barcelò i Serramalera (UAB-Espanha)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Ivan Obando Camino (Talca, Chile)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
CAPÍTULO I - FILOSOFIA E TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS - HISTORICIDADE, EVOLUÇÃO E CONTEMPORANEIDADE	11
Paulo Cuconato	
A POBREZA MULTIDIMENSIONAL NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	33
Carlos Luiz Strapazzon Clarice Mendes Dalbosco	
DIREITOS HUMANOS, DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNERO	57
Candy Florencio Thome	
A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: A NECESSÁRIA CONJUGAÇÃO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL	77
Daiane Garcia Masson, Rogerio Luiz Nery da Silva	
O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ADVENTO DO DIREITO-DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL	101
Jaime Leonidas Miranda Alves, Francele Moreira Marisco	
POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS	121
Darléa Carine Palma	
AXEL HONNETH E A LUTA POR RECONHECIMENTO NA CONTEMPORANEIDADE	145
Riva Sobrado de Freitas, Elaine Julliane Chielle	

CAPÍTULO II - DEMOCRACIA, ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL E CONTROLE JURISDICIONAL

**A DIMENSÃO PÚBLICA DE BENS PRIMÁRIOS INDIVIDUAIS; PROPOSTA
PARA A SUSTENTABILIDADE DA DEMOCRACIA171**

Natercia Sampaio Siqueira, Gina Vidal Marcílio Pompeu

**A ATIVAÇÃO DAS PESSOAS EM CENÁRIOS DE CRISE: O PAPEL DO
WELFARE STATE195**

Alexandre Elio Scariot

**ESTADO DE BEM-ESTAR NO BRASIL: CARACTERÍSTICAS E
PERSPECTIVAS215**

Ludmila Kolb de Vargas Cavalli

**OS PROGRAMAS DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA NO BRASIL
E NA AMÉRICA LATINA: INTERSETORIALIDADE E CONTINGÊNCIAS
SOCIAIS237**

Tatiani Azevedo Lobo, Marli Marlene Moraes da Costa

**AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS E SUA RELAÇÃO COM A GARANTIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO CONTROLE
JURISDICIONAL.....259**

Fernando Roberto Schnorr Alves, Vinícius Oliveira Braz Deprá

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CONTROLE JURISDICIONAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES
EM PAUTA NO JULGAMENTO DO RE-580252 PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL285**

Marcelo Dias Jaques

CAPÍTULO III - SEGURIDADE SOCIAL E DIREITO DO TRABALHO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS DA SEGURIDADE SOCIAL E OS
POSTULADOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL317**

Adilso Antonio Santin

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL BRASIL.....339
Silvana Barros da Costa

A SEGURIDADE SOCIAL - RELAÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL - CONTRAPONTO COM A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL369
Elda Miranda Russo

ACIDENTES DE TRABALHO: AÇÃO REGRESSIVA COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO E PUNIÇÃO PARA O EMPREGADOR.....401
Samoel Sander Mühl

FLEXIBILIZAÇÃO: ALTERNATIVA VIÁVEL PARA A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO?421
Jaqueline Bitencourtt

CAPÍTULO III - SUSTENTABILIDADE, NOVAS TECNOLOGIAS E DIREITO AMBIENTAL

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS447
Fábio Hanauer Balbinot, Wilson Steinmetz

A CONSTITUCIONALIDADE ECOLÓGICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM OLHAR SOBRE A RESPONSABILIDADE MUNICIPAL ACERCA DA PROMOÇÃO DO RESPEITO AMBIENTAL469
Aline Oliveira Mendes de Medeiros

OS CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS DIANTE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: CONCRETIZAÇÃO DO FEDERALISMO COOPERATIVO495
Aline Oliveira Mendes de Medeiros

EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES GLOBAIS: ENTRE A FRAGILIDADE E A OPORTUNIDADE DA REGULAÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS.....519
Paulo Junior Trindade dos Santos, Wilson Engelmann, Cristian Wittmann

APRESENTAÇÃO

Os Direitos Fundamentais Sociais (econômicos, sociais e culturais) podem ser entendidos como as estruturas possibilitadoras da vida humana digna e decente. Eles são imprescindíveis, nos diversos âmbitos, para o desenvolvimento individual e social. Constituem as pilstras morais e jurídicas do bem viver.

Sendo assim, torna-se imperioso, no contexto acadêmico, investigações sérias e inovadoras sobre os referidos direitos. A pretensão de tais empreendimentos deve ser descortinar seus meandros estruturais e apresentar propostas para consolidá-los e torná-los efetivos.

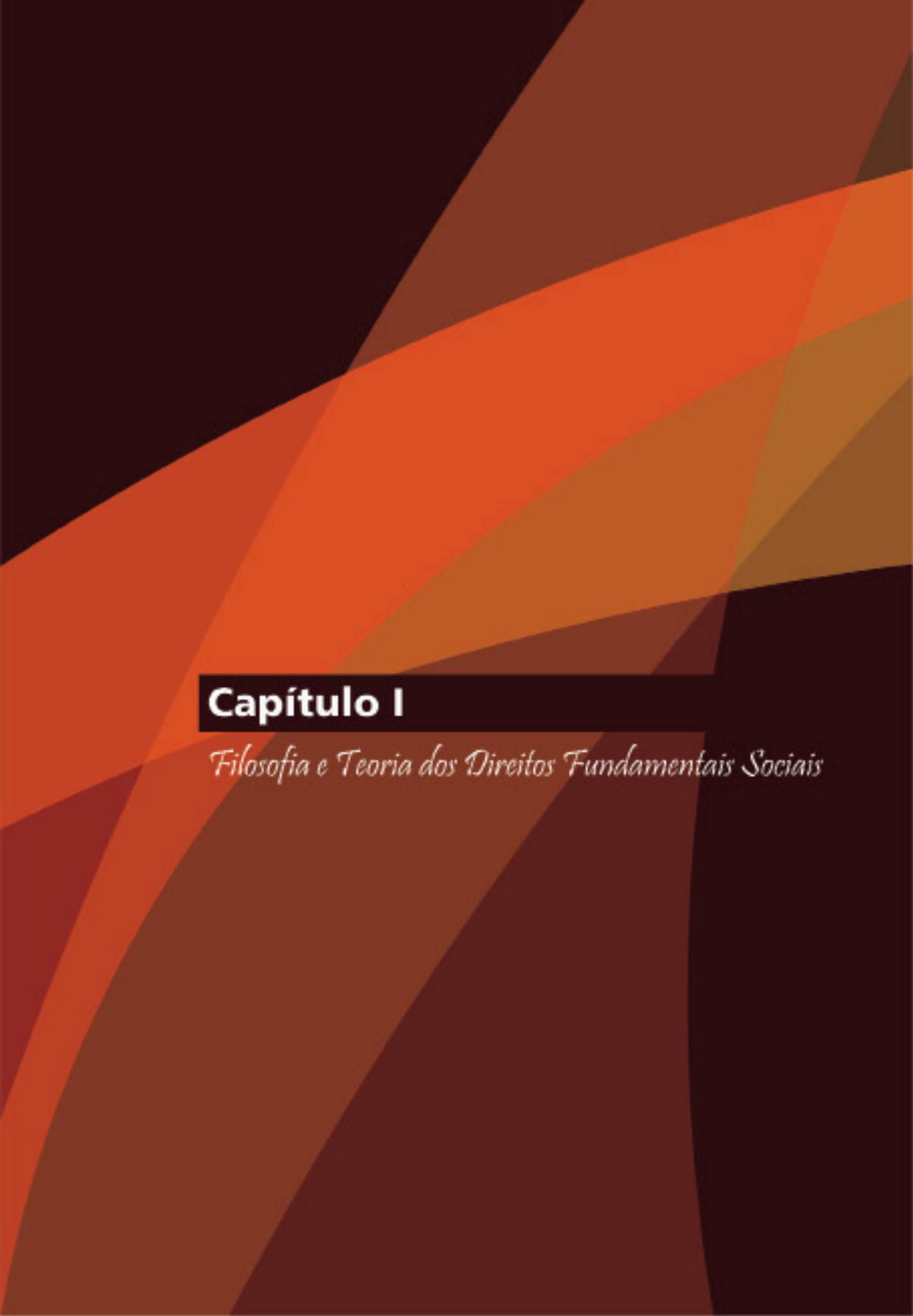
Para atender essa demanda teórica e prática, o PPGD em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) realizou, em Chapecó, entre os dias 21 e 23 de outubro, o Unoesc International Legal Seminar - Spring 2015. O evento contou com o apoio da Rede Brasileira de Direitos Fundamentais (PUC-RS, Unibrasil, Unisc, Unifor, Unifieo, USP-RP).

Os artigos que constituem este *e-book* passaram por avaliação prévia (*double-blind review*), foram apresentados e discutidos no GT de Direitos Fundamentais Sociais durante o supracitado evento. São textos redigidos por pesquisadores (docentes, discentes, doutores, mestres e mestrands) que se encontram em estágios diferentes de suas respectivas investigações. Contudo, de forma alguma, a qualidade das pesquisas resta prejudicada.

Em termos estruturais, para assegurar unidade temática e organicidade à obra, esta foi dividida em quatro blocos temáticos, a saber: a) Filosofia e Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais; b) Democracia, Estado de Bem-Estar Social e Controle Judicial; c) Seguridade Social e Direito do Trabalho; d) Sustentabilidade, Novas tecnologias e Direito Ambiental.

Desejamos a todos uma ótima leitura!

Os organizadores.



Capítulo I

Filosofia e Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS - HISTORICIDADE, EVOLUÇÃO E CONTEMPORANEIDADE

Paulo Cuconato *

RESUMO

Este trabalho discorre sobre uma possível análise da complexa temática que envolve os Direitos Fundamentais sociais diante de forma interdisciplinar com as demais ciências humanas. Neste entrelaçar da história com o direito e respectivamente com a filosofia, psicologia, a sociologia e antropologia são regradas desde o seu conceito, antecedentes históricos, influências religiosas e concepções relativas à evolução do ser humano e a dignidade da pessoa humana, na doutrina jurídico-constitucional. Esta abordagem considera a importância do tempo na régua cronológica diante dos marcos históricos relevantes quanto à origem e evolução das normas codificadas, conceitos doutrinários e demais fundamentações científicas de filósofos, antropólogos, cientistas e juristas com seus respectivos entendimentos e diálogos relativos ao contexto evolutivo da efetividade real nas sociedades modernas; e das garantias de suas aplicações, influências e inclusive a questão do direito econômico. Diante da análise efetuada, pôde-se constatar a pluralidade do discurso procedimentalista de Habermas e a sua importância na perspectiva perante as sociedades humanas no que tange as suas formas participativas, eficazes e efetivas dos direitos fundamentais sociais; ao se considerar a sua própria complexidade, que emanam da teoria do discurso, do poder da razão e da ação da comunicação na sua efetividade junto as possibilidades da cognição nas teorias da política e do direito que concorrem ao somatório do processo democrático. Várias essências e intersecções

* Mestre em Direito, área de concentração em Direito Público e Evolução Social na linha de pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo pela Universidade Estácio de Sá; Graduado em Direito pelo Centro Universitário Geraldo Di Biase; Rua Barão do Amazonas, 124, 25685-070, Petrópolis, Rio de Janeiro, Brasil; cucopaulo@gmail.com

na teórica do diálogo aliado ao segmento participativo de cidadania são analisadas em consonância ao desenho do panorama da vida real ao assegurar maiores bens juridicamente tutelados.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Cidadania. Políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

O ciclo evolutivo da sociedade é externado a partir da sua cultura e dos traços antropológicos que a fundamenta. Diante disso nada mais perfeito nesse alicerçamento de suas bases do que os prerrogativos inerentes dos Direitos Fundamentais que traçam todo o respectivo mapa evolutivo, tendo como pilar mestre os Direitos Naturais que codificam todos os conjuntos de valores, bom senso e equidade da cultura de um povo. Uma vez que tais direitos consistem na base histórica oriunda de uma incessante observância e efetivação dos Direitos Naturais com sustentam e dá vida a complexa sociedade contemporânea nas suas diferentes matizes.

O Direito Positivado, normativo, soma-se aos acontecimentos da vida moderna e sofre influência de ações transformadoras dessa incessante mudança, acometida pelo homem. Cabe ressaltar que as crescentes demandas, aspirações e idealizações manifestadas são oriundas dessa constante mutação. A forma multifacetada de sentidos e possíveis interpretações são regradas diante de uma vigência de um ordenamento jurídico, no qual vigora uma supremacia constitucional com um expansivo e complexo normativo. O sistema jurídico como o grande guardião possui força para disseminar e irradiar, a toda sociedade, sua força normativa.

Os primeiros mecanismos de proteção individual, em seus aspectos históricos, surgiram em um tempo remoto, no antigo Egito e Mesopotâmia. Região que foi o berço de uma cultura milenar com seus deuses, divindades sacerdotais, crenças místicas e ainda, em sua maioria, envoltas pelo mistério e curiosidades não desveladas

completamente até os dias de hoje. O Código de Hamurabi datado de 1960 a.C. consistiu na primeira codificação dos Direitos Comuns a todos os homens. Ele partiu de uma visão humanitária como o Direito a Vida, a Propriedade, a Dignidade bem como a relevância a supremacia das Leis em relação aos seus governantes. Esse código foi feito pelo Rei de Hamurabi, Khammu-Rabi, Rei da Babilônia por volta do século XVIII a II a.C., erigido um enorme elemento rochoso “*estela em diorito*”. Ele possui vinte e uma colunas codificadas com duzentas e oitenta duas cláusulas. Conforme Comparato (2011, p. 589), em seus estudos aprofundados, descreveu que no Período Axial nos séculos VIII a II a.C. com o surgimento do Monoteísmo, foram achados supostos resquícios primitivos, responsáveis então pela origem histórica dos Direitos Fundamentais. Nasceu, por assim dizer, a filosofia, substituindo a mitologia pela lógica da razão. A partir de uma retrospectiva histórica, ela influenciou o comportamento cultural do homem como a Tragédia Grega, e transformou-o à condição de ser objeto de reflexão e estabeleceu os primeiros Princípios e diretrizes Fundamentais de vida. Ainda nesse referido Período Axial, o ser humano passou a ser considerado na história pela primeira vez, em sua igualdade essencial, portador de direitos tais como: liberdade, razão, religião, raça, diferença sexual e costumes sociais. Nessa égide foram lançados os fundamentos intelectuais, a compreensão da pessoa humana, somados aos Direitos Universais que surgiram na Grécia Antiga através dos pensamentos Sofistas e Estóicos, as noções de Leis não escritas, opostas as Leis escritas e de reconhecimento universal; não resumidas ou restritas as leis de um só povo. A evolução do fundamento moral soma-se ao pensamento religioso, como justificativa do Direito Natural. Desses preceitos surgiram as concepções do Cristianismo, que primaram pelo entendimento que todos os homens eram irmãos enquanto filhos de deus; sendo este um dos fundamentos que deu a base protetiva aos Direitos de Igualdade, onde então o Direito

Natural, passaria a ser superior e anterior a ordenação Estatal, por isso, nem o Estado e nem o próprio homem poderiam subtraí-lo.

Segundo o excelso jurista renomado e saudoso autor italiano Bobbio (2002, p. 207), em respeito a sua metodologia e ao grande legado por ele deixado para o mundo; afirmava que a segunda fase dos Direitos Fundamentais, começava a partir do momento que estes passavam a ser positivados pelos respectivos Estados. Segundo Comparato (2011, p. 589), mediante o uso de uma régua cronológica dos antecedentes históricos, descreveu que durante o período denominado de Baixa Idade Média os Poderes Políticos e Econômicos eram extintos. Os reis reivindicavam os seus poderes juntamente com o Papa. Disso se remontam a um passado distante, desde o período hebraico, civilizações da antiguidade clássica, pelos primórdios do cristianismo, considerando um importante marco histórico, tendo como primeira notícia de positividade a “*Magna Charta Libertatum*” no ano de 1215 d.C., assinada pelo Rei João da Inglaterra ou “*Rei João Sem Terra*”, que assinou esta Carta, objetivando uma forma de eliminar os conflitos surgidos frente aos Barões e Senhores Feudais, bem como o próprio Papa. A referida Carta visava os privilégios a nobreza, ao poderio feudal. No que tange aos Direitos Fundamentais e a sua importância, se deu, mediante o primeiro vestígio de limitações de poderes pela soberania do monarca. Marco este, que registrou a primeira vez na história Medieval, a limitação de poder de um Rei, pelas leis que ele mesmo editou. De uma forma breve, sem maiores delongas, devida complexidade tamanha, passar-nos-emos por alguns marcos históricos relevantes, somados a estes, a Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem, sua inspiração e fundamentação como na doutrina francesa que sinaliza o pensamento Cristão e a concepção dos direitos naturais como fontes principais de inspiração das Declarações de direitos. Fundada na insuficiente e restrita concepção das liberdades públicas, não atina com a necessidade de envolver nessa

problemática também os direitos econômicos, sociais e culturais, aos quais se chama brevemente “*direitos sociais*” (SILVA, 2007, p. 926).

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS, ORIGEM E EVOLUÇÃO

O conceito de direitos sociais como dimensões dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivadas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equidade de situações sociais desiguais. São por tanto, direitos que ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que cria condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade, (SILVA, 2007, p. 926).

Segundo Leal e Marques (2012, p. 223), todos os assuntos ao redor da temática que envolve os Direitos Humanos, estão ligados intrínseca e diretamente à história, pois qualquer justificação no que abriga esta matéria requer um tratamento analítico dessa natureza. A história dos Direitos Humanos nos posiciona diante de duas relações básicas e que se encontram:

1. Relação com a história em si mesma, que não significa tão-somente retroceder ao passado;
2. Relação com o conceito de Direitos humanos que é construído e demanda, necessariamente, de uma abordagem de cunho filosófico.

A metodologia segundo Lopes (2006, p. 303), na divisão dos direitos humanos e seus antecedentes históricos no Brasil, são por ele, postos em três fases, a saber:

1. Golpe Militar de 1969 até a morte de Wladimir Herzog e Manuel Fiel Filho, em 1975, na luta contra a tortura e pela integridade física do preso;
2. Entre os anos de 1975 a 1979, na “distensão lenta e gradual” do governo Geisel, na busca pela defesa da integridade do preso político e pelos direitos de cidadania política, marcada, em especial pelas manifestações dos movimentos sindicais e pela queda da censura;
3. A partir do ano de 1979 a luta pela conquista dos direitos econômicos e sociais para todos, especialmente com o objetivo de ampliação efetiva eficaz da democracia, do direito ao trabalho, à saúde, à educação, à moradia, à vida e a integridade física.

Diante de todo esse movimento político e discursivo das classes populares, fortificado na América Latina e inclusive no Brasil, ocorrido nas décadas de 1970 e 1980, perante a marginalização, é fato marcante do nascimento atual e do desenho dos direitos fundamentais, em especial e com destaque para os direitos sociais. Resultante de toda essa movimentação; houve a consagração: “[...] o surgimento da figura do sujeito popular e marginalizado como sujeito ativo na defesa da dignidade humana.”

Ainda segundo Lopes (2006, p. 303), tal transformação da prática dos direitos humanos ocorreu especialmente das demandas oriundas de pressões dos setores sociais em emergência, o que gerou o feitio de modulação nas concepções burguesas de lei e ordem, in-

corporando uma nova forma, um fio condutor de alterações estruturais na lida com o poder.

Ao retomar os ensinamentos do nobre autor Bobbio (2002, p. 207), em relação à identificação dos quatro momentos por ele definidos na formação dos Direitos Fundamentais do pensamento ocidental, estes se formalizam e iniciam-se nas ideias de direitos “naturais”, inerentes ao homem; passam à fase de descoberta e a aceitação dos chamados “direitos do homem”, quando de seu reconhecimento pela comunidade jurídica internacional. Contudo, ainda com a positivação desses direitos nas ordens nacionais, sendo, então, chamados de direitos no plano internacional (supranacional), alcançariam a nomenclatura de “direitos humanos”.

A real importância dos marcos histórico cabe mencionar; adviriam da revolução Inglesa de 1688, o qual se colocou uma nova concepção de Estado submisso à soberania popular e, por conseqüência, à constituição e ao seu conjunto de limitações (*Bill of Rights*) ao qual estava acorrentado o poder monárquico.

Nos séculos XVII e XVIII as teorias contratualistas enfatizaram a submissão do Estado ao indivíduo, na preservação dos direitos preexistentes àquele, resultantes da própria natureza humana. Referidas ideias influenciaram as Declarações de Direitos da Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789, que trataram de positivar uma gama de direitos tidos como “naturais” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 222 apud CALIL, 2012, p. 21).

Segundo Bobbio (2002, p. 207), a Declaração Universal, contém em sua plenitude de realização os direitos positivos universais. Esta abriga em seu cerne, a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais. Essas teoréticas contratualistas coincidem com a formação do conceito moderno de Estado que, a partir desta

fase, torna-se indissociável (positiva ou negativamente) do conceito de direitos fundamentais. E fazem necessários ao entendimento paritário diante da evolução desses direitos e o conceito de Estado. O conceito de liberalismo pode ser definido por uma doutrina do Estado limitado em seus poderes e em suas funções. “A noção corrente que serve para representar o primeiro é o Estado de direito (limites dos poderes); a noção corrente para representar o segundo é o Estado Mínimo (limites da função do Estado).”

A transição do Estado social diminuiu o perfil classista que outrora sustentavam os direitos de liberdade e os direitos sociais. O qual permitiu assim a mudança do governo representativo para a democracia representativa. Portanto, os direitos sociais progressivamente despertaram os interesses mais abrangentes das pessoas. O bem-estarismo entrou em falência devido aos altos custos e demais onerosidades criadas e maximizadas, tanto no âmbito financeiro quanto no burocrático. Isso proporcionou o crescimento de ações de reserva de mercado de formas corporativas e fraturou a quebra da competitividade perante os países de menor representatividade no que tange as medidas protetivas sociais.

2.2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS SOCIAIS

A internacionalização dos direitos humanos teve como marco inicial o pós-guerra, quando o mundo ainda assombrado pelas barbáries promovidas pelo holocausto que espalhou o medo, a fome, doenças, dor e mutilações não tão somente físicas, mas na essência das pessoas quantos cidadãos com direitos à vida e à liberdade promoveu uma nova ordem social. Segundo Piovesan (2010, p. 68), o mapa evolutivo dos direitos humanos foi traçado sob muito trabalho para a revitalização do referencial ético e orientador da ordem internacional contemporânea. Tal evento determinou uma remodelação do positi-

vismo no âmbito nacional adquirido, e fez surgir a transformação de uma forma mais cogente, rígida, em resposta as beligerantes abordagens lascivas contra a dignidade humana. A Carta das Nações Unidas de 1945 determinou a relevância da defesa dos direitos humanos, mesmo não passando uma forma mais concreta e solidificada destes direitos. No ano de 1948 mediante a presença da Declaração Universal, positivou o “[...] código comum e universal de direitos humanos”, que consolida uma “ética universal”, e “um molde interpretativo amplo dos direitos humanos” ou sistematizadora desses direitos. Mediante um verdadeiro lastro axiológico e de valoração, no campo do Direito. Diante dos vários ensinamentos de Bobbio (2004), temos:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado em *consensus omnium gentium ou humani generis*.

Na continuidade do processo de “juridicização” dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde se ensejou o maior nível de comprometimento moral e políticos dos partícipes, esta começou no ano de 1948 e terminou no ano de 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais, que são eles a saber: o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; segundo Comparato (2004, p. 589):

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade colheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do Século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o

conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas.

No Brasil a inclusão internacional dos Direitos Humanos, se deu pela influência da redemocratização a partir do ano de 1985. Este processo viabilizou a reinserção do país no panorama internacional com medidas protetivas destinadas a estes direitos. Contudo, ainda hoje se percebe que há carências de muitas outras precauções, transformações no campo político, social e legislativo do Estado brasileiro. Todas essas tomadas de providências, que de forma una, pudessem convergir integralmente, no acesso direto dos sistemas internacionais. Essa postura ajudaria no combate as culturas retrógradas e promoveria a total proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro, seus movimentos positivados de forma realmente eficaz e efetiva em suas ações, de forma pudessem atuar na garantia de um Brasil democrático.

2.3 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Todo ser humano tem direito a condições mínimas de subsistência garantidas, mantidas e preservadas pelos direitos fundamentais preconizados, tutelados e guardados pelo Estado. Nos quais esses conjuntos de deveres e/ou ordenamentos não obstem das responsabilidades consubstanciais do Estado na manutenção do cidadão economicamente ativo. Segundo Mastrodi (2008, p. 97), em uma sociedade em que o Estado de Direito respeita a propriedade e aos valores eco-

nômicos propicia a plena liberdade de desenvolvimento da economia, isso promove o bem-estar da humanidade que acarreta no aumento dos níveis de produção e aperfeiçoa a participação dos mercados no processo evolutivo do mundo e estes se relacionam efetivamente aos direitos fundamentais. Criticamente, caso alguma falha ocorra por parte de administradores, economistas e cientistas políticos estas afetam imediatamente os direitos sociais e econômicos; devido a uma implementação da política pública ineficaz ou deficitária por parte de legislador dando prioridade sociais não adequadas. Na efetivação imediata dos direitos sociais (direito na dimensão positiva) o erro pode ocorrer muitas vezes por parte dos agentes estatais, e não por que teriam a dignidade constitucional inferior ao dos direitos individuais (direitos na dimensão negativa). Ao analisar os direitos sociais na direção positiva, estes têm enfrentado enormes obstáculos na sua aplicabilidade imediata, relativa à reserva do possível. Inerente a estes direitos sociais, considerando as suas respectivas dimensões citadas anteriormente, estes por sua vez, dependem de recursos estatais para a garantia de seu exercício concreto, de modo que as pontuações sobre reserva do possível ou mínimo social, para serem consideradas válidas, devem se referir a ambos os tipos de direitos fundamentais, e não somente aos que podem ser compreendidos a partir da matriz liberal. Assim, é possível argumentar sobre a existência de um mínimo existencial que, por convenção dos membros de uma determinada sociedade refere-se exclusivamente a proteção de direitos em dimensão negativa ou de outra, que compreende por tal expressão, apenas certos direitos em dimensão positiva.

2.4 CONCEITUAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E A EXCLUSÃO SOCIAL

A Constituição da República do Brasil em seu artigo 1º inciso III garante a dignidade da pessoa humana. Muitas definições e valorações foram e são realizadas neste sentido. A mais primitiva dessa con-

sideração trata-se dos escritos bíblicos (livro de Gênesis 1: 26), “Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, para governar sobre os demais seres vivos e sobre a Terra.” Segundo Sarlet (2012, p. 33-49), esse vasto tema não se esgota per si, uma vez que por mais que se trate histórico e contemporaneamente através de inúmeros pesquisadores (filósofos, antropólogos, sociólogos, juristas e cientistas sociais) sempre haverá a iniciativa e tentativa de uma aproximação inerente ao conteúdo e ao significado da dignidade da pessoa. O termo dignidade, relacionado à pessoa humana costuma ser utilizado, também, em outras situações tais como: cargos, funções e instituições. Anteriormente segundo esse autor, já se fazia reconhecida no âmbito do direito positivo que: “[...] para a dignidade da pessoa humana aplica-se a noção referida por Bernard Edelman,¹ de que qualquer conceito inclusive jurídico possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim aprender o seu sentido.”

Diante de um conceito filosófico mediante a autora Rocha (2015), em sua concepção moral, o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana tornou-se uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e por ele se pode fazer numa sociedade política. Etimologicamente, dignidade vem do latim *dignitas*, adotado desde o final do século XI, significando cargo, honra ou honraria, título, podendo, ainda, ser considerado o seu sentido de postura socialmente conveniente diante de determinada pessoa ou situação. As primeiras vezes em que comparece em textos jurídicos, a palavra dignidade, ou mais propriamente, no plural como foi então mencionada, “dignidades” refere-se exatamente a cargos ou honrarias de que alguém se faz titular. Considerando, então, o exemplo contido no desenho do artigo 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cida-

¹ Ver Edelman (1999, p. 25).

dão, de 1789, onde se tem que os cidadãos são “igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos [...]” A partir do século XVIII, porém, a dignidade da pessoa humana passa a ser objeto de reivindicação política e embute o conceito que ainda hoje ostenta, referindo-se a uma condição que é essencialmente própria. Inerentes a previsão da Constituição, os direitos fundamentais são por fim imprescindíveis, ressaltando a nobre jurista que; não tenha o condão, de texto constitucional de garantir o almejado respeito e proteção à dignidade. Diante da concepção do discurso dessa jurista pelo autor Sarlet (2012, p. 30) ter-se-ia:

[...] disso o resultado, em meio o compromisso assumido formalmente pelo constituinte, pelo menos- nas hipóteses de violação dos deveres e direitos decorrentes da dignidade da pessoa - restará uma perspectiva concreta, ainda que mínima, de efetivação por meio dos órgãos jurisdicionais, enquanto e na medida em que seja assegurado, as condições básicas para o cumprimento de seu desiderato [...] Considerando outros pontos incontroversos, ligados a presença de uma ligação, em uma ambivalência que é a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, e a relação importante no reconhecimento desta ligação. Da polêmica a ser trazida diante do tema dignidade da pessoa humana para a ordem jurídica, em ampla discussão tanto no âmbito doutrinário quanto o jurisprudencial. E segundo as palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, conforme ao que diz respeito “dignidade da pessoa humana”, é inegável a volumosa controvérsia que ronda o seu núcleo. De forma a transcender perante a tudo, que a dignidade esta entrelaçada, como uma trama de uma tessitura estreitada, com a condição humana do ser humano, tratado em grande importância pela contemporaneidade. Desse entendimento que campeia majoritariamente, mesmo que não prioritariamente, ressaltam-se qualidades intrínsecas e inseparáveis, diante de toda complexidade do ser hu-

mano, autopreservação, solidariedade própria e com os da sua espécie, diante de uma coletividade necessária a sobrevivência de todos. Torna proeminente, a criação, uso, manutenção de medidas protetivas, efetivas da dignidade da pessoa tanto em caráter uno quanto coletivo, múltiplo, formando diretrizes constantes da humanidade e do Estado de Direito.

2.5 PRINCÍPIO DO DISCURSO DEMOCRÁTICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA VISÃO PROCEDIMENTALISTA DE HABERMAS

De acordo com o pensamento do Habermas (2012, p. 113-154), a aplicação da racionalidade comunicativa consistia em uma das possibilidades de solução para as questões referentes aos princípios da democracia e a legitimidade do direito a partir da chamada teoria discursiva do direito. Este mencionado princípio fundamenta, em sua concepção, a validade das normas de ação, as quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. Neste entendimento a compreensão da validade como normas de ação, seriam expectativas de um comportamento generalizado, temporal, social e objetivamente com proposições gerais. Nela residiriam os interesses daqueles comprometidos por prováveis consequências da regulamentação. O discurso racional se faz pelo entendimento das pretensões de validade através da argumentação no espaço público. Neste sentido, dando-se prosseguimento ao pensamento desse autor, observou-se que o princípio do discurso pode ser desdobrado pelo princípio da universalização, pois a regra é aplicável indistintamente a todos. Pois não possui modo coativo, é o princípio da democracia, já que o discurso racional é aferido a partir do assentimento de todos em um processo jurídico de normatização discursiva. E, ainda, cabe registrar que o princípio do discurso pela concepção desse autor é neutro, ou seja, aplicável tan-

to às normas morais quanto as normas jurídicas. Desta forma, este é possuidor de consequências próprias em cada tipo de norma de ação.

Ao se relacionar o princípio do discurso com a moral, especificamente, o princípio da democracia, Habermas (2012, p. 113-154) demonstrou que a moral só ganhava efetividade em domínios próximos e sociedades complexas, quando traduzida para o direito. Essa ideia parte da legitimidade do poder público do Estado, mas existiriam em todas as relações sociais, econômicas, da normatização do direito através do princípio da democracia, validando as normas com anuência de todos os envolvidos na normatização discursiva. Nesta linha de pensamento, o princípio democrático não estaria nivelado ao princípio da moral. Este “funcionaria como regra de argumentação para decisão racional de questões morais”, ele é interno; e o princípio da democracia é externo. Preliminarmente pressupõe-se a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais especificamente, a possibilidade geral das fundamentações realizada nos discursos dependentes da legitimidade legal. Assim, estes seriam inerentes as normas de ação com ramificações em normas de ações morais e de ações jurídicas aferiam uma diversificação do âmbito de aplicação, se interno ou externo, sendo o externo dependente do princípio da democracia. O ponto de partida consistiria na noção de auto legislação de todos os cidadãos. Nesse caso, existiria um direito de liberdade subjetivo igualmente fundado, e moralmente alicerçado na necessidade de positivação do legislador político. A normatização teria necessidade de um conteúdo politicamente autônomo para um entendimento adequado da ordem jurídica. Cabe ressaltar que o direito autônomo, na sua ação coercitiva apenas permitiria aos destinatários o exercício de sua liberdade comunicativa, tal ação poderia ser renunciada, entendida como um ato facultativo. Assim, deixaria a decisão de caráter arbitrário, no cálculo das vantagens a serem tomadas pelo ator. Uma vez que o pressuposto fosse entendido, a liberdade comunicativa dos atores num acordo entre estes de algo já

realizado, teria suas pretensões de validade reciprocamente levantadas. Por conseguinte, a autonomia privada derivaria da garantia pelas liberdades subjetivas individuais, exercidas em um espaço público adequado para tal. A formação da norma jurídica seria inerente ao princípio da democracia, como uma resposta a veiculação entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Isto se daria por se tratar de uma garantia originária da liberdade subjetiva de ação, mediante a democracia em comum acordo de todos aqueles participantes dos discursos racionais em resposta a forma jurídica. Ou seja, seria uma previsão da liberdade subjetiva de uma ação pleiteada e seguida de uma coação. A visibilidade das limitações sejam estas representativas ou delegadas, possui o ponto de partida do poder legislativo deliberado sobre um determinado assunto através do voto da maioria; em uma leitura inicial. Ao se usar esse seguimento como base, surgiria o questionamento: manter-se-ia a teoria do discurso com aplicação do princípio da democracia? Ao se considerar a primeira limitação como justificativa, está na própria influência que o espaço público, de natureza difusa e não organizável, exerceria sobre o sistema político oficial. O poder comunicativo, executado pela esfera pública e a sociedade civil, seriam criadores de conteúdos múltiplos, exercendo influência sobre o parlamento e sua tomada de decisão. Diante disso, representantes e delegados, observando conteúdo de interesse de cunho social, tomariam decisões representativas extensivas aos diversos atores sociais envolvidos. A regra da maioria, por sua vez, seria a exigência da própria pressão na tomada de decisão, ou seja, um meio facilitador de conclusão de uma determinada deliberação que venha a ser urgente. Desta forma, consideraria um mecanismo de celeridade e efetivação das deliberações.

Dada à clareza da preciosa perda da representatividade e da regra da maioria propiciaram uma participação inferior dos atores, e como o resultado, o esvaziamento da inclusão de argumentos que provavelmente influiriam em uma conclusão diferente daquela alme-

jada. Este fator alterado foi notado por Habermas (2012, p. 113-154) e duas distintas posturas podem ser assumidas para evita-las. A primeira, em consonância com a liberdade comunicativa, consistiria no uso de medidas acautelatórias preestabelecidas e válidas, como uma forma de triagem daqueles argumentos pela sua importância, pelo seu poder de convencimento e prosseguir o debate em uma nova instância; como por exemplo: através das comissões parlamentares que analisariam preliminarmente projetos de lei para verificarem a viabilidade de sua discussão em plenário, seria uma forma de triagem. A segunda postura, incorporada em uma fase posterior, quando se chegasse a um consenso e se tomasse uma decisão, seria a admissão de que decisões tomadas dentro de uma teoria discursiva pudessem estar equivocadas. Segundo Martins (2012), a ideia de co-originalidade das normas de ação moral e do direito dariam margem a revisão de decisão, pois “[...] a ordem jurídica não poderia contrariar princípios morais.”

Ao se voltar ao procedimento democrático Habermas (2012, p. 113-154), a premissa do discurso ligado a forma jurídica possuindo o princípio da democracia de forma nucleada, criaria o sistema de direitos que segundo a classificação desse autor se faz em cinco grandes grupos de direitos fundamentais. Estes grupos compilados seriam denominados como código jurídico, pois determinariam o status das pessoas de direito. O primeiro grupo de direitos fundamentais mostrou-se oriundo do direito e seria a maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. Correlacionando-se com os direitos fundamentais resultantes do status de um componente em uma associação voluntária de parceiros do direito e os direitos fundamentais oriundos da possibilidade imediatista da postulação judicial de direitos e da proteção jurídica individual. O quarto grupo referir-se-ia aos direitos fundamentais, a participação em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exerceriam sua autonomia política e criariam um direito legítimo. Isto seria a garantia jurídica do exercício da liberdade comunicativa.

O quinto grupo é o resultado do somatório dos anteriores. Ele seria constituído pelos direitos fundamentais, as condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na proporção da necessidade para um aproveitamento, com igualdade de chances, dos direitos anteriores. Este autor esclareceu um tratamento especial para os direitos fundamentais dos quatro primeiros grupos, designando-os um caráter absoluto, pois “[...] remeteriam a própria estrutura discursiva da racionalidade comunicativa” e “[...] remeteriam a possibilidade da própria legitimidade do ordenamento jurídico.” O último grupo, contudo, seriam fundamentados de modo relativo, pois ainda que exigidos pelos grupos anteriores, não seriam necessários suas formulações; considerando efetivos de uma sociedade. Deste entendimento, de uma forma geral, a totalidade desses direitos ao seu modo, contribuiu para o tratamento igualitário entre os diferentes atores propiciando a garantia da sua autonomia privada e participação no debate público para a formulação das normas jurídicas as quais seriam destinatários.

3 CONCLUSÃO

Ao se considerar a relevância dos antecedentes históricos da fundamentação dos direitos sociais, sua efetividade, implicadas inclusive nas políticas públicas, sociais, no próprio regramento jurídico assegura-se as garantias mais básicas desses direitos bem como na real defesa dos bens jurídicos tutelados como o direito à vida, à saúde, ao trabalho e a propriedade. Os novos padrões hoje instrumentalizados nas relações jurídicas devido a sua relevância de reconhecimento, necessária na lida diária da vida e dos enfrentamentos daqueles que, venham a precisar do judiciário na busca de um tratamento mais adequado a resolução de um conflito. Constantemente se decepcionam pela morosidade a que estão sujeitos, diante de uma máquina estatal encharcada de processos, que traduzem a morosi-

dade em contemplar aqueles que dela venham precisar. Daí estes mesmos cidadãos insatisfeitos, pela falta de celeridade no judiciário, que, segundo o Relatório Justiça em Números do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), tramitam na Justiça Brasileira cerca de 100 milhões de processos judiciais, de acordo com o Boletim Eletrônico da Agência CNJ de Notícias publicado no dia 02 de junho de 2015. Que também adoecem, o seu próprio quantitativo de efetivo de mão de obra devido à comprovada sobrecarga, de serviços inversamente desproporcionais ao quadro de funcionários, que, através de uma onda crescente atinge a nossa população, enferma, que vitimada e queda pelas longas esperas, expectativas frustrantes, sentimentos de ira, revolta e injustiça perante resultados insatisfatórios dentro de um sistema tradicionais ganhador e perdedor. Onde relevante aspecto, se faz, na ampliação dos mecanismos e instrumentos de dotação normativa em sua real efetividade, somada substancialmente a grandeza dos princípios da Carta Magna, implementados aos direitos humanos que fortificam todos esses segmentos. Propiciando formas alternativas de tratamentos adequados de resoluções de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, promovendo maior largueza nas ofertas e estimulações do diálogo entre os envolvidos. Viabilizando, de modo infindo, grande espectro de ação do que era esperado pelo legislador, contemplando efetivamente o ideal de justiça e, atendendo assim o clamor de uma sociedade carente e desejosa também de justiça social. Isso contribui para grande pluralidade de discurso, somando valores essenciais a dignidade humana, ao revitalizar seu núcleo, sua célula máter que é a família na mudança de valores e de cultura tais como a cultura da sentença. Frutificado pela cultura da pacificação social e a ordem pública.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. 207 p.

BÍBLIA SAGRADA. *Livro dos Gênesis*, 1: 26.

CALIL, Mário L. G. *Efetividade dos Direitos Sociais*. 1. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

COMPARATO, Fábio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 589 p.

EDELMAN, Bernard. La dignité de la personne humaine, um concept nouveau. In: PAVIA ET T. REVETT (Dir.). M. L. *La dignité de la personne*. 1999.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade I. *Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 113-154, 2012.

LEAL, Rogério G.; MARQUES, Nadia R. C. (Org.). *Direitos Fundamentais em Foco - Nunca é o Bastante*. 1. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

LOPES, José R. L. *Direitos Sociais - Teorias e Práticas*. 1. ed. São Paulo: Método. 2006.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Democracia, legitimidade e teoria discursiva do direito: uma análise sobre o pensamento de Jürgen Habermas. *JusNavegandi*, ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22376/democracia-legitimidade-e-teoria-discursiva-do-direito-uma-analise-sobre-o-pensamento-de-jurgen-habermas/1>>. Acesso em: 12 set. 2015.

MASTRODI, Josué. *Direitos Sociais Fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Cármen L. A. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2015.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

A POBREZA MULTIDIMENSIONAL NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Carlos Luiz Strapazon*
Clarice Mendes Dalbosco**

RESUMO

Este trabalho se propõe a explorar algumas das diferenças atuais da teoria dos direitos de segurança social relacionados com a privação de bens fundamentais. É um estudo sobre a pobreza extrema, pobreza e miséria. A inovação consiste em adotar uma perspectiva multidimensional da pobreza. Por isso, o paper investiga aspectos particulares da teoria de Amartya Sen acerca da pobreza multidimensional. A hipótese central é que o tema da privação de bens fundamentais, na perspectiva multidimensional, é uma superação da tradicional concepção simplista de pobreza como privação de renda. É uma releitura do tema da pobreza a partir do paradigma do desenvolvimento humano, orientado pela abordagem das capacidades humanas. O tema do artigo ganha especial relevância porque a Lei Orgânica da Assistência Social e os programas de transferência de renda do governo federal parecem adotar critérios e métodos para aferição da pobreza de modo heterogêneo e aparentemente não compatíveis com a abordagem multidimensional. Quanto ao método, trata-se de pesquisa conceitual e de análise crítica e comparativa da legislação, guiada pela teoria do desenvolvimento como liberdade, de Amartya Sen.

* Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e Pesquisador de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; strapazon.carlos.luiz@gmail.com

** Especialista em Metodologia do Ensino da Matemática pelo Instituto Brasileiro de Pós-Graduação e Extensão; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; claricemdb@hotmail.com

Palavras-chave: Segurança social. Pobreza multidimensional. Privação de Capacidades.

1 INTRODUÇÃO

Como meta proposta pela Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social (2005) está a necessidade de se adotar métodos que permitam medir todas as formas de pobreza, em particular da pobreza absoluta, bem como avaliar e vigiar as circunstâncias dos que se encontram em perigo a nível nacional.

A privação de renda, em qualquer dos seus níveis, fere o acesso aos direitos fundamentais, razão pela qual, se torna imprescindível reconhecê-la, bem como promover políticas de erradicação da pobreza, reduzindo-a em larga medida e possibilitando o progresso social, a igualdade democrática e a proteção da dignidade de todas as pessoas.

A função precípua das políticas assistenciais é a de reconhecer direitos do cidadão desprovido de renda, eis que não se trata de mero pedinte, mas alguém com dificuldades de arranjar trabalho, em decorrência de outras políticas governamentais. É patente a necessidade de desencorajamento de práticas discriminatórias que obstam a igualdade de oportunidades em total contrariedade aos princípios sociais democráticos.

Não obstante a importância de que os cidadãos tomem consciência da dimensão do problema da pobreza, e das consequências para a restrição de direitos humanos que isso representa, ainda é insuficiente a atenção dada à dimensão dos problemas a ela associados. O objetivo deste trabalho é, nessa linha de preocupações, apresentar balizas conceituais ao tema da pobreza. Sobretudo, explorar a evolução na concepção do tema até se chegar ao estágio atual, no contexto da teoria da pobreza multidimensional. Por isso, uma das perspectivas principais da pesquisa conceitual está no estudo do conceito de pobreza como privação de capacidades desenvolvida por Amartya Sen. Pela compreensão das pesquisas e da filosofia moral desse autor,

percebe-se que, muito mais do que a reunião de um conjunto de bens que permita ao indivíduo viver de forma adequada, a erradicação, ou redução nos níveis de pobreza dependem de compreensões alargadas do tema, atentas aos aspectos de gênero, idade, de acesso à bens e serviços, papéis sociais e potencial para auferir renda.

Além da pesquisa conceitual em Amartya Sen, o artigo avaliará elementos do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) para auxiliar na caracterização e aferição da pobreza de forma mais ampla, sob a ótica da multidimensionalidade.

2 AS VARIÁVEIS CONCEITUAIS: POBREZA ABSOLUTA, POBREZA EXTREMA, POBREZA E MISÉRIA

Como disse Sen (1999, p. 7), em uma das suas mais importantes obras sobre o tema da pobreza, “[...] uma pessoa não precisa de critérios complicados, de medições habilidosas nem de análises profundas para conhecer a pobreza bruta e para compreender seus antecedentes”, pois muito daquilo que se relaciona com a pobreza é demasiadamente claro.

Contudo, a leitura a ser realizada acerca do tema da pobreza pode ser desenvolvida sob diferentes abordagens, e para um desses recortes há questões técnicas específicas. A fim de atingir com maior profundidade o tema da multidimensionalidade da pobreza, precisa esclarecer as variadas acepções do termo. Contudo, conceituar a pobreza e medi-la representam aspectos distintos, e revela-se tarefa de extrema complexidade. Independentemente do método de abordagem, para conceituar pobreza há que se realizar algum “juízo de valor”, por tratar-se de uma visão subjetiva, conforme explicitam Crespo e Gurovitz (2002, p. 4):

A conceituação de pobreza é categorizada como “juízo de valor” quando se trata de uma visão subjetiva, abstrata, do indivíduo, acerca do que deveria ser um

grau suficiente de satisfação de necessidades, ou do que deveria ser um nível de privação normalmente suportável. O indivíduo expressa sentimentos e receitas, de caráter basicamente normativo, do que deveriam ser os padrões contemporâneos da sociedade quanto à pobreza. Não leva em conta uma situação social concreta, objetivamente identificável, caracterizada pela falta de recursos. Desse modo, tal enfoque não esconde sua fragilidade, embora seja bastante óbvio que mesmo uma conceituação objetiva da pobreza não se furta à presença de algum juízo de valor.

Sob uma ótica direta, a pobreza pode ser identificada a partir do comparativo das condições em que um indivíduo se encontra em relação aos padrões de uma sociedade. A falta ou a distância desse padrão determina o estado de pobreza. Ademais, o bem-estar do ser humano, sob este ponto de vista, pode ser auferido pelo efetivo consumo realizado e pelo nível em que as necessidades básicas foram atendidas. Este consumo pode ser compreendido como sendo de bens, serviços, ou mesmo alimentação, moradia, acesso à saúde e educação - serviços sociais.

Parece aceitável também a realização de um outro recorte. Assim, poder-se-ia dizer que a pobreza varia segundo a capacidade que o indivíduo tem para satisfazer as suas necessidades, ou seja, “[...] o bem-estar de uma pessoa pode ser medido pela quantidade de recursos que tem para chegar a um padrão previamente estabelecido de vida. Pessoas ou famílias que não têm recursos suficientes para atender a essa normativa de vida [serão] consideradas pobres.” (TRIGUEIROS; ALONSO, 2011).

É possível identificar vários métodos para se medir a pobreza: (i) Linha da Pobreza; (ii) Necessidades Básicas Insatisfeitas; (iii) Método integrado de Medição da Pobreza; (iv) Método dos custos das necessidades básicas; (v) Método Calórico Direto, contudo, não há consenso internacional, haja vista a inexistência de um método perfeito.

O presente estudo não pretende pormenorizar os métodos acima citados, tampouco estabelecer todos os critérios para identificação dos pobres utilizados em cada um dos sistemas. Não obstante, procura-se realizar um recorte prático, com menção ao método da Linha da Pobreza e dos Custos das Necessidades Básicas. A razão desse sutil destaque decorre do fato que o Banco Mundial, bem como outros órgãos internacionais, utiliza o método da Linha da Pobreza para o desenvolvimento dos estudos, relatórios, e políticas de segurança de renda.

Em termos gerais, o Método da Linha da Pobreza consiste em estabelecer um valor *per capita* apto a satisfazer um consumo mínimo necessário para sobrevivência do indivíduo. Na concepção adotada pelo do Banco Central a *pobreza extrema* significa viver com menos de um (01) dólar (americano) por dia. Já a pobreza moderada significa viver com valores compreendidos entre um (01) e dois (02) dólares por dia. A lição de Rocha (2006, p. 19) destaca que a pobreza extrema possui alguns parâmetros: “informações antropométricas relativas a baixo peso entre adultos e baixa estatura para a idade entre crianças, além de taxas de mortalidade elevadas, são todos indicadores adequados a condições de pobreza extrema”. Já no Brasil, conforme explica Soares (2009, p. 6), o Método do Custo das Necessidades Básicas é bastante utilizado para o cálculo de linhas de pobreza, considerando que a ingestão de uma quantidade mínima de alimentos é indispensável à manutenção da vida em qualquer lugar do planeta.

Com o objetivo de estabelecer linhas de pobreza, as necessidades alimentares são geralmente consideradas de forma estrita, isto é, apenas em termos de atendimento das exigências nutricionais, sem considerar outros aspectos relacionados à alimentação. Assim, a composição da cesta básica alimentar a ser definida, isto é, a quantidade de cada item, deve garantir a ingestão mínima de nutrientes (calorias, proteínas e demais nutrientes). (ROCHA, 2006, p. 52).

Ambos os métodos são considerados linhas objetivas de pobreza.

Como se observa, no plano internacional, a Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, Dinamarca, em 1995, demarcou o conceito de *pobreza absoluta* como sendo aquela hipótese onde ocorre profunda privação de bens de natureza indispensável, tais como o acesso à alimentação, água potável, saneamento básico, acesso à saúde, moradia, educação. Diante desse quadro, decorrente da ausência de renda, há impedimentos, inclusive, de acesso a serviços sociais.

A pobreza absoluta, neste texto, será desenvolvida como uma categoria no conceito de pobreza, e será melhor explicitada no tópico seguinte - tópico 3.

No contexto nacional, o Decreto n. 7.492/2011, alterado pelo Decreto n. 8.232/2014, que instituiu o Plano Brasil Sem Miséria, definiu em seu artigo 2º, parágrafo único que: “[...] considera-se em *extrema pobreza* aquela população com renda familiar per capita mensal de até R\$ 77,00 (setenta e sete reais).” (BRASIL, 2011, grifo nosso).

A não utilização de uma abordagem única para se medir a pobreza acarreta certa distorção na escolha das famílias beneficiadas por políticas públicas de transferência de renda. Outrossim, o planejamento e definição dessas políticas levam em consideração a renda de seus futuros beneficiados, e, por conseguinte, um impacto direto sobre todo o sistema de assistência social (SOARES, 2009, p. 7). Em que pese a existência de alguns critérios objetivos definidos na legislação brasileira, não há uma metodologia oficial de pobreza.

O benefício de prestação continuada, definido pela Lei n. 8742/1993 - LOAS, estabelece como critério objetivo para a concessão do benefício, renda familiar *per capita* não superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo. O Programa Bolsa Família estabelece como linha de inclusão famílias com renda de R\$ 0,00 (zero) a R\$ 154,00 (cento e cinquenta e quatro reais) por pessoa, a depender da presença de crianças, gestantes, nutrizes e adolescentes (Ministério

do Desenvolvimento Social e Combate à Fome). A Lei n. 12.212/2010, que dispõe sobre a Tarifa Social de Energia Elétrica¹, cria uma nova linha de aferição de pobreza. Destarte, fará jus à esse benefício a família com renda mensal *per capita* menor ou igual a ½ salário mínimo, conforme se observa:

Art. 2º. A Tarifa Social de Energia Elétrica, a que se refere o art. 1º, será aplicada para as unidades consumidoras classificadas na Subclasse Residencial Baixa Renda, desde que atendam a pelo menos uma das seguintes condições:

I - seus moradores deverão pertencer a uma família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico, com renda familiar mensal *per capita* menor ou igual a meio salário mínimo nacional; ou

II - tenham entre seus moradores quem receba o benefício de prestação continuada da assistência social [...] (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Nesse sentido, observa Soares (2009, p. 7):

A definição de uma linha ou metodologia de pobreza oficial não é tarefa simples, razão pela qual tem escapado a sucessivas comissões e grupos de trabalho encarregados de propor candidatos para escrutínio público. Nem sequer instituições de pesquisa oficiais, como o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) ou o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), contam com metodologias de avaliação de pobreza usadas por todos ou quase todos os seus pesquisadores. O que tem vigora-

¹ A Tarifa Social de Energia Elétrica é um benefício criado pelo Governo Federal, que concede descontos na conta de luz às famílias de baixa renda de todo o Brasil, até o limite de consumo de 220 kWh/mês. Os dispositivos legais que tratam sobre o assunto são: Lei n. 10438/2002, Lei n. 12.212/2010 e Resolução ANEEL n. 414/2010.

do no Brasil é uma espécie de lei da selva, porque cada pesquisador tem sua linha de pobreza e produz, a cada ano, números que não coincidem com os de seus colegas, sem que se saibam muito bem as razões da falta de coincidência.

Como se pode notar, apesar de algumas abordagens parecerem melhores que outras, a compreensão dos termos empregados - pobreza absoluta, pobreza extrema, pobreza e miséria dependem do contexto e de certas escolhas feitas pelo legislador. Não se pode olvidar, no entanto, que há graus distintos para potencializar o termo pobreza, como no caso de pobreza extrema, ou miséria. Contudo, inexistente método ideal, permanecendo a dúvida para se determinar quem é e quem não é pobre.

Ora, o que se observa é que definir pobreza revela-se uma atividade multifacetada, pois muitas são as abordagens que podem ser realizadas -econômica, social, cultural, acesso à bens e serviços, dentre outras. Desta forma, compreender a pobreza enseja uma interpretação alargada, para além da ótica de insuficiência de renda, razão pela qual o presente estudo o faz com vistas a caracterizá-la de forma multidimensional.

3 A POBREZA COMO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

A partir do panorama apresentado anteriormente, neste tópico tratar-se-á da evolução histórica pelo qual passou o tema da pobreza ao longo do século XX, descrita a partir de algumas categorias: pobreza relativa; pobreza absoluta; pobreza relativa/absoluta. O estudo desenvolvido por Crespo e Gurovitz (2002, p. 3) mostra que a pobreza relativa se vincula diretamente as desigualdades na repartição de renda. É revelada de acordo com o padrão de vida presente na sociedade avaliada, através de um critério comparativo. “O conceito de pobreza relativa é descrito como aquela situação em que o

indivíduo, quando comparado a outros, tem menos de algum atributo desejado, seja renda, sejam condições favoráveis de emprego ou poder”. Uma forma de se caracterizar o prisma relativo da pobreza é definindo uma linha de pobreza, como por exemplo, calculando a renda *per capita* de parte da população. Contudo, a fragilidade desta categoria classificatória decorre da utilização equânime dos termos pobreza e desigualdade de renda, quando na verdade, são conceitos distintos.

Nesse sentido, Rocha (2006, p. 11):

O conceito de pobreza relativa define necessidades a serem satisfeitas em função do modo de vida predominante na sociedade em questão, o que significa incorporar a redução das desigualdades de meios entre indivíduos como objetivo social. Implica, conseqüentemente, delimitar um conjunto de indivíduos “relativamente pobres” em sociedades onde o mínimo vital é garantido a todos.

De outro norte, a pobreza absoluta decorre da fixação de padrões para o nível mínimo de necessidades, conhecido como limite da pobreza, estabelecendo qual porcentagem da população encontra-se aquém desse patamar. A ideia de pobreza absoluta vincula-se estritamente com as questões de sobrevivência física, o mínimo vital. A definição desse limite de pobreza pode ser realizada sob diferentes prismas: biológico, das necessidades básicas os dos salários mínimos.

Consoante as inferências apresentadas no item 2 do presente artigo, verifica-se que a legislação brasileira se utiliza do conceito de pobreza em caráter absoluto, pois vincula as políticas onde subjaz a ideia de um salário mínimo oficial, como se este recorte referendasse uma “[...] boa aproximação do montante em dinheiro necessário para o nível de vida mínimo.” (CRESPO; GUROVITZ, 2002, p. 4)

O aspecto da pobreza relativo/absoluta representa um critério do fenômeno da pobreza onde são considerados elementos de ambas as classificações anteriores sopesados conjuntamente. Nota-se

que, a partir das categorias conceituais apresentadas, o conceito de pobreza possui pelo menos, três propostas: sobrevivência, necessidades básicas e privação relativa, conforme demonstraram Crespo e Gurovitz (2002, p. 4).

Sob a ótica da sobrevivência há uma intrínseca relação entre a pobreza e a subsistência biológica. Nesse recorte, mais utilizado nos séculos XIX e XX, cuja origem resultou do trabalho de nutricionistas inglesas, a pobreza era definida com base no critério da renda necessária para a sobrevivência exclusivamente física do indivíduo, tendo em vista que a renda dos mais pobres era insuficiente para manter o rendimento físico dos mesmos.

Mais tarde, já na década de 1970, auferir a pobreza passou a contar com novos elementos, que significaram uma ampliação na concepção de sobrevivência. A partir desse momento o fenômeno da pobreza assumiu a conotação de necessidades básicas. Nessa nova perspectiva também eram consideradas a disponibilidade de serviços de água potável, saneamento básico, saúde, educação e cultura.

Ao passo que as estatísticas e políticas de enfrentamento à pobreza se deparavam com as estatísticas e mapeamentos do fenômeno, também concluíam pela fragilidade que tais recortes avaliativos expunham, razão pela qual, em 1980, a pobreza passou a ser entendida como privação relativa. Sobre tal concepção, explicam Crespo e Gurovitz (2002, p. 5), que o conceito de pobreza passou a ter um enfoque mais rigoroso, com vistas e observar melhor o aspecto social. “Dessa forma, sair da linha de pobreza significava obter: um regime alimentar adequado, um certo nível de conforto, o desenvolvimento de papéis e de comportamentos socialmente adequados.”

Entre os principais formuladores da privação relativa encontra-se Amartya Sen, que destacou que as privações sofridas pelas pessoas podem ocorrer em diversas esferas da vida, não somente no aspecto material, na escassez de renda. Sen desenvolveu uma concepção de pobreza como privação de capacidades básicas, sob um

prisma multidimensional do fenômeno, para além do recorte sintético de avaliação pautada em uma perspectiva de renda inferior a um patamar pré-estabelecido. O tema da pobreza como privação de capacidades será melhor desenvolvido no tópico 4.

A ideia de pobreza como problema complexo e multidimensional pode ser observado na Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, Dinamarca, em 1995. A causa do fenômeno, apresentada no texto, tem origem tanto no âmbito nacional como no internacional

O documento contempla uma leitura que coteja a ausência de rendimentos e recursos aptos a garantia de meios de vida sustentáveis (fome, subnutrição, doenças, dificuldades de acesso aos serviços de educação, saúde, habitação, exclusão social, mortalidade, discriminação) com a falta de participação na tomada de decisões na vida civil, social e cultural.

19. A pobreza manifesta-se de várias maneiras: falta de rendimentos e de recursos produtivos suficientes para garantir meios de vida sustentáveis, fome e subnutrição, doença, falta de acesso limitado à educação e a outros serviços básicos, aumento da mortalidade e da mortalidade devido a doenças, carências de habitação e discriminação e exclusão sociais. Também se caracteriza pela falta de participação na tomada de decisões na vida civil, social e cultural. A pobreza manifesta-se em todos os países, como pobreza generalizada em muitos países em desenvolvimento, como focos de pobreza no meio da abundância em países desenvolvidos, como perda de fontes de rendimento por causa de uma recessão econômica, como consequência repentina de catástrofes ou conflitos, como pobreza dos trabalhadores de baixos rendimentos e como miséria absoluta dos que estão à margem dos sistemas de apoio das famílias, das instituições sociais e das redes de segurança. As mulheres suportam uma parte desproporcionada do fardo da pobre-

za e as crianças que crescem nessa situação acabam por ficar em desvantagem para sempre. As pessoas de idade, os deficientes, as populações indígenas, os refugiados e as pessoas deslocadas dentro dos seus países, são também especialmente vulneráveis à pobreza. Além disso, a pobreza, nas suas diversas formas, constitui uma barreira à comunicação, dificulta o acesso aos serviços e comporta importantes riscos para a saúde; por outro lado, as pessoas que vivem em pobreza são especialmente vulneráveis às consequências das catástrofes e dos conflitos. (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA USP, 1995).

Além da inovação na concepção de pobreza, a conferência da agenda social da ONU abordou no texto a impossibilidade de se encontrar uma solução uniforme aplicável a nível mundial. Contudo, destacou que cada país deve desenvolver programas de erradicação da pobreza de acordo com as realidades locais, contando com apoio das atividades internacionais, a fim de que se forme um paralelo favorável a todos os esforços empreendidos.

Há ainda o seguinte destaque quanto as causas da pobreza:

23. [...] A pobreza está indissolúvelmente ligada à falta de controle sobre os recursos: terra, conhecimentos, capital e relações sociais. Os que carecem desses recursos são facilmente esquecidos por quem tem de formular as políticas e têm pouco acesso às instituições, aos mercados, ao emprego e aos serviços públicos. A erradicação da pobreza não pode fazer-se simplesmente com programas destinados a combatê-la, mas sim com os que exigem participação democrática e alterações nas estruturas econômicas a fim de garantir a todos o acesso aos recursos, às oportunidades e aos serviços públicos, de empreender políticas orientadas para uma distribuição mais equitativa da riqueza e dos rendimentos, de proporcionar proteção social aos que podem sustentar-se e de ajudar as pessoas vítimas de catástrofes imprevistas, se-

jam de caráter individual ou coletivo, natural, social ou tecnológico. (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA USP, 1995).

No que tange à erradicação da pobreza, aduz:

24. A erradicação da pobreza exige o acesso universal a oportunidades econômicas que favorecerão a existência de meios de vida sustentáveis e serviços sociais básicos, assim como um esforço especial para facilitar às pessoas desfavorecidas o acesso às oportunidades e aos serviços. É necessário oferecer oportunidades aos sectores pobres e aos grupos vulneráveis, mediante a sua organização e participação em todos os aspectos da vida política, econômica e social, em particular, na planificação e execução das políticas que lhes dizem respeito. Permitindo-lhes tomar parte ativa no desenvolvimento social.

Na abordagem feita por Alves (1997), a Cúpula Mundial realizada em Copenhague, no ano de 1995, “[...] foi o primeiro grande encontro internacional havido sobre o tema do desenvolvimento social”, com vistas a reconhecer a importância do bem-estar humano de todos e conferindo alta prioridade aos objetivos definidos no Programa de Ação sobre Desenvolvimento Social.

Essa perspectiva acerca do desenvolvimento social, capitaneada pela ONU, demonstra que a pobreza, cada vez mais, passa a ser reconhecida como uma violação aos direitos humanos, e como tal, precisa ser erradicada.

4 AMARTYA SEN E A POBREZA COMO PRIVAÇÃO DE CAPACIDADES

Amartya Sen foi membro da presidência do Banco Mundial, e colaborou sobremaneira para o desenvolvimento dos estudos relacionados à pobreza. A partir das cinco conferências que Sen proferiu como membro da presidência do Banco Mundial, em 1996, e uma

conferência complementar em 1997, o Autor escreveu a obra de base que ora se referencia - *Desenvolvimento como Liberdade*. Vale destacar que, em 1998, Sen recebeu o Prêmio Nobel de Economia por suas contribuições à economia do bem-estar social sendo considerado, atualmente, um dos pensadores mais influentes do mundo.

O autor desenvolveu sua teoria esclarecendo que falta de liberdade econômica, que tanto pode ser resultante da pobreza como da discriminação social e étnica, torna o indivíduo indefeso e viola outros tipos de liberdade. O cerne da teoria de Sen demonstra que a pobreza é, especialmente, a privação de capacidades e de direitos dos indivíduos. Entretanto, o Autor reconhece que o critério usual de identificação da pobreza pautado na renda não deve ser considerado, uma vez que a “[...] renda baixa é claramente uma das principais causas da pobreza, [revelando-se] uma razão primordial da privação de capacidades de uma pessoa.” (SEN, 2010, p. 120).

Mas o que são capacidades, na perspectiva do autor? Sen considera as liberdades dos indivíduos como sendo os elementos constitutivos básicos, e completa:

[...] atenta-se particularmente para a expansão das “capacidades” [*capabilities*] das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam - e com razão. Essas capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo. (SEN, 2010, p. 33).

Como explicam Crespo e Gurovitz (2002, p. 5), aquilo que as pessoas consideram valioso ter ou fazer podem ser chamados de “funcionamentos”. A despeito dessa compreensão, os funcionamentos podem variar. Aquilo que a pessoa deseja possuir pode ser desde uma nutrição adequada a estar livre de doenças evitáveis, ou mesmo a possibilidade de participar de forma mais ativa na comunidade. Des-

tarte, a ausência ou privação das capacidades pode acarretar morte prematura, subnutrição (especialmente de crianças), morbidez persistente, analfabetismo, negligência médica e outras deficiências.

Sen justifica as razões para abordar o fenômeno da pobreza sob um aspecto multidimensional, ampliando-se a leitura acerca do fenômeno para além de critérios de renda, meramente instrumentais. No bojo desta análise o Autor explica que contrapondo grupos populacionais classificados de acordo com a idade, sexo localização, etc., as variações paramétricas observadas são muito significativas.

A pobreza, como chamou Amartya, sofre outras influências que não somente àquelas que derivam da privação de renda. Assim, a relação entre baixa renda e baixa capacidade é variável, tanto nas comunidades como no âmago das famílias. Para exemplificar a afirmativa o Autor demonstra que são fatores desencadeadores da pobreza multidimensional: (i) a idade da pessoa, que pode acentuar certas necessidades, como àqueles cuidados relativos às pessoas idosas ou muito jovens; (ii) os papéis sexuais e sociais revelam responsabilidades especiais, como da maternidade ou obrigações familiares determinadas pelo costume; (iii) a localização das famílias podem torná-las propensas à inundações ou secas, terremotos, insegurança e violência em alguns bairros pobres e altamente populosos; (iv) condições epidemiológicas, que expõe os indivíduos à doenças endêmicas de uma região; (v) demais variações que independem da pessoa ou mesmo hipóteses onde ela tenha controle apenas limitado.

A possível inter-relação entre a privação de renda e alguns destes fatores acima delineados pode agravar a situação de pobreza. Isso quer dizer que a pobreza pode ser muito mais intensa do que ela parece ser. De forma exemplificativa é possível imaginar casos em que uma pessoa mais velha, incapacitada ou gravemente enferma necessitará de mais renda para custeio de próteses, medicamentos, tratamentos, assistência. Assim, para obter os mesmos funcionamen-

tos, suas necessidades são substancialmente ampliadas. Sen chamou essa conjunção de situações de fragilidade de pobreza real.

Não se pode olvidar que, a análise conjunta dos fatores desencadeadores de pobreza, devem trazer reflexos na definição de ações públicas de assistência aos idosos e a outros grupos fragilizados no contexto da pobreza.

Um outro aspecto salutar que Sen destaca ocorre no âmbito das famílias. Em detrimento de questões religiosas ou mesmo culturais, a renda familiar é usada desproporcionalmente no interesse de certos membros da família. Ora, se há preferência de alguns membros da família (meninos em relação às meninas, por exemplo), o grau de privação para os membros negligenciados impede que transpareça de forma adequada a renda da família. Tal realidade é comumente encontrada em países da Ásia e África setentrional.

Outra razão que justifica a análise da pobreza sob um enfoque multidimensional reside na hipótese de que a privação relativa de rendas pode resultar em privação absoluta de capacidades. Isso quer dizer, o indivíduo que vive num país onde a renda absoluta das pessoas é elevada, segundo padrões mundiais, necessitará de muito mais renda para custear o mesmo funcionamento social que realizaria noutro local menos opulento.

Avaliar a pobreza sob a perspectiva das capacidades - *capabilities* - significa “[...] melhorar o entendimento da natureza e das causas da pobreza e da privação, desviando a atenção principal dos meios [renda], para os fins que as pessoas têm razão para buscar e, correspondentemente, para as liberdades que pode alcançar esses fins.” (SEN, 2010, p. 123).

O que Sen concluiu é que, com maiores capacidades, haveria uma tendência natural para que as pessoas aumentassem o seu potencial para serem mais produtivas e, por conseguinte, alcançassem renda mais elevada. Contudo, ressalta o autor que, a inclusão da educação básica, dos serviços de saúde e de reformas agrárias

concluídas, faz com que aumentem a possibilidade dos pobres de superarem a escassez.

A expansão da produtividade e do poder de auferir renda tende a caminhar junto com o aumento das capacidades humanas, tornando as privações mais raras. Na concepção do Autor, “[...] a redução da pobreza de renda não pode, em si, ser a motivação suprema de políticas de combate à pobreza.” (SEN, 2010. p. 125). De forma sutil, certas políticas brasileiras parecem adotar a matriz teórica de Amartya Sen. O Programa Bolsa Família, do Ministério de Desenvolvimento Social Brasileiro, que integra o Plano Brasil Sem Miséria, está baseado na garantia de renda, inclusão produtiva e no acesso aos serviços públicos.

Observa-se que o Bolsa Família possui três eixos norteadores: (i) a transferência de renda objetiva promover o alívio imediato da pobreza; (ii) as condicionalidades reforçam o acesso a direitos sociais básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social; (iii) as ações e programas complementares procuram o desenvolvimento das famílias, a fim de que os beneficiários consigam superar a situação de vulnerabilidade.

A concepção de pobreza relativa de Sen possui direta vinculação com o seu conceito de desenvolvimento, que pode ser compreendido como um processo de expansão das liberdades reais das pessoas.

Este processo de expansão supõe a eliminação das fontes principais de privação de liberdade, dentre elas a pobreza, com outros destaques para a carência de oportunidades econômicas, tirania, desagregação social, negligência dos serviços públicos, e atuação excessivamente intolerante ou repressiva do Estado.

As políticas públicas são fontes de ampliação das capacidades das pessoas, sendo o Estado possuidor de um papel indispensável no incentivo ao desenvolvimento e na proteção das capacidades, em estrita observância aos direitos humanos fundamentais.

5 OS ELEMENTOS QUE COMPÕEM O ÍNDICE DE POBREZA MULTIDIMENSIONAL DO PNUD

Até meados da década de 1990 o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) utilizava largamente o índice de Desenvolvimento Humano (IDH)² para fins de comparação e monitoramento da incidência de pobreza nos diferentes países. Contudo, como explica Rocha (2006, p. 24) a aplicação desse índice não se revelou adequada. A autora destaca alguns motivos dentre os quais se pode citar as dificuldades de se garantir a comparabilidade em função de especificidades culturais, uma vez que os indicadores utilizados na composição do índice retratam médias, e, por sua vez, mascaram situações de extrema desigualdade de bem-estar entre os indivíduos.

Destarte, nos Relatório de Desenvolvimento Humano publicados entre 1997 e 2009, o PNUD apresentou-se um novo índice sintético, chamado de Índice de Pobreza Humana (IPH). O IPH utilizava médias nacionais para refletir as carências agregadas em saúde, educação e qualidade de vida. Contudo, não poderia determinar se os indivíduos, as famílias e os grandes grupos sofriam carências específicas.

² O IDH foi criado por Mahbub ul Haq com a colaboração de Amartya Sen. Desde a sua criação já passou por vários ajustes. O índice pretende ser uma medida geral, sintética, do desenvolvimento humano. Atualmente, os três pilares que constituem o IDH (saúde, educação e renda) são mensurados da seguinte forma: (i) Uma vida longa e saudável (saúde) é medida pela expectativa de vida; (ii) O acesso ao conhecimento (educação) é medido por: i) média de anos de educação de adultos, que é o número médio de anos de educação recebidos durante a vida por pessoas a partir de 25 anos; e ii) a expectativa de anos de escolaridade para crianças na idade de iniciar a vida escolar, que é o número total de anos de escolaridade que um criança na idade de iniciar a vida escolar pode esperar receber se os padrões prevalentes de taxas de matrículas específicas por idade permanecerem os mesmos durante a vida da criança; iii) E o padrão de vida (renda) é medido pela Renda Nacional Bruta (RNB) per capita expressa em poder de paridade de compra (PPP) constante, em dólar, tendo 2005 como ano de referência (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento).

Por tais razões um outro índice substituiu o IPH, apresentado em 2010 pelo PNUD foi chamado de Índice de Pobreza Multidimensional (IPM). Consoante esta nova metodologia, seria possível medir e diagnosticar quais os problemas enfrentados pelas famílias a partir de três dimensões: Saúde, Educação e Padrão de Vida. Nesta senda, o IPM procura computar tanto o número e pessoas que são multidimensionalmente pobres como a intensidade da sua pobreza.

O IPM indica uma solução para o ponto mais nevrálgico do antigo IPH, ao passo que possibilita refletir quantas carências simultâneas sofrem as pessoas, e qual a intensidade dessas carências. A rigor, o IPM pode ser dividido por indicadores para mostrar como as mudanças de pobreza multidimensional, dependendo da região, ou grupo étnico a que pertence o indivíduo, ocorrem. Ele também fornece uma significativa contribuição para a elaboração de políticas sociais. No IPM, dentro das dimensões de saúde, educação e padrão de vida, são avaliados outros 10 indicadores como: anos de escolaridade e crianças matriculadas (Educação); nutrição e mortalidade infantil (Saúde); combustível para cozinhar, sanitários, acesso a água potável, acesso a eletricidade, acesso a uma casa com pavimento de terra e bens domésticos - não sendo veículo, a propriedade no máximo, de dois dos seguintes bens: bicicleta, moto, rádio, geladeira, telefone e televisão (Padrão de Vida).

Damásio (2011) explica que metodologicamente, o IPM é o resultado do sopesamento de duas medidas - a taxa multidimensional da contagem de pessoas e a intensidade/amplitude da pobreza. No cálculo do IPM cada uma das três dimensões (saúde, educação e padrão de vida) concorre com uma ponderação de 1/3. Ademais, no caso da saúde e da educação, com dois indicadores cada, esses indicadores valem 5/3 e, no que se refere ao padrão de vida digno, cada um dos seus seis indicadores concorre com 5/9. A soma dos dez indicadores ($5/3+5/3+5/3+5/3+5/9+5/9+5/9+5/9+5/9+5/9$) é igual a 1.

No momento de análise de cada família, efetua-se a soma das respectivas privações multiplicadas pelo seu peso, isto é, a pontuação de privação ponderada. Se o resultado final for superior a 3 a família é enquadrada como pobre. Se o resultado estiver compreendido no intervalo entre 2 e 3, então, a família é considerada vulnerável, quer dizer, em risco de pobreza multidimensional. Quanto maior o IPM, maior é o nível de pobreza multidimensional.

O relatório do PNUD 2010 demonstra que, geralmente, nos países em que o IDH é mais baixo, os índices de pobreza multidimensional costumam ser mais elevados. Assevera ainda, estatisticamente, que a maior concentração de pobres multidimensionais está nas zonas rurais.

Ademais, o Relatório do PNUD 2014 apresenta um importante recorte acerca do tema da pobreza e da vulnerabilidade, com salutar destaque para as suas diferenças. Destaca-se que, as pessoas pobres possuem um maior grau de vulnerabilidade social, razão pela qual os riscos de choques adversos recaem de forma mais agressiva sobre os pobres. Os dados estatísticos do Relatório apontam para certas singularidades onde a pobreza multidimensional transparece de forma significativa, como nos núcleos em que as mulheres são chefes de família, que incluem uma pessoa com mais de 60 anos de idade, ou mesmo uma criança com menos de 5 anos de idade. Por fim, pode se observar que “[...] as pessoas pobres são vulneráveis, pois regra geral não tem acesso a poupanças, empréstimos ou outros ativos com que possam contar para dar respostas às contingências imprevistas.” (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2014, p. 74).

O reconhecimento e a efetivação de direitos fundamentais sociais, com vistas a erradicar o fenômeno da pobreza, torna-se imprescindível na formação de um piso básico de proteção social. Assim, durante seu ciclo de vida, todas as pessoas necessitadas deveriam contar com uma atenção de saúde essencial, gozar de uma seguridade social com nível de atenção mínimo e garantidos no plano nacional e acesso a bens e serviços.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da pobreza e as perspectivas de sua erradicação estão intimamente ligadas aos direitos de Seguridade Social. A formação de sociedades mais coesas, a partir da proteção da dignidade das pessoas, do fomento à cidadania e das implicações da solidariedade social decorrem de um novo entendimento no papel do Estado Social moderno.

A Pobreza multidimensional, ao ser reconhecida, abre caminho para a análise conjuntural do fenômeno, ao passo que permite melhorar o planejamento de ações, de políticas e programas que passem a reconhecer todos os indivíduos como sujeitos de direitos sociais, estabelecendo-se pisos mínimos de proteção básica. Os principais programas sociais de enfrentamento da pobreza no Brasil - Benefício de Prestação Continuada e o Programa Bolsa Família, como se pode observar, contam como parâmetro de inclusão a chamada linha de pobreza, ou seja, um recorte pautado nos mínimos sociais de sobrevivência.

A adoção de políticas que visem o aumento no montante de subsídios dos indivíduos não é mais suficiente embora, a renda baixa seja, claramente, uma das principais causas da pobreza. Entretanto, a ampliação no rendimento econômico não se revela medida suficiente para devolver aos pobres a capacidade de fruição a direitos fundamentais, quais sejam: trabalho, educação, saúde, cultura, segurança pública, moradia, participação, cidadania, com livres opções de determinação de suas opções de vida e futuro.

Com base nisso, percebeu-se de forma clara que, primeiramente, os Estados precisam reconhecer o que é a pobreza e suas variáveis (miséria, pobreza extrema, pobreza absoluta). Revelou-se necessário adequar a legislação interna e sintonizá-la com o plano internacional. A despeito do reconhecimento, revela-se imprescindível a adoção de medidas capazes de combater o fenômeno da pobreza, em seus diferentes âmbitos, multidimensionalmente falando, sob o enfoque do desenvolvimento das capacidades, na linguagem de Amartya Sen.

Como se pode observar, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), procurou adequar ao longo dos anos, a melhor forma de auferir níveis de desenvolvimento social e de pobreza, apontando diretrizes para a consecução de programas públicos nessa área. É notável que os índices foram sendo substituídos ao longo dos anos, evoluindo para leituras mais completas e específicas acerca do fenômeno da pobreza, capazes de identificar sutis diferenças no âmbito de um mesmo núcleo familiar. Os relatórios e estudos apresentados pelo PNUD demonstram que a erradicação da miséria demanda participação ativa dos agentes do poder público e de toda sociedade, com vistas a definir ações planejadas de combate à pobreza, de ampliação do desenvolvimento e no acesso à participação social.

Finalmente, o presente artigo procurou contribuir para a discussão de um grave problema social, com reflexos em todos os setores do Estado, e de que forma o Brasil, particularmente, precisa rever sua legislação e seus programas de combate às desigualdades, com vistas a atender direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

- ALVES, J. A. Lindgren. A Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social e os paradoxos de Copenhague. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 40, n. 1, p. 142-166, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291997000100006&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jul. 2015.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 jun. 2015.
- BRASIL. Lei n. 8742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 dez. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8742.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.212, de 20 de janeiro de 2010. Dispõe sobre a Tarifa Social de Energia Elétrica; altera as Leis nos 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.925, de 23 de julho de 2004, e 10.438, de 26 de abril de 2002; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 jan. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12212.htm>. Acesso em: 26 jul. 2015.

BRASIL. *Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome*. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

CRESPO, Antônio Pedro Albernaz; GUROVITZ, Elaine. A Pobreza como um Fenômeno Multidimensional. *RAE-eletrônica*, v. 1, n. 2, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/raeel/v1n2/v1n2a03>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

DAMÁSIO, Bruno. *Índice de Pobreza Multidimensional (IPM)*. Disponível em: <[http://pascal.iseg.utl.pt/~cesa/index.php/dicionario-da-cooperacao/Glossary-1/1/%C3%8Dndice-de-Pobreza-Multidimensional-\(IPM\)-263/](http://pascal.iseg.utl.pt/~cesa/index.php/dicionario-da-cooperacao/Glossary-1/1/%C3%8Dndice-de-Pobreza-Multidimensional-(IPM)-263/)>. Acesso em: 18 jul. 2015.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. *Pobreza e Fomes: Um ensaio sobre direitos e privações*. Tradução Freitas e Silva. Lisboa: Terramar Editores, 1999.

SINGER, Paul. *A erradicação da miséria - Uma abordagem inicial*. Disponível em: <<http://acesso.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3ADC4216013AFAE0D85014C0/A%20ERRADICA%C3%87%C3%83O%20DA%20MIS%C3%89RIA%20UMA%20ABORDAGEM%20INICIAL.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

SOARES, Sergei Suarez Dillon. *Texto para Discussão nº 1381. Metodologias para estabelecer a linha de Pobreza: Objetivas, Subjetivas, Relativas, Multidimensionais*. Rio de Janeiro: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasil. Secretaria de Assuntos Estratégicos, 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1381.pdf> Acesso em: 19 jul. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação 202*. Genebra, 2012. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/recomendacao_202.pdf>. Acesso em: 23 maio 2015.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA USP. *Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social*. Copenhague, 1995. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%A2ncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es- Unidas-sobre-Direitos-Humanos/declaracao-e-programa-de-acao-da-cupula-mundial-sobre-desenvolvimento-social.html>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório do Desenvolvimento Humano de 2010*. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2010pt.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório do Desenvolvimento Humano de 2014*. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014pt.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

TRIGUEIROS, Aida Maryleid dos Santos; ALONSO, Jesús René Pino. A pobreza: Debate Científico. *TélaNón*, 25 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.telanon.info/suplemento/estudos/2011/04/25/6969/a-pobreza-debate-cientifico/>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

ROCHA, Sonia. *Pobreza no Brasil. Afinal, de que se trata?* Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DIREITOS HUMANOS, DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNERO

Candy Florencio Thome*

RESUMO

Nesse estudo, o princípio da igualdade de gênero é analisado sob o enfoque de sua inserção no âmbito dos direitos humanos e dos direitos sociais. Todos os direitos humanos têm como características a indivisibilidade, a universalidade e a interdependência. Apesar disso, os direitos sociais costumam ser tratados como direitos que não fazem parte dos direitos humanos ou são rotulados como forma específica de direitos humanos que não comporta a mesma análise, aplicação e efetividade dos demais direitos. O direito à igualdade de gênero é um direito intrinsecamente ligado aos direitos sociais, uma vez que qualquer recorte nos demais direitos sociais impacta diretamente a igualdade de gênero. Ainda que a presença de direitos sociais seja necessária para o alcance da igualdade de gênero, sua mera presença, no entanto, não é suficiente, devido, principalmente, ao fato de as principais teorias do Estado social não terem levado em conta a posição desigual entre o homem e a mulher e suas consequências nas prestações sociais. Dessa forma, o modelo de Estado social atual deve ser mudado, acabando com a oposição entre provedor (a) e cuidador (a), que é o principal eixo da divisão sexual do trabalho, assim como a oposição entre estruturas públicas institucionais e estruturas privadas do âmbito doméstico. Conclui-se, portanto, que, apenas mediante a observância concomitante de diversos princípios de igualdade

* Pós-doutora pela Universidad de Córdoba; Pós-doutora da rede Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano/Pontificia Universidade Católica de São Paulo/Universidad Católica Silva Henríquez/Universidad de Manizales/Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo; Doutoranda pela Universidad da Castilla-LaMancha; Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15a Região; Rua João Pedro Corrêa, 115, Santa Terezinha, 13411-142, Piracicaba, São Paulo; Brasil; candythome@trt15.jus.br

de gênero, é possível uma sociedade com uma efetiva garantia dos direitos humanos das mulheres.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direitos das mulheres. Igualdade de gênero.

1 INTRODUÇÃO

Nesse estudo, são analisados o princípio da igualdade de gênero, sob o enfoque de sua inserção no âmbito dos direitos humanos e dos direitos sociais. Para isso, são estudadas, as relações entre os direitos sociais e os direitos humanos, as características de indivisibilidade, universalidade e interdependência dos direitos humanos, as relações entre direitos sociais e a igualdade de gênero e a consequente necessidade de especificação dos sujeitos dos direitos humanos, bem como as relações entre o Estado social, os recortes sociais e a igualdade de gênero.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS SOCIAIS

Os direitos humanos são direitos consagrados nos tratados internacionais considerados, em tais normas internacionais, como direitos dos quais são sujeitos todas as pessoas, pelo simples fato de sua humanidade (COMPARATO, 2003, p. 12). Tais direitos são paradigmas e referenciais éticos que orientam a ordem internacional contemporânea (PIOVESAN, 2007, p. 118).

A Carta das Nações Unidas prevê a defesa, promoção e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, mas não define o alcance dessas expressões, sendo que a definição dos direitos humanos e liberdades fundamentais foi efetuada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Essa Declaração consagra um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos

Estados e tem como objetivo o delineamento de uma ordem pública fundada no respeito à dignidade humana, consagrando valores básicos universais, não sendo, portanto, possível, a existência de qualquer reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração, bem como de qualquer voto contrário a suas disposições.

Em 1966, são aprovados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) que entram em vigor apenas em 1976, devido ao número mínimo de ratificações exigido para o início de sua vigência.

Os direitos humanos decorrem do princípio básico da dignidade da pessoa, introduzido pela Declaração Universal de 1948 e, posteriormente, consolidado pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993 (HÄBERLE, 2010, p. 173). São tais direitos fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na luta pela dignidade humana, compondo um construto axiológico emancipatório, pois, como observa Comparato (2007, p. 21), a dignidade humana consiste no fato de que o ser humano é um ser considerado e tratado em si mesmo, como um fim em si mesmo e nunca como um meio para o alcance de um resultado e no fato de que, pela sua vontade racional, apenas o ser humano vive em condições de autonomia, ou seja, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Os direitos humanos, dentro dos quais está inserido o direito à igualdade, têm como características nucleares a universalidade, indivisibilidade e interdependência, uma vez que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabeleceu tais características, ao unir o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade.

A universalidade dos direitos humanos, que determina a extensão universal desses direitos, consta, pela primeira vez em um documento internacional, na Declaração Universal dos Direitos Hu-

manos, que iniciou a fase de positivação e universalização desses direitos e foi reiterada nas demais normas internacionais, uma vez que a consciência da necessidade de proteção dos direitos humanos não apenas no âmbito nacional, mas também no âmbito internacional foi se generalizando ao longo das últimas décadas (AMARAL JÚNIOR, 2011, p. 30).

De forma complementar aos direitos humanos consagrados a todas as pessoas indistintamente, desenvolveu-se um sistema internacional especial de direitos humanos que leva em conta a especificação do sujeito de direito, ou seja, junto ao sujeito genérico e abstrato, configura-se o sujeito de direito concreto, considerado em sua especificidade e na concretude de suas relações sociais. Esse sistema especial de proteção tem como objetivos principais a prevenção da discriminação e a proteção de pessoas ou grupo de pessoas em situação de vulnerabilidade, reconhecendo direitos endereçados, por exemplo, a crianças, aos idosos, às mulheres e às vítimas de discriminação racial (PIOVESAN, 2007, p. 184-185).

O debate entre universalismo e particularismo, hoje, tem como principal fonte as questões de gênero. Benhabib (2007, p. 12-16) define universalismo como o princípio de que todos os seres humanos, independentemente de sua raça, sexo, orientação sexual, habilidades físicas ou corporais e arcabouço ético, cultural, religioso ou linguístico são titulares de um respeito moral igual. A autora afirma que o universalismo não consiste na essência ou natureza humana, mas sim em experiências de consenso a despeito de diversidades, conflitos, disputas e lutas, sendo antes uma aspiração e não um fato. Quanto ao universalismo jurídico, afirma que qualquer justificação política dos direitos humanos, ou qualquer projeto de universalismo jurídico, pressupõe o recurso ao universalismo justificativo. A tarefa de justificação, por sua vez, não pode proceder sem o reconhecimento da liberdade comunicativa do outro, ou seja, do direito do outro de aceitar como legítimas apenas aquelas regras de ação cuja vali-

dade foi convencionada mediante argumentos justificáveis. Assim, o universalismo justificativo funda-se no universalismo moral.

Apesar de ser adepta das teorias da universalidade dos direitos humanos, Benhabib, proclama a necessidade de um universalismo que seja interativo, não legislativo, consciente das diferenças de gênero e não *gender blind*, contextualmente sensitivo e não indiferente à situação. Assim, o “outro generalizado” é associado a uma ética de justiça e uma categoria moral de direitos. O “outro concreto”, em contrapartida, é um indivíduo único com história e necessidades particulares. Dessa forma, não se deve ceder à tensão entre universalismo e especificidades, escolhendo um e negando o outro, mas sim negociar sua interdependência recolocando o universal em contextos concretos (CANADAY, 2003, p. 58-59).

A indivisibilidade, outra característica dos direitos humanos, consubstancia-se no fato de que não é possível o alcance pleno de apenas algumas partes dos direitos humanos, sejam os direitos humanos relacionados a direitos civis e políticos, sejam os direitos humanos ligados aos direitos sociais, econômicos e culturais, uma vez que o princípio da dignidade humana é fundamento tanto dos direitos civis e dos direitos políticos, como dos direitos sociais, econômicos e culturais, estando esses direitos relacionados entre si em um processo de retroalimentação constante, já que o padrão de exclusão socioeconômica exacerbado da atualidade consubstancia-se em um ataque às noções de universalidade e a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos, alcançando, prioritariamente, os grupos sociais em situação de maior vulnerabilidade, tais como mulheres e população negra (PIOVESAN, 2011, p. 1242-1243).

No tocante à interdependência dos direitos humanos, deve-se observar que a satisfação de direitos sociais, econômicos e culturais é indispensável para a existência de direitos civis e políticos, que requerem uma situação de superação das necessidades humanas

básicas para ser exercidos plenamente. Por outro lado, os direitos civis e políticos são indispensáveis como mecanismos de controle do cumprimento das obrigações que emanam de direitos sociais, econômicos e culturais, já que esses direitos estão em um processo de retroalimentação constante (ABRAMOVICH; COURTIS, 2006, p. 72).

O desenvolvimento de um direito humano facilita o desenvolvimento de outros direitos humanos e a carência de um direito humano também afeta os demais direitos humanos. Em síntese, para a garantia efetiva dos direitos humanos, faz-se necessário que tantos os direitos civis e políticos como os direitos sociais sejam acessíveis a todos os seres humanos, uma vez que os direitos humanos são um complexo integral, único e indivisível.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, define, como direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.¹

Os direitos sociais podem ser definidos como aqueles relacionados “[...] à proteção dos indivíduos economicamente enfraquecidos ao ter por finalidade o equilíbrio social, o bem comum, o direito à satisfação das necessidades vitais do indivíduo como membro da coletividade ante um esforço conjunto dos institutos jurídicos para a eficácia e efetividade das normas de direito social”, prevalecendo, para o direito social, o interesse coletivo sobre o interesse privado (CARVALHO; COSTA, 2010, p. 11-13).

Apesar da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, os direitos sociais costumam ser tratados como direitos que não fazem parte dos direitos humanos ou, quando tratados como tais, são rotulados como forma específica de direitos

¹ Diante da expressão utilizada na Constituição brasileira, doravante, a expressão “direitos sociais” será utilizada no lugar de “direitos sociais, econômicos e culturais”.

humanos que não comporta a mesma análise, aplicação e efetividade dos demais direitos. Boa parte da doutrina costuma considerá-los como mera carta de princípios informadores ou como direitos programáticos, sem uma exigibilidade por parte de seus titulares.

2.2 DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNERO

O princípio da igualdade de gênero é um desdobramento do princípio da igualdade, que tem fundamento na dignidade da pessoa humana, e é sustentáculo fundamental do Estado democrático e princípio crucial da estruturação de um sistema político e jurídico.

O princípio da igualdade é um princípio reconhecido como um princípio constitucional inerente ao regime democrático, impondo-se a todos os ramos do Estado e não apenas ao aplicador da lei, na esfera administrativa ou judiciária, mas também, ao próprio legislador, pois, ao lado de uma desigualdade perante a lei, pode haver uma desigualdade da própria lei (COMPARATO, 2011, p. 462).

A discriminação negativa ofende o princípio da igualdade quando determinada norma atinge um destinatário determinado, quando adota, como critério discriminador, elemento não residente nos fatos, quando atribui tratamentos jurídicos diferentes conforme o critério diferenciador adotado, sem a correspondente pertinência lógica de tal diferenciação, quando, apesar de a norma estabelecer critérios diferenciadores abstratos, seus efeitos são dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente e quando a interpretação de determinada norma leva a distinções que não foram expressas por ela de forma clara, mas de uma maneira implícita (MELLO, 1993, p. 47-48).

Para coibir tais discriminações, os organismos internacionais passam, a partir desse processo de especificação do sujeito de direito, a se ocupar dos problemas da discriminação negativa entre mulheres e homens, consagrando o princípio da igualdade em vários

tratados e convenções internacionais, com a regulação dos direitos humanos das mulheres.

No tocante aos direitos humanos das mulheres, esses são aqueles constantes de instrumentos internacionais vigentes, principalmente a Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (CEDAW), de 1981, e seu protocolo opcional de 2000.

Outros importantes tratados que formam parte dos documentos de definição e proteção dos direitos humanos das mulheres são: a Convenção para a supressão do tráfico de pessoas e a exploração da prostituição de outros, de 1949, a Convenção dos direitos políticos das mulheres, que obriga os Estados-membros a permitir que as mulheres votem e possam ser votadas e ocupar cargos públicos nos mesmos termos que os homens, de 1952, a Convenção sobre a nacionalidade das mulheres casadas, que tem como objetivo a proteção dos direitos da mulher casada a manter sua nacionalidade, de 1957, a Convenção da UNESCO contra a discriminação na educação, que consagra a igualdade na oportunidade de educação para homens e mulheres, incluídas as meninas, a Declaração da ONU para a eliminação da violência contra as mulheres, que considera que a violência contra as mulheres é um dos mecanismos cruciais pelos quais as mulheres são forçadas em posições subordinadas se comparadas aos homens, de 1993, a Declaração da OIT sobre os princípios fundamentais e direitos do trabalho, de 1998 e a Convenção de Belém do Pará, sobre violência contra a mulher.

As desigualdades mundiais vem aumentando pela limitação do acesso gratuito aos serviços públicos, sendo as mulheres as que mais sofrem as consequências da retração dos serviços cobertos pelo Estado, já que, quando o Estado corta recursos relativos aos cuidados com os jovens, doentes e idosos, quem vai arcar com esses cuidados, na maior parte das vezes, são as mulheres, a quem tradicionalmente se atribuíram essas responsabilidades, gerando problemas reflexos de

desigualdades, uma vez que as mulheres que têm condições financeiras, pagarão outras para realizar tais serviços, mantendo suas carreiras e oportunidades de trabalho, ao passo que aquelas que não têm, exercerão uma dupla jornada excessivamente onerosa para sua saúde e oportunidades de trabalho (CRENSHAW, 2002).

Dessa forma, o princípio da igualdade de gênero está intrinsecamente ligado com os demais direitos sociais, pois a forma como cada Estado trata a questão do cuidado (*care*)² tem consequências diretas na igualdade de gênero. Bjornsdottir (2009, p. 735) analisa a crescente tendência, em vários países, da transformação do *care* em um problema de responsabilidade familiar, diminuindo seu enfoque como política pública e como essa mudança para uma posição conservadora afeta a igualdade de gênero, já que, quando o Estado passa a responsabilizar a família pelo cuidado com as crianças e com as pessoas em situação de dependência, essa responsabilização é voltada para as mulheres, diante do preconceito existente de uma vocação da mulher para o cuidado com o outro.

A assistência às crianças e às pessoas que necessitam de cuidados, quando não é fornecida pelo Estado, costuma ser atribuída às mulheres, diante da divisão sexual do trabalho existente em nossa sociedade, que, sob forma de dominação, atribui às mulheres o cuidado com a família, crianças e dependentes sob o argumento de que elas teriam uma “vocação nata” para tais serviços. Assim, quando o Estado fornece assistência e saúde aos cidadãos, de forma gratuita e efetiva, a possibilidade de as mulheres participarem da vida pública aumenta. A diminuição de tais serviços acaba, portanto, aumentando as desigualdades entre homens e mulheres, uma vez que dificulta o acesso das mulheres ao trabalho e à vida pública.

² Neste trabalho, *care* é utilizado como o trabalho, profissional ou não, remunerado ou não, de cuidado com crianças, com idosos e com pessoas que necessitem de ajuda para a manutenção de suas atividades básicas.

As políticas públicas que têm por objetivos ou resultados recortes nos direitos sociais colocam as mulheres como eixo oculto de equilíbrio ou compensação social, já que a diminuição do gasto público e a redução dos programas sociais e a privatização dos serviços intensificaram o trabalho doméstico das mulheres. Ao não levar em conta o trabalho reprodutivo, as políticas públicas fazem com que as mulheres aumentem sua carga de trabalho na sociedade para compensar essa diminuição de prestação de serviços públicos (CELIBERTI; MESA, 2010, p. 16).

Isso se dá devido ao fato de que uma boa parte dos serviços prestados pelo Estado, em um Estado Social de Direito, é a assistência, que, no Brasil, faz parte do sistema de seguridade social previsto no art. 196 da Constituição Federal, juntamente com a Saúde e a Previdência Social. No Brasil, muitos dos benefícios de Assistência Social são atribuídos às mulheres, tais como o Programa Bolsa família, por exemplo.

Ainda que a presença de direitos sociais seja necessária para o alcance da igualdade de gênero, sua mera presença não é suficiente, devido, dentre outras razões, ao fato de as principais teorias do Estado social não terem levado em conta a posição desigual entre o homem e a mulher e suas consequências nas prestações sociais e, se o Estado social, de uma forma, melhorou as condições socioeconômicas das mulheres, de outra forma, também ajudou a perpetuar uma série de preconceitos de gênero. As mulheres são as mais atingidas com cortes sociais, também em um Estado social, diante da dualização desse sistema, com um sistema de seguridade social, que atinge mais os homens, e um sistema de assistência social, que têm como destinatários um número maior de mulheres, diante do paradigma do homem provedor existente no capitalismo (FRASER, 1985, p. 107-122).

A maioria dos sistemas de seguridade social foi, originalmente, concebida com base no modelo masculino de provedor. Esse modelo fundamenta-se na percepção do homem como chefe da família e provedor dessa e na percepção da mulher como a principal responsável pelo trabalho não pago de *care*. Nesses sistemas, as mulheres

tinham garantida uma forma de proteção derivada da proteção que seu marido tivesse. Seus ganhos oriundos de atividades profissionais eram considerados suplementares aos ganhos de seu marido.

As legislações atuais ainda tendem a refletir esse modelo, mesmo que haja muitas melhoras na atualidade. Um exemplo muito comum é valor menor dos benefícios por aposentadoria das mulheres nos Estados Unidos e Europa, por causa da presença maciça das mulheres nas formas de contratação a tempo parcial. Além disso, as alterações recentes de aposentadoria reforçam a situação desfavorável das mulheres, que costumam ter uma carreira marcada pela descontinuidade, devido à maternidade e criação dos filhos e por tempos de trabalho mais curtos, além de salários menores, já que tais fatos irão incidir de forma a diminuir o valor do benefício a ser concedido (HIRATA, 2004, p. 15).

Um exemplo dessa discriminação indireta em prejuízo das mulheres é a forma de cálculo do fator previdenciário no Brasil. O fator previdenciário, que surgiu com a Emenda Constitucional n. 20/1998, baseia-se em quatro elementos: alíquota de contribuição, idade do trabalhador, tempo de contribuição à Previdência Social e expectativa de sobrevida do segurado. Desses elementos, dois são prejudiciais às trabalhadoras, já que as mulheres se aposentam com menos tempo de contribuição que os homens e sua expectativa de sobrevida, no Brasil, é maior que a dos homens. Apesar de haver uma tentativa de minorar esse prejuízo, com o acréscimo de cinco anos de tempo de contribuição para as mulheres no cálculo do fator previdenciário, as aposentadorias das mulheres continuam sendo mais baixas.

Conclui-se, portanto, que as mulheres são um coletivo que se beneficia dos direitos sociais, mormente da estrutura da seguridade social, mas de uma forma desigual que os homens, já que essas são a maioria de titulares de determinados amparos assistenciais como Bolsa Família e amparos a idosos e são maioria no coletivo de

concessões de previdência social por idade, percebendo valores bem menores de aposentadoria que os homens.

2.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNERO E A CIDADANIA

Habermas (1997) formula um conceito de democracia deliberativa, conforme um modelo procedimental-deliberativo, em que os processos de comunicação e decisão do sistema político se conectam ao mundo da vida por uma abertura estrutural, permitida por uma esfera pública sensível, porosa, capaz de introduzir no sistema político os conflitos existentes na periferia, em que a dimensão política comparativa tomada pelo autor é a formação democrática da opinião e da vontade.

Quanto à definição do conteúdo das normas sobre igualdade de gênero, Habermas (1997, p. 159-169) considera que

[...] nenhuma regulamentação, por mais sensível que seja ao contexto, poderá concretizar adequadamente o direito igual a uma configuração autônoma da vida privada, se ela não fortalecer, ao mesmo tempo, a posição das mulheres na esfera pública política, promovendo a sua participação em comunicações políticas, nas quais é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade.

Habermas (1997, p. 169) chega à conclusão que para ser solucionada a tensão entre igualdade e diferença, nas relações de gênero, faz-se necessário que todos os sujeitos sejam ouvidos para não se correr o risco de tutelar ou prejudicar ninguém. Assim, a forma como a identidade dos sexos e suas relações será interpretada dependerá de discussões públicas constantes, nas quais as próprias concernidas podem reformular o tema ou assunto em questão a ser reconhecido, e elas mesmas decidirem quais as necessidades que precisam ser corrigidas por meio do direito.

Partilha-se da ideia de Habermas de que os próprios sujeitos envolvidos devem organizar a proteção de seus direitos, enfatizando-se, inclusive, a importância da atuação das mulheres nas organizações públicas para a legitimação dos direitos de igualdade de gênero. Faz-se necessário, porém, a análise de alguns pontos dessa teoria, já que essa teoria não abarca, por completo, a problemática da igualdade de gênero.

Segundo Fraser (1985, p. 99-101), a distinção habermasiana entre a reprodução material e a reprodução simbólica das sociedades é, conceitualmente, inadequada e potencialmente ideológica, já que o cuidado com as crianças exige não apenas atividades de reprodução simbólica, mas também atividades de reprodução material, como alimentação, banho, proteção contra acidentes, etc., devendo ser consideradas, em verdade, como atividades de aspecto dual. Essa distinção entre o trabalho não pago de cuidado (*care*) com as crianças e outras formas de trabalho que são pagas não é natural, portanto, e gera o risco de se classificar o trabalho de cuidado (*care*), geralmente efetuado por mulheres, como um trabalho diferente do trabalho pago e de legitimar o confinamento das mulheres em uma esfera à parte.

Outro ponto controverso da teoria habermasiana é a separação em uma esfera pública e uma esfera privada que, juntas, constituem o que o autor chama de as duas ordens institucionais do mundo da vida moderna, com base na divisão, por parte das sociedades modernas, entre sistema e mundo da vida, colocando, de um lado, a economia oficial capitalista e o Estado administrativo moderno e, de outro lado, o núcleo familiar e a esfera pública. O mundo da vida fica, portanto, separado em duas esferas que, por sua vez, proporcionam ambientes complementares apropriados para os dois sistemas: a esfera privada, o núcleo familiar, que está ligada ao sistema econômico oficial, e a esfera pública, ou seja, o espaço de participação política, debate e opinião, que está ligado ao sistema de Estado-administrativo.

Fraser (1997, p. 85-89) considera que não pode haver definição *a priori* desse conceito, devendo ser colocada em debate, inclusive, a determinação do que é e do que não é público, uma vez que determinar, de antemão, o núcleo familiar como algo privado perpetua a dominação masculina, devendo ser considerado como um problema de interesse comum exatamente o que for deliberado.

Habermas não considera, tampouco, a subordinação das mulheres aos homens tanto no âmbito familiar quanto no âmbito do trabalho remunerado e não leva em conta os papéis sexuais na sociedade quando critica o Estado social, não observando o fato de que são as mulheres as mais atingidas com cortes sociais e com a diminuição dos direitos sociais no modelo liberal, tampouco percebendo a dualização do Estado social, com um sistema de seguridade social, que atinge mais os homens, e um sistema de assistência social, que têm como destinatários um número maior de mulheres, diante do paradigma do homem provedor existente no capitalismo (FRASER, 1985, p. 122).

Fraser (1985, p. 115-116) aponta, ainda, outra questão em que Habermas não percebe a problemática do gênero em sua teoria: para o estudioso alemão, o exercício da cidadania encontra-se, basicamente, na participação política de debates e formação de opinião pública. Dessa forma, a cidadania depende, crucialmente, da capacidade de discursar, da habilidade de participar, em pé de igualdade com outros, nos diálogos e discussões. Essas capacidades, porém, estão conectadas, no capitalismo clássico, com a masculinidade. São capacidades negadas, de diversas formas, às mulheres, havendo, dessa maneira, uma clara dissonância entre a feminidade e as capacidades dialógicas que são centrais para a concepção de cidadania de Habermas, tornando o papel de cidadão um papel precipuamente masculino.

A autora norte-americana Fraser (1995, p. 119) considera que a reconstrução da questão de gênero, com uma transformação emancipatória das sociedades capitalistas com dominação masculina, requer uma transformação dos papéis de gênero e das instituições

que o mediam. Na medida em que o papel de trabalhador (a) e de cuidador (a) são tão fundamentalmente incompatíveis um com o outro, não é possível a universalização de um ou outro para a inclusão de ambos os gêneros. Assim, alguma forma de “desdiferenciação” do trabalho de cuidados com crianças e com a casa (*care*) e outra forma de trabalho é necessária. Da mesma forma, na medida em que o papel de cidadão é definido para abranger aspectos da vida militar, mas não aspectos de cuidados com crianças e está amarrado aos modos masculinos de diálogo, então, não é um papel capaz de incluir as mulheres.

Para a efetivação dessa participação, Fraser (1997, p. 44-55) propõe uma concepção de igualdade de gênero como igualdade complexa que não pode se identificar com um único valor ou norma. Assim, entre os princípios que ela considera necessários para constituir essa igualdade de gênero estão os seguintes: princípio da não pobreza, princípio da exploração, princípio da igualdade de remuneração, princípio da igualdade de tempo para o ócio, princípio da igualdade de respeito, princípio da não marginalização e do não androcentrismo.

O princípio da não pobreza significa que, para haver igualdade de gênero, é crucial que a pobreza seja combatida e prevenida, principalmente no que concerne aos baixos salários das mães solteiras (FRASER, 1997, p. 45-46).

O princípio da não exploração visa a impedir que mulheres em situação de vulnerabilidade sejam exploradas em determinado Estado, uma vez que as mulheres economicamente dependentes de seus companheiros ou de outras pessoas estão sujeitas a sofrer mais violência (FRASER, 1997, p. 46).

O princípio de igualdade de remuneração pressupõe uma igualdade remuneratória, não apenas salarial, mas de quaisquer verbas e o princípio da igualdade de tempo para o ócio tem por objetivo combater os efeitos nocivos da dupla jornada de trabalho, que causa uma “pobreza de tempo livre” para a mulher (FRASER, 1997, p. 47-48).

O princípio de igual respeito visa a combater a utilização da mulher como objeto sexual e o princípio da não marginalização tem por objetivo proporcionar uma maior participação das mulheres nos espaços públicos (FRASER, 1997, p. 48).

Por fim, o princípio do não androcentrismo significa que, para haver uma igualdade de direitos, um Estado social não deve permitir que o modo de vida e as formas de pensar, culturalmente, típicas dos homens sejam admitidas como única forma de pensar e modo de vida válidos (Fraser, 1997, 48-49).

Diante desses princípios, Fraser (1997, p. 59-60) propõe um modelo de Estado social, chamado pela autora de *universal caregiver model*. Segundo esse modelo, o modo atual de vida da mulher, ou seja, a conciliação entre trabalho e família, deve ser o mesmo para os homens e é necessário repartir e distribuir os papéis entre uns e outras, para que os homens façam mais trabalho de *care* do que fazem atualmente.

Dessa maneira, todos os trabalhos das atividades produtivas devem ser estruturados de forma a proporcionar que mulheres e homens efetuem trabalho de cuidado (*care*), proporcionar que ambos tenham uma semana laboral mais curta, com acesso a prestações públicas, em caso de desemprego.

O Estado deve prestar, de forma parcial, esse trabalho de *care*, nesse modelo, assim como os homens e mulheres, eliminando a oposição entre provedor (a) e cuidador (a), que é o principal eixo da divisão sexual do trabalho, assim como terminar com a oposição das estruturas públicas institucionais e estruturas privadas do âmbito doméstico (FRASER, 1997, p. 61-62). Apenas com esse modelo, com princípios múltiplos de igualdade de gênero, é possível uma sociedade com uma efetiva garantia dos direitos humanos das mulheres.

3 CONCLUSÃO

Todos os direitos humanos têm como fundamento o princípio da dignidade humana e são indivisíveis, universais e interdependentes. Dessa forma, a violação aos direitos sociais gera uma violação reflexa aos direitos civis e políticos, na medida em que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos, ocorrendo o mesmo com a violação dos direitos civis e políticos.

Com o processo de especificação dos sujeitos dos direitos humanos, as organizações internacionais e suas normas passaram a se ocupar dos problemas da discriminação entre mulheres e homens, consagrando o princípio da igualdade de gênero em vários tratados e convenções internacionais.

No âmbito específico de gênero, o Estado social está intrinsecamente ligado com as questões de divisão sexual do trabalho e com o combate contra a discriminação da mulher no trabalho, uma vez que a existência desse Estado facilita o alcance da igualdade de gênero.

Isso se dá devido ao fato de que uma boa parte dos serviços prestados pelo Estado, em um Estado Social, é a assistência, que, no Brasil, faz parte do sistema de seguridade social previsto no art. 196 da Constituição Federal, juntamente com a Saúde e a Previdência Social. Quando essa assistência não é fornecida pelo Estado, seu ônus costuma ser atribuído às mulheres, diante da divisão sexual do trabalho existente em nossa sociedade, que, sob forma de dominação, atribui a essas o cuidado com a família, crianças e dependentes sob o argumento de que elas teriam uma “vocação nata” para tais serviços.

Ainda que a presença de direitos sociais seja necessária para o alcance da igualdade de gênero, sua mera presença não   suficiente, devido, dentre outras razões, ao fato de as principais teorias do Estado social não terem levado em conta a posi o desigual entre o homem e a mulher e suas consequências nas presta es sociais e, se, de uma forma, o Estado social melhorou as condi es socioecon mi-

cas das mulheres, de outra forma, também ajudou a perpetuar uma série de preconceitos de gênero. As mulheres são as mais atingidas com cortes sociais, também em um Estado social, diante da dualização desse sistema, com um sistema de seguridade social, que atinge mais os homens, e um sistema de assistência social, que têm como destinatários um número maior de mulheres, diante do paradigma do homem provedor existente no capitalismo.

A sociedade como um todo, e as mulheres, especificamente, devem participar do processo de elaboração das normas e das políticas de uma forma democrática, atuando como um sujeito coletivo. Não se pode permitir que, por desequilíbrios de poder, tal participação seja meramente formal, sem levar em conta as necessidades reais e a efetividade do princípio de igualdade.

Ademais, o modelo de *care* atual deve ser mudado, é necessário dividir e distribuir os papéis entre mulheres e homens, e esses devem fazer mais trabalho de *care* do que fazem atualmente. As atividades produtivas devem ser estruturadas de modo que todas as pessoas que realizem trabalho de *care* (homens e mulheres) tenham uma semana de trabalho mais curta e todos devem ter acesso a prestações públicas em caso de desemprego.

Deve-se, também, acabar com a oposição entre provedor(a) e cuidador(a), que é o principal eixo da divisão sexual do trabalho, assim como terminar com a oposição entre estruturas públicas institucionais e estruturas privadas do âmbito doméstico.

Apenas mediante a observância concomitante de diversos princípios de igualdade de gênero, é possível uma sociedade com uma efetiva garantia dos direitos humanos das mulheres.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales en el debate democrático*. Madrid: Bomarzo, 2006.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Direitos humanos: da utopia à realidade. In: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia. *Teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25-40.

BENHABIB, Seyla. Another universalism: on the unity and diversity of human rights. *Proceedings and addresses of the American Philosophical Association*. Newark: American Philosophical Association, v. 81, n. 2, p. 7-32, Nov. 2007.

BJORNSDOTTIR, Kristin. The ethics and politics of home care. *International Journal of Nursing, Studies*, n. 46, p. 732-739, 2009.

CANADAY, Margot. Promising alliances: the critical feminist theory of Nancy Fraser and Seyla Benhabib. *Feminist Review. Palgrave Macmillan Journals*, i. 64, p. 50-69, 2003.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Direito público*, São Paulo: IDP- IOB, ano 7, n. 34, p. 7-40, jul./ago. 2010.

CELIBERTI, Lilian; MESA, Serrana. *La equidad de Género en los países del MERCOSUR*. Montevideo: Centro de Formación para la Integración Regional, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. In: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Doutrinas essenciais. Direitos humanos. Direitos civis e políticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista estudos feministas*, Florianópolis: Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, ano 10, n. 1, p. 171-188, 2002.

FRASER, Nancy. *Justice interruptus: critical reflections on the 'Post-socialist' condition*. Nova Yorque: Routledge, 1997.

FRASER, Nancy. *Scales of justice: reimagining political space in a globalizing world*. Nova York: Columbia University, 2010.

FRASER, Nancy. What's Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender. *New German Critique*, i. 35, p. 97-131, 1985. Special Issue on Jürgen Habermas.

HÄBERLE, Peter. Direitos humanos e globalização. *Direito público*, São Paulo: IDP- IOB, v. 7, n. 34, p. 172-179, jul./ago. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HIRATA, Helena. O universo do trabalho e da cidadania das mulheres - um olhar do feminismo e do sindicalismo. In: COSTA, Ana Alice et al. (Org.). *Reconfiguração das relações de gênero no trabalho*. São Paulo: CUT Brasil, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional. In: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia. *Teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: A NECESSÁRIA CONJUGAÇÃO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Daiane Garcia Masson*
Rogerio Luiz Nery da Silva**

RESUMO

A presente pesquisa, em fase inicial, desenvolve-se no contexto do grupo de trabalho da área de concentração de eficácia material dos direitos fundamentais sociais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). O objetivo central consiste em enfrentar os conceitos de reserva do possível e de mínimo existencial, contrastando-os enquanto argumentos de discussão sobre a maior ou a menor exigibilidade dos direitos sociais, sua classificação e sua dosimetria conquanto a busca do máximo atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Em termos centrais, o estudo provoca o debate em torno da não alternatividade ao Estado de poder alegar escassez de recursos diante da falta de concretização do conteúdo mínimo dos direitos sociais. A reflexão que se convida é a de que os argumentos, na verdade, não concorrem entre si, mas são mutuamente complementares, vale dizer, mesmo diante do reconhecimento e aceitação da situação de escassez, as condições mínimas de vida digna devem ser garantidas aos cidadãos. O trabalho está dividido em quatro par-

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, na área de concentração em Dimensões materiais e eficacias dos Direitos Fundamentais, na linha de pesquisa de Direitos Fundamentais sociais: relações de trabalho e seguridade social; Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera; Pesquisadora em direitos fundamentais sociais e Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; daia0712@hotmail.com

** Pós-Doutor pela Université de Paris X (França); Pós-Doutor pela New York Fordham University Law School; Professor-pesquisador na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; dr.rogerionery@gmail.com

tes principais: inicia pela característica de direitos subjetivos dos direitos sociais, portanto, como direitos exigíveis, perpassa pelos ditos argumentos, em construção - da reserva do possível e do mínimo existencial - para, a seguir, finalizar concluir pelo necessário diálogo que deve existir os mesmos, com vistas à efetividade mínima aceitável dos direitos fundamentais sociais. Metodologicamente, adotou-se a pesquisa bibliográfica de reconhecidas fontes doutrinárias, com emprego da pesquisa analítico-interpretativa.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Reserva do possível. Mínimo existencial. Efetividade.

1 INTRODUÇÃO

A constatação das limitações materiais à concretização dos direitos fundamentais sociais apresenta as mais variadas configurações, fazendo-se geralmente capitaneada pela escassez de recursos financeiros estatais e podendo apresentar diversos matizes: há casos em que ela se confirma de forma contundente; há outros em que sua restrição não oferece maiores obstáculos e outros ainda, em que ela se apresenta de modo marcadamente semântico, apenas para justificar a alocação política dos referidos recursos e com certo excesso de discricionariedade. Não se trata, portanto, de um esforço apriorístico para repetir argumentos apressados que pugnem por prestações positivas infundáveis, diversificadas para todos os cidadãos (direito constitucional) ou administrados (direito administrativo), mas, ao contrário, de refletir sobre o significado dos dois conceitos de modo a compreender seu alcance, em termos de até onde as pernas do Estado podem chegar e também sobre como enxergar e definir quais as prestações materiais que se caracterizam como absolutamente necessárias, mesmo em contexto de crise permanente - vivido por quase todos os países, baseado no esforço de teóricos do direito, engajados em criar parâmetros para a promoção da vida com dignidade, portanto, entre o suporte filosófico e as balizas da realidade material.

O mínimo existencial deve se apresentar como regra base - parâmetro de aceitabilidade - ao conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, em situações de carência de recursos. Mesmo em países com bons resultados econômicos a utilização referencial do mínimo existencial tem venerável importância, registrando intensa atividade parametrizadora desse valor constitucional, criando de forma jurisprudencial e, depois, de forma administrativa, patamar aceitável de atendimento às necessidades sociais.

Cuida-se, sumariamente, de filtrar dentre os pretendentes a prestações sociais aqueles que são efetivamente carentes para cada grupo de necessidades materiais, e, dentre o plexo de prestações historicamente reclamáveis, quais as de maior necessidade e urgência para garantia da vida em condições de dignidade - o que impõe diferenciar não se tratar de condições de mera sobrevivência, mas de viver dignamente.

De outro aporte, significa adotar referências dotadas de certo grau de cientificidade e justiça para aperfeiçoar também a gestão da coisa pública em benefício dos mais necessitados, sem sacrifício desproporcional dos contribuintes em gênero. O entendimento de mínimo constitui patamar referencial que não significa modelo único aplicável a todos os casos, em todos os países e sociedades, que defina um rol de prestações idêntico para todas as pessoas, mas um estudo contínuo a definir qual a dignidade mínima exigível por todos, num dado contexto político-econômico-social.

Mais do que o atendimento das necessidades de manutenção da vida em fronteira mínima *minimorum* - abaixo da qual não se possa passar, constitui o ponto de dignidade abaixo do qual não se pode admitir viver uma pessoa, dotado de efetiva ajustabilidade dinâmica, vale dizer, passível de ser alterado como parâmetro para um nível superior, em função de alteração das possibilidades fáticas, segundo cada sociedade, em cada momento político e econômico.

O moderno constitucionalismo enfrenta o desafio de ser justo frente às necessidades dos homens, sem se fazer cego às possibilidades do Estado. Também de se fazer técnico e responsável em relação aos limites da realidade, sem se fazer frio e burocrático face às carências, na moderna sociedade de consumo, diante do que precisa bem saber avaliar o que pode despende, o que deve cobrir e o que deve considerar mera conveniência para além da fronteira da necessidade digna.

A evolução do reconhecimento da força normativa da Constituição - pensamento marcante no moderno constitucionalismo - deve caminhar em cotejo com a evolução da teoria dos direitos fundamentais e da efetividade das normas constitucionais definidoras de seu reconhecimento e exigibilidade. Contudo, permanece em aberto e a clamar por bons argumentos a discussão entre direitos civis e direitos sociais, entre liberdades públicas e direitos políticos e as prestações materiais de que necessitam os cidadãos mais pobres, tudo sob a égide do princípio da indivisibilidade. A discussão em torno da exigibilidade dos direitos sociais é intensa, devendo ser enfrentados alguns paradigmas acerca desses direitos em busca da consolidação de uma teoria dos direitos fundamentais sociais.

Vale dizer, os fluxos e influxos do reconhecimento aos direitos sociais como exigíveis acabam por desorientar os pesquisadores, políticos e demais atores do processo de políticas públicas sociais, oscilando segundo determinados posicionamentos entre meras normas programáticas, tidas como dirigidas ao Parlamento, mas sem vinculatividade e, de outro lado, como normas constitucionais dotas de exigibilidade e aplicabilidade imediata que varia entre a suposição da eficácia plena e a eficácia imediata “naquilo que cabível”.

É cediço que dentre os fatores que contribuem para a inefetividade dos direitos sociais está a ausência de leis infraconstitucionais e de políticas públicas que cumpram as determinações *a priori* da Constituição, relativas à produção de normas que completem o

sentido das suas previsões *in abstracto* acerca desses direitos e a adoção de ações que as efetivem materialmente.

Neste contexto, a discussão em torno do reconhecimento dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais vê-se perpassar o debate em torno das reais possibilidades financeiras do poder público. Considerando-se a diversidade de carências sociais de toda a população, questiona-se se o Estado reúne forças suficientes a cobrir todas essas necessidades, assumindo o papel de provedor universal. Considerando-se, negativamente, mas que, em certa parcela, cabe ao Estado a obrigação de garantir aos cidadãos o acesso aos serviços públicos essenciais e a determinadas prestações de cunho social ou mesmo assistencial, quais os limites das obrigações estatais para com os destinatários de tal tutela e quem serão eles?

As respostas a essas questões provocam diferentes tendências nos estudiosos e posições jurisdicionais em torno da formação de uma doutrina e jurisprudência de direitos sociais, tudo naturalmente vocacionado à construção de uma teoria própria de direitos sociais ainda incompleta. Neste estudo serão preconizados os esforços teóricos em torno das chamadas “teoria da reserva do possível e teoria do mínimo existencial”, que mais parecem esforços teóricos continuados e crescentes, mas ainda carentes de consolidação como teorias definitivas.

Nesse sentido, ter-se-á por questão analisar o tema da efetivação dos direitos sociais e seus óbices, a fim de identificar uma possível convivência entre o atendimento mínimo dos patamares de dignidade, conjugado ao respeito às efetivas possibilidades e responsabilidades do poder estatal, em ambiente de responsividade social e de responsabilidade fiscal. Também necessário projetar seus pontos de conflito, nos aspectos em que uma e outra confrontam interesses inconciliáveis para avaliar a justificabilidade de afastar conteúdos de mínimo existencial ou de sustentar a impossibilidade absoluta ou relativa de sua restrição.

2 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS EXIGÍVEIS

A título de aproximação teórica, no que concerne à evolução dos direitos fundamentais, tem-se que tradicionalmente são classificados pela doutrina em gerações ou dimensões. Aqueles que entendem pela classificação em dimensões a justificam devido ao fato de que não há uma substituição de direitos, mas uma complementação que se dá ao longo dos anos. O primeiro problema para a efetivação dos direitos sociais reside exatamente nessa classificação.

Na percepção de Pisarello (2007, p. 14-15), são quatro as principais teses - quatro mitos - que modelam a percepção dos direitos sociais e incidem de maneira significativa sobre sua proteção debilitada. A primeira é uma tese histórica, da história dos direitos. Segundo ela, os direitos sociais são direitos de segunda ou terceira geração, cronologicamente posteriores aos direitos civis e políticos, decorrentes da evolução de direitos de primeira geração, mas sem os substituir.

A segunda é uma tese normativa, ou de filosofia dos direitos. Para ela, o fundamento imediato dos direitos civis e políticos é o princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos sociais, por sua vez, apenas estão ligados à dignidade indiretamente, o que justifica uma tutela debilitada. Tal tese admite uma formulação complementar. Os direitos civis e políticos são, antes de tudo, direitos de liberdade, e contribuem, entre outras questões, para preservar a segurança pessoal e a diversidade política e cultural de uma sociedade. Os direitos sociais, ao contrário, estão conectados de maneira fundamental ao princípio da igualdade, e sua satisfação tem a ver, sobretudo, com a proteção da homogeneidade social (PISARELLO, 2007, p. 15).

Alcalá (2009, p. 18-19) observa que os direitos econômicos, sociais e culturais, juntamente com os direitos individuais e políticos, constituem, na verdade, derivações da dignidade humana. Os direitos fundamentais sociais exprimem os valores de dignidade, de igualdade e de solidariedade, na busca da superação das desigualdades sociais,

o que gera o direito de participar da vida social e ter acesso a um mínimo existencial compatível com a dignidade por meio de direitos e prestações advindas direta ou indiretamente do poder público.

A expressão “dignidade da pessoa humana” pode significar simultaneamente que deve existir reverência à igualdade existente entre as pessoas; que o ser humano não pode ser tratado como objeto, mas com respeito aos direitos da personalidade; e que todo ser humano deve ter garantido um patamar existencial mínimo (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 240).

A dignidade, na condição de princípio, estabelece uma espécie de valor-guia não somente dos direitos fundamentais, mas de todo ordenamento constitucional, e isso justifica que seja caracterizada como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (SARLET, 2012, p. 105).

Como se vê, os direitos sociais, ao contrário do que sustenta tal tese, estão intimamente ligados à dignidade humana. Não há que se pensar em dignidade sem a efetivação de direitos sociais básicos.

A terceira tese ou mito se situa num plano de maior abstração teórica. Basicamente, sustenta que entre um tipo de direitos e outro há uma diferenciação estrutural que impede a utilização de mecanismos similares de proteção. Assim, ao contrário do que ocorre com os direitos civis e políticos, os direitos sociais levam consigo um código genético - de ser direitos prestacionais, caros, de configuração indeterminada e incidência coletiva - que dificulta sua tutela (PISARELLO, 2007, p. 15).

Tal tese parece equivocada, pois segundo Pisarello (2007, p. 60), os direitos civis não podem ser caracterizados apenas como direitos negativos, de abstenção, nem os direitos sociais sempre como direitos positivos, de prestação. Todos os direitos civis e políticos assumem certa dimensão distributiva, assim como os direitos sociais podem comportar também deveres negativos.

Finalmente, a quarta tese se instala no plano da dogmática jurídica, na maneira pela qual os diferentes ordenamentos jurídicos reconhecem e tutelam os direitos em questão. Se os direitos sociais são direitos secundários no plano axiológico e apresentam, no plano teórico, uma estrutura totalmente diferenciada dos clássicos direitos civis e políticos, é lógico que a maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos dispensa uma menor proteção a eles. A construção para esse raciocínio é conhecida: os direitos sociais não seriam direitos fundamentais, nem direitos judicialmente exigíveis, mas, simples princípios programáticos cuja operatividade se daria de acordo com a vontade do legislador ordinário (PISARELLO, 2007, p. 16).

É fácil perceber que tais direitos se referem a questões relacionadas às principais expectativas para a garantia da dignidade e a satisfação das necessidades humanas básicas. Por isso, apresentam-se como autênticos direitos fundamentais, imprescindíveis para o desenvolvimento humano e para a liberdade, a democracia, a justiça e a paz no mundo, pois são direitos que atuam como premissas para o exercício de outros direitos também fundamentais (SCHWARZ, 2011, p. 35-36). Não se olvida que para a implementação de políticas públicas são necessários recursos humanos e financeiros por parte do Poder Público. Por outro lado, não há como pensar em liberdade plena sem o suprimento das necessidades mais básicas das pessoas.

Verifica-se que uma das mais importantes discussões no âmbito da teoria dos direitos fundamentais sociais diz respeito ao fato de serem ou não exigíveis. Para Bobbio (1992, p. 24), “[...] o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade.”

Não há como negar o dever jurídico de realização das normas constitucionais adotadas pelos Estados, e isso não é diferente quando se discute direitos sociais. Conforme lembra Mello (2011, p. 12), a Constituição não é um mero feixe de leis, mas um corpo de normas qualificado pela posição suprema que ocupa no ordenamento jurídico. É a fonte de todo o Direito, à Constituição todos devem obediência: os três poderes e todos os membros da sociedade.

Eles têm por objeto precípuo uma conduta positiva do Estado ou particular destinatário da norma, consistente numa prestação fática. É preciso ressaltar que o objeto dos direitos sociais a prestações dificilmente poderá ser estabelecido de maneira geral e abstrata, mas necessita de análise calcada na especificidade de cada direito fundamental que se enquadre nesse grupo (SARLET, 2012, p. 282-284). Assim, cada direito social, tal como saúde, educação e trabalho, é dotado de um conteúdo próprio e complexo, bem como reclama uma postura diferente por parte do Estado.

Não se pode ignorar que a fartura de dispositivos imperiosos protetivos de direitos fundamentais sociais que surgiram no século XX impactaram de maneira definitiva a Teoria do Direito, a Teoria da Constituição e o próprio conceito de Democracia. É nesse contexto que o Poder Judiciário se vê também impactado em sua postura, visto que o aumento de demandas gera déficits enormes de direitos fundamentais pressionando os três poderes a responderem a tais questões (LEAL, 2009, p. 76-77).

Um dos maiores impactos que se vivencia atualmente é aquele em torno da judicialização do direito à saúde. E isso ocorre devido ao expressivo número de demandas individuais pleiteando medicamentos caríssimos e de uso contínuo.¹

¹ Sobre isso, as considerações de Leal (2009, p. 92): “[...] cada qual quer o SEU direito à saúde, não importante se, para atendê-lo, ter-se-á que sacrificar o direito à saúde de muitos.”

Para Canela Junior (2006, p. 129), uma vez comprovada lesão a um direito fundamental, o Poder Judiciário deve admitir o exercício do direito de ação e lançar a mais ampla cognição sobre as políticas públicas realizadas pelos demais poderes. Agindo assim, estará em consonância com o sistema ético adotado internacionalmente após a segunda guerra mundial, cujo objetivo é assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

Importante lembrar, contudo, que não apenas o Poder Judiciário se relaciona com o problema da efetivação dos direitos sociais. Cada um dos três poderes se relaciona de forma diferente com as demandas sociais: o poder Executivo se relaciona pela via dos serviços e políticas públicas, com investimentos que compensam, previnem e curam os problemas; o poder Legislativo se relaciona especialmente com comportamentos de controle e aferição política do Executivo; o Judiciário, por sua vez, relaciona-se avançando na direção de garantidor de prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais de toda comunidade, assim como no desenvolvimento de ações de concretização de direitos que não receberam a devida atenção pelos demais poderes. Por tudo isso é que se tem sustentado que os direitos sociais, em primeiro plano, são deveres do Estado (LEAL, 2009, p. 77-78).

O reconhecimento da pessoa pela comunidade depende da garantia de direitos civis e políticos, e da participação nos direitos sociais indispensáveis para uma vida com dignidade. Os direitos sociais encontram fundamento ético na justiça que é essencial para a promoção da dignidade humana. Cidadão é aquele que goza de direitos civis, políticos e sociais (BARRETO, 2003, p. 130-131).

É cediço que no Brasil a Constituição Federal de 1988 optou por um Estado Democrático de Direito, meio da consagração expressa da dignidade humana como valor máximo da ordem jurídica e reconhecimento dos direitos sociais. A partir daí, foi assumido pelo Estado brasileiro o compromisso de garantir a todos um mínimo existencial (CORDEIRO, 2012, p. 141).

Ainda que a plena efetividade dos direitos possa ser realizada progressivamente, algumas obrigações têm efeito imediato, tais como a obrigação de garantir que os direitos serão exercidos sem discriminação e a obrigação de adotar medidas, que significa impor aos Estados a obrigação de implementação de direitos em um prazo breve com atos concretos deliberados e orientados o mais claramente possível (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p. 84-100). Não existem motivos razoáveis para postergar a realização da justiça social. O Estado é uma criação humana, não faz sentido a manutenção de uma estrutura a qual todos se submetem se ela não é capaz de se organizar para amparar as necessidades das pessoas vulneráveis.

Necessário ponderar, entretanto, que as questões que envolvem tais direitos não podem ser resolvidas em termos de tudo ou nada porque envolvem variáveis bastante complexas, tais como disponibilidade de recursos financeiros, políticas públicas integradas em planos plurianuais e diretrizes orçamentárias, medidas advindas do legislativo para ordenar receitas e despesas, etc. (LEAL, 2009, p. 79). Necessário, pois, tratar da teoria da reserva do possível.

3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

O Estado alega diariamente que não tem condições de prestar um atendimento integral e de baixo custo - para não dizer gratuito - àqueles que necessitam. A denominada “inflação de direitos” visualizada após a Segunda Guerra Mundial combinada com o aumento da judicialização dos direitos sociais contribuiu para o agravamento do quadro de escassez dos recursos públicos. A doutrina da reserva do possível nasceu nesse cenário.

A teoria foi exposta ao mundo pela primeira vez em 1972, via controle concreto de constitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, para resolver problemas advindos dos Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera cujos objetos consistiam

na admissão de alunos para medicina humana nas universidades das respectivas cidades (LAZARI, 2012, p. 69).

Na época, a pretensão dos estudantes se baseou em um artigo da Constituição Alemã que afirmava que era direito de todos a escolha livre da profissão, do local de trabalho e do centro de formação. A decisão proferida pela Corte Constitucional da Alemanha ficou conhecida como *numerus clausus*, visto que discutiu a limitação de vagas nas universidades públicas. O entendimento judicial levou em consideração que não é possível exigir do poder público mais do que ele razoavelmente pode oferecer.

Importante entender o conteúdo e não o confundir com a expressão “reserva de orçamento”. Sobre isso, pertinentes as considerações de Torres (2009, p. 105):

A reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais. Equivale a “reserva democrática”, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador. Não se confunde com a expressão “reserva de orçamento”, à qual pode se incorporar se a pretensão ao direito social vier a ser concedida pelo Legislativo.

Ao ser recepcionada no Brasil, entretanto, a “reserva do possível” perdeu seu sentido originário. Torres (2009, p. 106) considera

ter havido uma desinterpretação, operada tanto pela doutrina² quanto pela jurisprudência.³

Traduzida como escassez de recursos, também denominada de reserva do financeiramente possível, adquiriu contornos de tese de defesa adotada pelo Poder Público diante da judicialização de direitos, em especial de direitos sociais. Nesse sentido, a reserva do possível adquire contornos de um excelente escudo contra dispêndios de recursos pelo poder público, consolidando-se, de certa forma, como ameaça à efetividade dos direitos sociais, pois nada pode ser realizado diante da escassez de recursos. Mas há que ser feita uma reflexão crítica sobre isso, de modo que a própria escassez seja investigada, haja vista não haver sua alegação para outros fins.

² Tome-se como exemplo a doutrina de Barcellos (2011, p. 277-278), para quem “A rigor, sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como uma reserva do possível fática. [...] O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular.”

³ A Título de exemplo, a ementa a seguir: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. RESERVA DO POSSÍVEL. INVOCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. A Administração não pode invocar a cláusula da ‘reserva do possível’ a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária. 4. Agravo regimental não provido.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

A destinação de verbas para determinado fim acaba por determinar a escassez para outro, então o material se trata um uma escolha política (OLSEN, 2012, p. 209).

Convém destacar que tal teoria deve ser empregada com cautela. De fato, utilizada indiscriminadamente em peças-padrão pelos diversos organismos de defesa do Estado estará fadada à banalização. A maneira mais adequada é sua utilização excepcional (LAZARI, 2012, p. 60).

Quanto ao ônus da prova, é certo que cabe ao Estado. Não é razoável exigir que o jurisdicionado apresente informações e dados necessários para proceder à análise no caso concreto. Apenas o Estado é capaz de demonstrar a impossibilidade de conceder alguma prestação social que lhe é exigível (SARMENTO, 2010, p. 411-412).

Há que se tomar cuidado para não alegar a questão da reserva do possível - ou do financeiramente possível - toda vez que o Poder Público estiver diante de uma demanda que pleiteia um ou mais direitos fundamentais sociais. Ainda que a escolha do destino dos recursos públicos possa ser feita discricionariamente, a Constituição Federal fornece parâmetros mínimos que devem ser respeitados pelo administrador, sob pena de ferir até mesmo a satisfação do mínimo existencial, assunto tratado a seguir.

4 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial está intrinsecamente ligado aos problemas de materialização dos direitos fundamentais sociais e, assim como a dignidade humana, trata-se de uma teoria que não é categoria exclusiva do Direito. A filosofia também se preocupa com a temática.

As ideias desenvolvidas pelo filósofo John Rawls demonstram o intento de oferecer à comunidade uma base filosófica e moral razoável que possa ser assinada por todos, na busca de uma sociedade de pessoas livres e iguais. Nesse intuito, ele propõe em sua teoria uma situação hipotética para a qual dá o nome de posição original. Trata-

-se de uma situação na qual as pessoas não têm o poder de identificar como será a vida, a que posição social pertencerá, qual será a cor da pele, visto que trazem consigo uma característica em comum: estão acobertadas pelo véu da ignorância.

A posição original é capaz de abstrair as características e circunstâncias particulares de cada sujeito. Assim sendo, abstrai também as contingências da estrutura básica, tornando possível um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais. O acordo diz respeito aos princípios de justiça para a estrutura básica, e especifica os termos justos da cooperação entre tais pessoas - livres e iguais. Por tudo isso, a teoria se denomina justiça como equidade (RAWLS, 2003, p. 22-23). É nesse contexto que Rawls desenvolve dois princípios da justiça.

O primeiro princípio indica que todas as pessoas têm o mesmo direito a um esquema de liberdades básicas iguais compatíveis com o esquema de liberdade para todos. O segundo princípio recomenda que as desigualdades econômicas e sociais estejam vinculadas a posições as quais todos possam acessar em condições equitativas de oportunidades e beneficiem ao máximo as pessoas menos favorecidas (RAWLS, 2003, p. 60). Para que se chegue aos dois princípios que compõem o conceito de justiça, no entanto, pressupõe-se a satisfação de um princípio lexicamente anterior. Eis a noção rawlsiana de mínimo existencial ou mínimo social⁴.

Tal noção passa a ter fundamental importância nos escritos de Rawls a partir da obra *O liberalismo político*, em que o autor expressa que o primeiro princípio pode ser precedido de um princípio lexicamente anterior que indique mecanismos de satisfação das

⁴ No entendimento de Torres (2009, p. 58), “A concepção de Rawls sobre mínimo social tem extraordinária importância para o pensamento jurídico nas últimas décadas. Marca o corte com a concepção utilitarista da justiça social, que pretendia promover a utópica redistribuição geral de recursos entre as classes sociais, sem instrumentos políticos adequados, sem limitações quantitativas e sem a indicação de beneficiários.”

necessidades básicas das pessoas, pelo menos à medida que essa satisfação permita que todos entendam e tenham condições de exercer seus direitos e liberdades (RAWLS, 2000, p. 49).

No campo da dogmática jurídica, atribui-se ao Direito Alemão a construção da teoria do mínimo existencial. No início da década de 1950 já era possível encontrar decisões acerca do assunto no Tribunal Federal Administrativo. O ápice da teoria, na Alemanha, veio mais tarde, em 1990, já na Corte Constitucional, por intermédio do jurista Paul Kirchhof (LAZARI, 2012, p. 91).

Verifica-se, em termos gerais, que o direito brasileiro adere à tradição alemã de fundar o mínimo existencial no direito à vida e à dignidade da pessoa humana, inclusive vinculando-o ao desenvolvimento da personalidade, de tal sorte que o mínimo existencial não se reduz ao mínimo vital (SARLET, 2012, p. 320).

De fato, é íntima a relação entre o mínimo existencial e a dignidade humana. Não há que se falar em existência digna sem a presença das mínimas condições materiais necessárias para suprir as necessidades básicas. Importante ressaltar, contudo, que o mínimo existencial não deve ser confundido com o mínimo vital. Tão somente a garantia da sobrevivência não condiz com o que preceitua o princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma estratégia focada apenas na sobrevivência - ou minimalista - encontraria pouca resistência. Mas não é o que se espera de uma sociedade que reverencia a dignidade de todos e de cada um. Assim, o mínimo existencial não deverá ser reduzido ao mínimo vital, sob pena de não abranger as condições para uma vida com qualidade (CORDEIRO, 2012, p. 128).

Para Torres (2009, p. 83), “O mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.” Bitencourt Neto (2010, p. 173), por outro lado, percebe o direito ao mínimo para uma existência digna como um direito fundamental autônomo. E essa autonomia, para ele, se fun-

damenta na obrigação de garantir um mínimo de eficácia direta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito ao mínimo existencial não se iguala aos demais direitos fundamentais, há uma distinção essencial: “[...] todas as posições ativas que dele se retiram são direitos subjetivos público, no sentido de direitos imediatamente justiciáveis.” (BITENCOURT NETO, 2010, p. 174).

Dito de outra forma, os direitos básicos, necessários para uma sobrevivência com dignidade devem ser concretizados. Sua não concretização dá à parte lesada o direito de exigir o imediato cumprimento dos preceitos constitucionais por intermédio do Poder Judiciário.

5 NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL NA BUSCA DA MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E DA DIGNIDADE HUMANA

Visitadas as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, chega-se ao ápice da pesquisa. Insta saber se é possível a convivência dos delas num mesmo ordenamento jurídico. Afinal, num cenário de escassez de recursos, é possível deixar até mesmo de realizar o mínimo para uma sobrevivência com dignidade?

Tem-se pleno conhecimento de que a reserva do possível representa a condição de limite fático e jurídico à efetivação de direitos fundamentais - especialmente os direitos fundamentais sociais - entretanto, não se pode perder de vista que é obrigação inerente a todos os órgãos e agentes públicos a tarefa de maximizar recursos e minimizar os impactos causados por ela (SARLET, 2012, p. 363).

Segundo Lazari (2012, p. 110), é perfeitamente aceitável opor o princípio da reserva do possível ao princípio do mínimo existencial, a fim de sopesá-los. Entretanto, para que a “reserva” preva-

leça, é necessário que o argumento do Estado seja bem embasado e convincente.

Por outro lado, Barcellos (2011, p. 357) argumenta que é dever do Estado o emprego de recursos para o atendimento do mínimo existencial, de acordo com cada momento histórico. Neste contexto, se alguém se encontrar desprovido de bens ou serviços inerentes a esse mínimo, é porque o Estado agiu de forma inconstitucional, haja vista ter destinado recursos a outros fins sem ter atendido a prioridade desenhada pela Constituição. Diante disso, o juiz, ao empregar o conceito de mínimo existencial, estará dispensado de examinar o argumento da reserva do possível.

Note-se que o argumento aventado por Lazari expõe o mínimo existencial como princípio,⁵ enquanto o argumento trazido por Barcellos apresenta o mínimo existencial como regra.⁶

Para Torres (2009, p. 83-84), o mínimo existencial é uma regra. Não pode ser tratado como valor porque não possui a generalidade e abstração de ideias tais como as de liberdade, igualdade e justiça. Tampouco pode ser tratado como princípio, pois não exhibe as características de ser objeto de ponderação nem de valer *prima facie*. O mínimo existencial é insuscetível de sopesamento.

Olsen (2012, p. 333), por sua vez, entende que toda vez que a reserva do possível atingir desvantajosamente o âmbito de proteção

⁵ Para Alexy (2008, p. 90), “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.”

⁶ Segundo Alexy (2008, p. 91), “[...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”

da norma jusfundamental e reduzir a responsabilidade do Estado para com prestações materiais previstas pela norma, o mínimo existencial, compreendido como condição necessária à sobrevivência e como núcleo essencial do direito fundamental garantidor da dignidade humana, erige-se como uma verdadeira muralha que não poderá ser transposta sob pena de comprometer o próprio Estado Democrático de Direito.

Canela Junior (2006, p. 128) vai mais longe, entendendo que a teoria da reserva do possível é inconsistente com a realidade do Estado social, como é o caso do Brasil. A carga ideológica do postulado de estabilidade e de inação é característico do Estado Liberal. Assim, não há como se coadunar com os ideais de programação e de intervenção estatal presentes no Estado Social.

No entendimento de Barcellos (2011, p. 287-288), prioritariamente os gastos públicos deverão ser destinados à efetivação do mínimo existencial. Após isso, pode-se discutir em que projetos o dinheiro público será investido. Assim, se o mínimo existencial estiver associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, poderá conviver produtivamente com a reserva do possível.

Steinmetz (2004, p. 282) resume em um parágrafo a relação entre reserva do possível - com os contornos atribuídos pela doutrina brasileira - o mínimo existencial⁷ e os direitos fundamentais sociais:

Direitos fundamentais sociais são direitos onerosos; exigem do sujeito destinatário a disponibilidade de recursos financeiros e, eventualmente, outros meios materiais. Não obstante a onerosidade, se são direitos fundamentais, então exigem o cumprimento.⁸ Como garantia de um mínimo vital, não estão à livre disposição dos sujei-

⁷ Steinmetz (2004) considera o mínimo existencial e o mínimo vital como sinônimos, baseando-se na doutrina do português Canotilho.

⁸ Neste ponto, Torres (2009, p. 132) diverge os direitos sociais e econômicos não são verdadeiros direitos fundamentais, por isso, ficam sujeitos à reserva do possível e do orçamento.

tos obrigados. A Constituição ordena que sejam tomados a sério. Portanto, não poderá o sujeito destinatário alegar impossibilidade total ou definitiva de cumprimento. Um mínimo deverá ser garantido.

Imperioso atribuir às pessoas um direito subjetivo contra o Poder Público nos casos em que aparecem diminuídas as prestações de serviços sociais básicos que garantem a dignidade humana. O mínimo está, assim, baseado no próprio conceito de dignidade. Sem ele, não há que se falar em existência digna.

Mas há ainda que se tomar cuidado com a redução dos direitos sociais a um mínimo existencial. Adverte Clève (2003, p. 27) que os direitos sociais não têm o fim de oferecer apenas o mínimo. Reclamam, pois, um horizonte de eficácia progressivamente mais vasto, o que depende do comprometimento da sociedade, da riqueza produzida e do governo.

Assim, num contexto de países com resultados econômicos e financeiros satisfatórios, a invocação do mínimo existencial deverá sofrer temperamentos, seja para filtrar dentre aqueles que reclamam prestações, aqueles que são efetivamente carentes, seja para ajustar seu patamar superior ao mínimo praticado por países pobres.

Há que se ter em mente, por fim, que a partir do momento em que o constituinte se preocupou com a dignidade humana, preocupou-se como um todo, e não com uma versão minimalista. Assim, não é possível que a Constituição tenha autorizado uma interpretação que reduz a fundamentalidade dos direitos sociais à correspondência ao mínimo existencial (OLSEN, 2012, p. 324).

A reserva do possível apenas poderá ser invocada quando realmente haja escassez apta a impedir a concretização de direitos sociais. Por outro lado, deverá o mínimo ser tratado como uma regra base, um parâmetro que concentre o básico dos direitos fundamentais, a ser garantido sempre.

6 CONCLUSÃO

Como história dos direitos fundamentais sociais é antiga, mas o seu reconhecimento, paradoxalmente é bem mais recente, verifica-se que o pós Segunda Guerra Mundial gerou um arcabouço de previsões desses direitos em textos constitucionais dos mais diversos Estados.

Após o advento da positivação dos direitos sociais, evolui a discussão para a efetiva concretização desses direitos pela produção de resultados desejados em termos de suporte social. As duas teorias, em estágio já razoavelmente desenvolvido, se destinam: uma, aos interesses do Estado; outra: aos interesses das pessoas, notadamente, as mais necessitadas.

O estudo evidenciou que tanto a reserva do possível quanto o mínimo existencial são construções doutrinárias advindas do direito alemão. Quanto à reserva do possível, observa-se que a visão original tomou outros contornos pugnando pela impossibilidade de tornar efetivos os direitos em razão da falta de recursos financeiros, passando a ser denominada “reserva do financeiramente possível”. Deve-se, no entanto, questionar a justificabilidade da aludida escassez pelos administradores públicos, se considerada a disponibilidade dos mesmos para a efetivação de outros direitos - denominados individuais, igualmente custosos, quanto aos quais não se indaga insuficiência de recursos financeiros. Para além dessa matiz, não é demais invocar a exigência de concretização da dignidade humana, para a qual inafastável o atendimento dos direitos fundamentais sociais, nos níveis possíveis, desde que superiores ao padrão mínimo. Por certo, em situação de insuficiência de recursos não será possível falar em efetivação de direitos em níveis máximos, mas o mínimo existencial não pode ser sacrificado nem mesmo diante de crises, sob risco de desqualificação do próprio papel do estado como gestor de recursos, administrador de programas, executor de ações e provedor de serviços públicos de qualidade.

Em síntese, conclui-se pela possível e necessária convivência entre as noções de respeito ao planejamento orçamentário e suas naturais discontinuidades (reserva do possível), desde que a atividade se mostre responsiva e responsável, não sendo concebível uma conduta reiterada de indiferença ao cumprimento das condições mínimas aceitáveis de vida digna (mínimo existencial). De tal sorte que na hipótese de demanda relativa aos direitos mínimos de vida digna, não poderá a administração pública se eximir da responsabilidade de materializá-los, sob nenhum argumento ou subterfúgio. A Reserva do Possível não encontra espaço de arguição enquanto não forem atendidos os parâmetros mínimos de vida em sociedade. Somente a partir desse referencial axiológico-normativo é que se pode considerá-la adequada, necessária e proporcional.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: derechos sociales fundamentales*. Santiago: Librotecna, 2009. Tomo 3.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento do controle judicial de políticas públicas. *Revista Judiciária do Paraná*, Curitiba: Amapar, 2006.

CLÈVE, Clêmeron Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 219, p. 237-251, jan./mar. 2000.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2012.

PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Derechos sociales: Imprescindibilidad y garantías*. Aranzadi: Thomson Reuters, 2011.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ag. Reg. no Agravo de Instrumento n. 674.764/PI*. Relator: Dias Toffoli. Primeira Turma do STF. Julgamento em 04 out. 2011.

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

O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ADVENTO DO DIREITO-DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL

Jaime Leonidas Miranda Alves*
Francele Moreira Marisco**

RESUMO

O presente trabalho pretende investigar as relações entre a evolução da sociedade brasileira e o direito, com o objetivo de tecer uma análise acerca da nova roupagem recebida pelo direito civil com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com base nas ponderações realizadas pela doutrina nacional e estrangeira, traçou-se um paralelo entre o Estado, focalizando suas fases econômicas - liberal, social, etc. - e, por consequência, as transformações insculpidas na seara jurídica. Nessa esteira, ao reconstruir a linha do tempo do constitucionalismo nacional, pôde-se perceber o novo paradigma que o neoconstitucionalismo trouxe ao ordenamento pátrio, modificando institutos clássicos do direito civil ao elevar ao centro do ordenamento jurídico o direito-dever de solidariedade social, o qual é um dos postulados essenciais do princípio da dignidade da pessoa humana. A pesquisa foi realizada consoante a utilização da hermenêutica constitucional.

Palavras-chave: Evolução do Estado. História do Direito. Neoconstitucionalismo. Novo paradigma do direito civil. Princípio da dignidade da pessoa humana.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia de Cacoal; Pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Secretário de Gabinete substituto da Terceira Vara Cível da Comarca de Cacoal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; jaime_lmiranda@hotmail.com

** Mestre em Direito Constitucional pela Universidade do Vale dos Sinos; Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra, Portugal; Professora na Universidade Federal de Rondônia; Avenida Presidente Dutra, 2965, 76801-974, Porto Velho, Rondônia, Brasil; francele.marisco@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Estado e Direito possuem uma relação de paralelismo: ao passo que este dá legitimidade jurídica àquele; aquele depende da formação da vontade política deste. É natural, por conseguinte, que alterações no Estado encadeiem modificações jurídicas, uma vez que o Estado Moderno é, antes de qualquer coisa, Estado de Direito.

Nesse diapasão, a presente pesquisa buscou estudar a evolução econômica do Estado, percorrendo os modelos adotados pelas sociedades modernas (Estado liberal, social e as correntes neoliberais) com o intuito de investigar as modificações atinentes ao mundo jurídico.

Ao passo em que o Estado desenvolve e regula seus institutos econômicos, também o direito vai passando por transformações valorativas. Desta feita, observa-se a passagem e desenvolvimento do direito natural, positivista e agora do fenômeno do neoconstitucionalismo, que ganhou força com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O neoconstitucionalismo implicou em uma verdadeira transformação no ordenamento jurídico, visto que se viu superada, por vez, a visão de que a Constituição era instrumento ideológico a serviço da burguesia. Noutra giro, negou-se também a teoria de Constituição como “pedaço de papel” e, ao reconhecer a esta força normativa, eleva-se a hermenêutica constitucional ao plano dos instrumentos de emancipação social.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe como consequência a constitucionalização do direito ordinário, a destacar o civil. Com efeito, o presente trabalho tem como objetivo mensurar a real conjuntura desse fenômeno que, destarte, reconhece-se, tem o condão de cambiar de sobremaneira a dicotomia entre público e privado.

Nessa esteira, percebe-se que o direito privado foi despatrimonializado, e um tanto quanto descodificado, uma vez que a disciplina constitucional emprestou pilares e princípios a este ramo do

direito privado, com o intuito de consagrar, no que tange a relação horizontal entre particulares, o poder-dever de solidariedade-social.

Por se tratar de uma pesquisa voltada à evolução de institutos do Estado e do Direito, optou-se pela utilização do método científico historiográfico.

2 ESTADO E DIREITO: ASPECTOS RELEVANTES

Encontrar um conceito preciso de Estado é uma atividade laboriosa que até hoje encontra dissenso na doutrina mais avançada. Destarte, é imperioso destacar que o Estado deve ser visto como um meio, e não como um fim em si mesmo, construído como forma a regular a vida em sociedade.

O germinar do Estado teve como origem uma necessidade humana de superar o Estado de Natureza e institucionalizar a busca daquilo que é próprio do homem: o bem público.¹ Em razão da necessidade do homem em viver em sociedade se considera que o Estado é uma sociedade natural (AZAMBUJA, 2012, p. 19).

O Estado é também sociedade necessária, visto que o homem, desde antes de seu nascimento até depois da morte se vê tutelado pelo Poder Público, jamais vindo a dele se emancipar. Nesse jaez, Azambuja (2012, p. 20) afirma que “[...] o Estado o envolve na

¹ Chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público, e consiste num regime de origem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público. Assim, a causa primária da sociedade política reside na natureza humana, racional e perfectível. No entanto, a tendência deve tornar-se um ato; é a natureza que impele o homem a instituir a sociedade política, mas foi a vontade do homem que instituiu as diversas sociedades políticas de outrora e de hoje. O instinto natural não era suficiente, foi preciso a arte humana (DABIN, 1939, p. 89-90).

teia de laços inflexíveis, que começam antes de seu nascimento, com a proteção dos direitos do nascituro, e se prolongam até depois da morte, na execução de suas últimas vontades.”

No mister de compreender a essencialidade da figura do Estado, recorre-se a Schmitt (1998, p. 40-41), que definiu o Estado como o “[...] *portador del más ambicioso de todos los monopolios, el de la decisión política.*” Nessa esteira, também Duguit (1909, p. 191-193) que encontrava no fundamentalismo estatal o “[...] *camino de elaborarse una sociedad nueva*”, negando o direito subjetivo como noção básica do sistema político. O Estado se estruturaria, portanto, na forma de uma “[...] *ley orgánica de la sociedad*”, representativa dos anseios e vontades da coletividade.

Oppenheimer (1926, p. 27) defende uma teoria de Estado surgido por meio da conquista. Aduz que Estado é a organização dos meios políticos,² que se configura na subtração do trabalho alheio. Nesse diapasão, embebido pela lição do mestre alemão, Rorthbard (2012, p. 13) pontua que o “[...] estado nunca foi criado por um “contrato social”; ele sempre nasceu da conquista e da exploração.”

Malgrado as interpretações quanto à origem do Estado, imperioso destacar que o Estado tem o mister de se organizar na forma de Estado de Direito. A respeito da forma de atuação do Estado de Direito, recorre-se à lição de Gusmão (2010, p. 354) segundo quem,

² Existem duas formas fundamentalmente opostas através das quais o homem, em necessidade, é impelido a obter os meios necessários para a satisfação dos seus desejos. São elas o trabalho e o furto, o próprio trabalho e a apropriação forçosa do trabalho dos outros. Eu proponho, na discussão que se segue, chamar ao trabalho próprio e à equivalente troca do trabalho próprio pelo trabalho dos outros, de “meio econômico” para a satisfação das necessidades enquanto a apropriação unilateral do trabalho dos outros será chamada de “meio político”. O estado é a organização dos meio meios políticos. Como tal, nenhum estado pode existir enquanto os meios econômicos não criaram um definido número de objetos para a satisfação das necessidades, objetos que são passíveis de serem levados ou apropriados por roubo bélico (OPPENHEIMER, 1926, p. 24-27).

numa visão positivista, o direito depende da vontade do Estado; se jusnaturalista, cabe ao Estado legislar consoante os princípios da justiça; e, se sociológica, deve o Estado legislar como resultado da pressão dos fatores sociais, econômicos e políticos;

Nesse jaez, melhor se faz abordar o Estado de Direito consentânea roupagem dada por Dworkin. O autor associa Estado de Direito ao ideal de justiça substantiva, em uma concepção centrada nos direitos fundamentais e morais. Dispõe:

A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que tem essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais, por meio de Tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. (DWORKIN, 2005, p. 7).

Quanto ao modelo econômico adotado, o Estado, em sua constante evolução respondeu aos fatos sociais, adotando teorias de cunho ora liberal, ora social. Cabe, portanto, analisar os baluartes que sustentaram o Estado liberal e o Estado Social, para bem com-

preender como estes, nos diferentes estágios, tutelam seus institutos e recebem o direito dito e posto.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: NOVO PARADIGMA DOS DIREITOS SOCIAIS

A transição do Estado Liberal para o Estado Social, com o crescente processo de industrialização e a consequente massificação nas relações, mostrou-se insuficiente à igualdade formal imposta pelos códigos frente à materialidade das desigualdades sociais, surgindo o Estado Social.

No entanto, em decorrência das transformações sociais e para atender as crescentes demandas, o Estado começou a editar leis específicas, para assegurar maior igualdade entre as partes, na tentativa de reequilibrar o quadro social formado pelo liberalismo. Por ora, é com o surgimento dos microsistemas que exemplifica esta fase do direito privado, mostrando já, o início de um novo paradigma, com o surgimento de inúmeras leis.

Neste contexto, Lorenzetti (1998, p. 45) afirma:

O Direito Civil atual não se funda em uma só lei codificada; ao contrário, há muitas leis para distintos setores de atividade e de cidadãos. [...] A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microsistemas jurídicos, que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o Sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles.

Assim, a decadência do Código Civil não se esgotou no surgimento do Direito do Trabalho, e sim a partir da 1ª Guerra Mundial, começando a operar-se na Europa uma significativa mudança na legislação civil, com intervencionismo estatal e inúmeras legislações

especiais, ocorrendo uma fase dos estatutos, maior frequência de cláusulas gerais e de diretrizes hermenêuticas.

Cabe destacar que, com o advento do Código Civil de 2002, surgiu um número significativo de cláusulas gerais, que, em consequência, acentua um caráter valorativo; há que se fazer uma valoração à luz do critério dado, pois só assim, permitirá apurar qual a conduta objetivamente reclamada por aquele tipo na situação concreta (ASCENÇÃO, 2006, p. 79). Dessa forma, pode atribuir ao intérprete uma posição mais responsabilizante na interpretação e aplicação do Direito, no caso concreto, e por conseguinte, acompanhar as transformações sociais.

Todavia, apesar dos avanços do Código de 2002, fica ainda bem aquém da Constituição, no que se refere ao alicerçamento do Direito Privado, mas também tem muitos méritos, como a inclusão de certos ordenamentos jurídicos pela jurisprudência e pela doutrina.

A partir daí, começa a ocorrer o processo de descodificação do Direito Privado, devido ao advento de microsistemas legislativos, cabe destacar, a descodificação não se resume à multiplicação de normas setoriais, fora do Código, e sim em objetivos e valores diferentes daqueles.

A consequência mais marcante deste movimento é justamente a constitucionalização do direito privado, trata-se, segundo os defensores desta concepção da descodificação, de uma tendência geral da evolução do direito que tem origem no pós-guerra mundial e consiste num movimento de fuga dos códigos, criando-se uma verdadeira alergia ao sistema codificado (VARELA, 1984, p. 499).

De acordo com as funções prestantes, os códigos são obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil, diante disto, no momento a discussão deve pairar no que se demonstra mais oportuna na sua aplicação no cenário jurídico atual, em decorrência das demandas sociais e da complexidade na aplicação do direito.

A perspectiva civil-constitucional é uma mudança de paradigma e alternativa para a reunificação do sistema, interpretando todo o direito civil, à luz da Constituição. Por consequência, as Constituições passaram a definir os princípios básicos da vida social e a proclamação das regras fundamentais da ordem jurídica, comuns aos vários ramos do direito (VARELA, 1984, p. 501).

Esta constitucionalização é caracterizada pela perda da centralidade no sistema de fontes pelo Código Civil, tendo em vista a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida, assim, não recomenda sua continuidade, de acordo com a complexidade da vida contemporânea, além de que, a realidade não condiz com a rigidez de suas regras.

Com a fragmentação do sistema de Direito Privado, a Constituição, no contexto do Estado Social, passará também a disciplinar as relações econômicas e privadas, se convertendo em centro unificador do ordenamento civil.

A Constituição Federal de 1998 representou um grande marco na redemocratização do país. Chamada de “Constituição cidadã”, com uma relevante dimensão simbólica: ela marcou o reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a Democracia (SARMENTO, 2004, p. 84).

Surge, portanto, uma nova espécie de positivismo, com a adoção da perspectiva constitucional, a qual impõe ao intérprete a tarefa de reordenar valorativamente o Direito Civil, como protagonista da reconstrução do sistema jurídico, não mais centrado no Código, mas na Constituição.

Mas, de todas as inovações, sem dúvida a mais importante na história é conferida aos Direitos Fundamentais. A Constituição os elevou à cláusula pétrea, imunizando-os da ação corrosiva do constituinte derivado, com uma posição hierárquica superior, a abertura de suas normas, e que versam também sobre relações privadas, ao invés de um ordenamento descentrado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo vértice localiza-se a Constituição.

O reconhecimento da força normativa da Constituição veio trazer novas tendências, pois embora existem gradações entre os efeitos dos preceitos Constitucionais, todos eles possuem pelo menos uma eficácia mínima, um exemplo, o de que influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico.

Negreiros (2006, p. 50-51) salienta a importância do reconhecimento da força normativa da Constituição na interpretação e aplicação do direito:

A densificação do conceito de ordem pública a partir dos parâmetros hermenêuticos estabelecidos constitucionalmente não teria sido possível sem a decisiva contribuição da teoria constitucional, que criou instrumentos capazes de garantir à Constituição o *status* de autêntica norma jurídica.

Como já salientado, até há pouco tempo prevalecia no Brasil à visão de que a Constituição era vista mais como um instrumento ideológico a serviço da classe burguesa. Na Alemanha, Ferdinand Lassale, comparava a Constituição a um mero “pedaço de papel”. Para combater esta posição, Konrad Hesse esboçou sua teoria sobre a “força normativa da Constituição”, que se opõe ao normativismo de Kelsen que, no plano Constitucional, isola a Constituição da realidade social, como ao sociologismo de Lassale, que despreza as dimensões normativas o fenômeno constitucional, que para Hesse é a “vontade de Constituição.” (SARMENTO, 2004, p. 54).

Trata-se de usar a interpretação constitucional como instrumento de emancipação social, pois a realidade social influencia a Constituição, servindo como instrumento normativo.

Portanto, mediante o reconhecimento da força normativa, com o fortalecimento da jurisdição constitucional, ocorreu, sobretudo, a afirmação do caráter normativo dos princípios constitucionais.

Esta incidência das normas constitucionais no direito privado dá-se de inúmeras formas. Primeiro representa um limite para o legislador privado, o que importa na inconstitucionalidade das normas editadas em contrariedade a ela, bem como na não-recepção dos diplomas anteriores com ela colidentes. Também, a Constituição projeta relevantes efeitos hermenêuticos, pois condiciona e inspira a exegese das normas privadas, que deve orientar-se para as transformações sociais ocorrentes, com a proteção e promoção dos valores constitucionais centrados na dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Streck (2007, p. 311) afirma ser importante conceber a Constituição como topos hermenêutico, pois “[...] a existência de uma hermenêutica constitucional, é perceber a Constituição como uma ferramenta, cujo conteúdo vem/virá a ser ‘confirmado’ (ou não) pela técnica específica de interpretação (denominada hermenêutica constitucional).” Dessa forma, supõe uma nova metodologia constitucional, que saiba extrair dos princípios constitucionais toda a sua eficácia jurídica transformadora

A esta perspectiva civil-constitucional, como instrumento metodológico apropriado a permitir às normas constitucionais que incidam sobre as relações jurídicas estabelecidas entre particulares, encontram-se fortes resistências. A maioria das críticas é voltada para a eficácia direta da Constituição nas relações privadas, pois se teme a descaracterização completa do Direito Privado, com perigos à autonomia privada.

Além do mais, a opção pelo reconhecimento de que a Constituição e não do Código Civil, figurando no centro do Direito Privado, decorre não apenas de um posicionamento jurídico calcado na dogmática, mas também de uma escolha ideológica, que leva em consideração as peculiaridades da Constituição Federal de 1988, voltada para a promoção da dignidade da pessoa humana, da justiça material e da igualdade substantiva.

Assim, a teoria constitucional criou instrumentos capazes de garantir à Constituição o *status* de autêntica norma jurídica, além do mais, com a afirmação do caráter normativo dos princípios constitucionais, a Constituição foi pouco a pouco conquistando a condição de suprema fonte do Direito, seja público, seja privado.

Reconhecida a “força normativa da Constituição”, baseado na eficácia normativa dos princípios constitucionais, com a aludida materialização do sujeito de direito, a perspectiva civil-constitucional, em suma, constitui a conexão entre a história do direito civil e a história constitucional - particularmente o projeto de sociedade “justa, livre e solidária” (CF, art. 3º, I) que se foi delineado nas Constituições do século XX (SARMENTO, 2004, p. 58).

Essa transformação na forma de aplicar o direito, segundo desenvolvido anteriormente, é fruto da própria evolução social. Dessa nova concepção decorre a mudança de paradigma no direito civil.

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO-DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. O que tem um preço pode muito bem ser substituído por alguma outra coisa a título de equivalente; já o que é superior a qualquer preço, o que por conseguinte não admite equivalente, é o que tem uma dignidade. (KANT, 2005, p. 27).

O direito civil tem que acompanhar as transformações oriundas do tempo, pois não se admite paralisação, senão torna-se inaplicável. Assim, esta remodelação do direito privado deve ser feita e construída à luz da Constituição Federal e do projeto social ali inserido.

A constitucionalização do direito privado tem como base a tutela da pessoa humana e da dignidade fundamental, as quais constituem a força ativa e determinante das inovações no direito civil,

com a pretensão de reerguer os destroços do direito civil liberal-individualista, estabelecida na Constituição a partir da cláusula geral da tutela da dignidade humana.

Todavia, em que pese a realização deste processo de constitucionalização, implica a substituição do seu centro valorativo, em lugar do indivíduo surge à pessoa, e no lugar da liberdade individual absoluta, ganha significado e força jurídica a solidariedade social.

No entanto, antes de chegarmos ao direito-dever de solidariedade social, o qual é um dos postulados essenciais da dignidade da pessoa humana, devemos antes analisar o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir disto, com o direito privado centrando-se na pessoa humana e nos seus valores existenciais, com a superação do paradigma individualista, constata-se, que a personalização não é incompatível com a socialização do Direito Privado, mas configura antes as causas deste processo, em que a solidariedade adquire valor jurídico.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 1º, III, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Princípio classificado como fundamental, determina, assim, que os direitos e garantias fundamentais são inafastáveis, vez que inerentes à personalidade humana.

Este princípio, no contexto internacional, é consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, preceituando que “[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” Também é encontrado em outros vários diplomas legais, reconhecendo que este princípio valor constitucional.

Como princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, o que torna o ser humano e o faz dotado de dignidade especial, ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. Como diz Kant (2005, p. 68), “[...] o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o

uso arbitrário desta ou daquela vontade.” Com efeito, a dignidade da pessoa humana não pode ser um simples meio para alcançar outros objetivos.

Moraes (2003, p. 85) faz algumas considerações a este respeito, a partir da construção Kantiana:

Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza - sujeitos, portanto, do discurso e da ação -, será “desumano”, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.

Aqui surge a importância da repersonalização do direito civil e a importância por ela trazida é indiscutível: colocou o ser humano como objetivo central do ordenamento jurídico, orientando e fundamentando todo o sistema, voltado para a sua proteção. O direito privado centra-se na pessoa humana, trata-se de um aspecto importante na renovação do Direito Civil e de sua adequação aos preceitos constitucionais.

Este princípio exprime, por outro lado, a primazia da pessoa humana sobre o Estado, sendo que, o que mais interessa neste momento é a penetração deste princípio na seara do Direito Privado, ocorrendo à consagração da primazia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os patrimoniais no Direito privado.

Neste sentido, podemos falar em “despatrimonialização” do Direito Privado, significando que os bens e direitos patrimoniais não constituem fins em si mesmos, devendo ser tratados pela ordem jurídica como meios para a realização da pessoa humana. Antes, prevaleceria o ter sobre o ser, mas agora, o ser converter-se-á no elemento mais importante do binômio. Se o direito tradicional, especialmente o direito civil, tinha por objetivo apenas assegurar a apropriação de

bens e sua livre circulação, o direito contemporâneo se preocupa com a proteção da pessoa humana.

A despatrimonialização é exemplificada por Ramos (1998, p. 16):

Esta despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-los para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana e distribuir a riqueza com maior justiça.

Diante disto, verifica-se que o novo paradigma da perspectiva civil-constitucional, funcionaliza o exercício das atividades com um sentido social, de forma que a produção e o desenvolvimento econômicos sempre estejam envolvidos no objetivo de uma maior justiça social.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser desdobrado em quatro postulados: 1º) O sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; 2º) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; 3º) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; 4º) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. Correspondem aos princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral - psicofísica -, da liberdade e da solidariedade (MORAES, 2003, p. 85).

Segundo o trabalho em tela, cabe destacarmos a solidariedade, como um direito-dever de solidariedade social, pois através da evolução do direito passamos do indivíduo à pessoa, da liberdade individual à solidariedade social, mas almejamos a socialidade. Como já referido, a personalização configura antes as causas deste processo de socialização do Direito Privado.

Não podemos deixar de fazer referência, que a tutela da dignidade da pessoa humana corresponde tanto aos direitos indivi-

duais, como igualmente aos direitos sociais, em que as comunidades de pessoas, a partir de direitos individuais, constroem relações de solidariedade e de responsabilidade mútuas.

E tendo a Carta Política incorporado em sua essência valores sociais, próprios do Estado social, no artigo 3º, I, da CF, o qual preceitua “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, obviamente impôs a todos obediência aos ditames da solidariedade, a fim de que realmente se possa edificar uma sociedade justa. Melhor dizendo, anunciou que os indivíduos não de procurar a satisfação de seus interesses particulares com liberdade, mas de modo que os harmonizem com o sentimento que a comunidade tem acerca de bem comum.

Ademais, no inciso III, deste artigo 3º, salienta “[...] a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais.” Assim, estes incisos do citado artigo conclamam os Poderes uma atuação promocional, por meio da concepção da justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial.

Portanto, a expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, não há lugar para a exclusão, devendo isso ser levado em conta e inserido no nosso contexto, tanto na elaboração da legislação ordinária, como na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do direito, por todos os membros da sociedade.

Como podemos verificar, a solidariedade social é um princípio fundamental do ordenamento jurídico, dotado de força normativa, inserido na Constituição e capaz de tutelar a vida de cada um. Neste sentido, a tutela da dignidade da pessoa humana é chamada a desempenhar tarefas de proteção, dirigindo-se não a um sujeito abstrato, mas sim, a um sujeito individualizado dentro da sociedade de forma concreta, nas suas relações econômico-sociais.

Neste jaez, enquanto a liberdade individual se dirige a um indivíduo tomado de forma abstrata e atomizada, a solidariedade so-

cial, nos quadros da ordem constitucional em vigor, supõe, ao invés, a relevância da condição social do destinatário da norma e, deste modo, mostra-se incompatível com a concepção abstrata e formal de sujeito de direito (NEGREIROS, 2006, p. 18).

Assim, a sociedade deve ser construída a partir das relações de solidariedade e de responsabilidade mútuas, diante das desigualdades sociais decorrentes, baseado no direito-dever de solidariedade, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo a análise histórica dos institutos do Estado e sua inter-relação com o rumo ao qual o Direito se dirige. Nesse sentido, torna-se perceptível que cabe ao direito responder as modificações sociais e a elas se adequar.

Nessa esteira, tem-se que cabe ao direito civil, núcleo de toda a seara privada, o mister de acompanhar as transformações oriundas do tempo, uma vez que a paralisação implica, necessariamente, em inaplicação. Ocorreu, por conseguinte, uma remodelação do direito privado, construída consoante os valores hermenêuticos imbuídos na Constituição Federal.

Assim, cabe ao estudioso do direito, interpretar as relações privadas consoante o corolário da busca pela tutela da pessoa humana e da dignidade fundamental. O direito civil, regido pela autonomia da vontade é fruto do Estado Liberal e, em razão disso, sua estrutura clássica assegura a manutenção das desigualdades sociais.

Não cabe falar, ainda que em se tratando de direito privado, de ramo do direito totalmente liberal-individualista, visto que a Constituição Federal de 1988, ainda que tenha clara influência neo-liberal, inaugurou um Estado Social de Direito e com isso veio à lume a substituição do centro valorativo do Direito, uma vez que, como visto, no lugar do indivíduo passou-se a tutelar a proteção à pessoa, e

no lugar da liberdade individual absoluta, ganha significação jurídica hermenêutica a solidariedade social.

A elevação da solidariedade ao *status* de metaprincípio e poder-dever do Estado não é criação meramente doutrinária; mostrou-se claro as várias referências ao longo da Constituição acerca desse tema, o que coaduna com o entendimento de que o legislador constituinte desenhou uma sociedade na qual não cabe exclusão ou distinção material.

A pesquisa aforou o entendimento de que a solidariedade social, uma das diversas facetas do princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo em que se viu tutelada pela Constituição Federal, impôs, num primeiro momento o poder-dever ao Estado em garanti-la e assegurá-la. Deve-se admitir, contudo, que tal prerrogativa ultrapassou as relações de direito público e atingiu as relações horizontais entre particulares, uma vez que todas as pessoas são chamadas a proteger e desempenhar imperativos de proteção de forma que se possa falar em um verdadeiro novo paradigma do direito civil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. *RTDC*, v. 28, out./dez. 2006.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Democrático*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DABIN, Jean. *Doctrine générale de l'État*. Paris: Sirey, 1939.

DRAIBE, Sonia M. As políticas sociais e o neoliberalismo: reflexões suscitadas pelas experiências latino-americanas. *Revista USP*, n. 17, 1993.

DUGUIT, Leon. *La transformación del Estado*. Madrid: Francisco Beltrán, 1909.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: The University of Chicago Press, 1982.

GAXOTTE, Pierre. *La Révolution Française*. Paris: Fayard, 1926.

GENRO, Tarso. *Crise da Democracia: Direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem Global*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Marin Claret, 2005.

KEYNES, John Maynard. *Activities 1929-31: rethinking employment and unemployment policies*. London: Macmillan, 1981.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 6.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Direitos reais à luz do Código Civil e do Direito Registral*. São Paulo: Método, 2004.

- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- OPPENHEIMER, Franz. *The State*. New York: Vanguard Press, 1926.
- PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, n. 28, jun. 2007.
- PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Reflexões sobre a reforma gerencial de 1995. *Revista do Serviço Público*, a. 50, n. 5, out./dez. 1999.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. In: FACCHIN, Luiz Edson (Coord.). *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ROTHBARD, Murray. *A anatomia do estado*. Tradução Tiago Chabert. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza, 1998.
- SCHNEIDER, W. Compreensão do Neoliberalismo. *Diálogo*, n. 3, v. 21, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

STRAUSS, Leo. *Droit naturel et histoire*. Paris: Plon, 1986.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. *O movimento de descodificação do direito civil*. Estudos jurídicos em homenagem ao prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VON MISES, Ludwig. *Liberalismo: Segundo a Tradição Clássica*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Darléa Carine Palma*

RESUMO

O presente estudo é fruto da pesquisa sobre os direitos sociais, suas dimensões materiais e, especialmente, eficaciais. De forma específica, objetiva analisar a efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio das políticas públicas veiculadas pelo Estado, tomando-se por base a aplicação da Teoria da Justiça indicada por John Rawls. O filósofo lançou uma proposição de justiça como equidade, com base na aplicação de dois princípios de justiça a partir de uma posição original (ou seja, uma posição equânime inicial a partir da qual poderiam ser desenvolvidos os ideais de justiça). No contexto contemporâneo, porém, costuma-se propor as políticas públicas em uma conjuntura de desigualdade, o que culmina por não conferir efetividade aos direitos sociais, já que cada cidadão, ou grupo(s) de cidadãos, possui necessidades diferentes. Partindo-se dessa análise, no sentido de que não se pode lançar as mesmas expectativas para todos, impende-se verificar se as políticas poderiam ser mais eficazes quando implantadas a partir de uma situação de igualdade de seus destinatários. O trabalho optou por adotar método dedutivo comparativo a partir de fontes bibliográficas, avaliando, inicialmente, as noções de justiça esboçadas por Rawls e, num segundo momento, os direitos sociais e sua efetivação por meio das políticas públicas, a fim de verificar se a Teoria da Justiça, aplicada no contexto social contemporâneo, contribuiria para a efetivação dos direitos prestados pelo Estado.

* Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, com MBA Profissional em Gestão Pública e Responsabilidade Fiscal pela Escola Superior Aberta do Brasil; Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, Seminário, 89801-001, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; darlea.palma@unoesc.edu.br

Palavras-chave: Políticas públicas. Direitos fundamentais sociais. Teoria da Justiça. John Rawls.

1 INTRODUÇÃO

O que caracteriza um direito como fundamental, em um plano axiológico, é sua pretensão de tutela a interesses e necessidades básicas, de forma vinculada ao princípio da igualdade e a outros princípios de observância obrigatória. Percebe-se, assim, existir evidentes laços entre os direitos sociais e o princípio da dignidade humana, em virtude do que várias normatizações jurídicas destacam a importância dos direitos sociais para uma vida digna.

Nesse contexto, os direitos fundamentais podem ser considerados prerrogativas do indivíduo em face do Estado, o que culmina por abranger, no patamar de fundamentalidade, os direitos individuais, políticos e sociais. Tal condição, explicitada no texto constitucional brasileiro e em preceitos internacionais, também se relaciona com o aspecto de os direitos sociais vincularem-se aos princípios republicanos e, em especial, com a dignidade da pessoa humana, independentemente da normatização fundamental abstrata.

Não se pode olvidar que o Estado Liberal privilegiou a garantia de liberdades individuais pela limitação do poder estatal. Entretanto, por serem considerados serviços públicos essenciais, os direitos sociais devem ser prestados de forma contínua e regular, não podendo ser interrompidos ou disponibilizados em nível inferior ao que se exige - recaindo tal prestação ao Poder Público, como um dever jurídico inerente à atividade estatal.

O Estado, por meio de seus agentes e instituições, na busca de conferir efetividade aos direitos sociais, vale-se, em muitas circunstâncias, da formulação e execução de políticas públicas. Assim, poder-se-ia vislumbrar as políticas públicas não apenas como um dever imposto ao Estado, mas, também, como um significativo instru-

mento para a solução de muitos dos problemas sociais que afligem a população brasileira nos dias atuais.

As políticas públicas podem assumir uma variedade de formas e acepções, originando-se de previsões legislativas, planejamentos executivos e, inclusive, de determinações judiciais. Podem, ainda, consistir em políticas de fins ou de meios, concretizando-se por meio de instrumentos de ações e de decisões. De qualquer forma, o seu êxito se sujeita, comumente, à qualidade do processo de idealização e respectiva implementação.

Em que pese, porém, sejam os direitos sociais considerados fundamentais por diferentes fontes de direitos, não se pode olvidar que seus sujeitos - por conjugarem aspectos comuns ao mesmo tempo em que apresentam particularidades - impõem tratamento individualizante e local, a fim de que se assegure a efetivação. Isso para que possam, inclusive, colaborar na concretização dos direitos de primeira geração (não se pode falar em liberdade plena, por exemplo, sem o exato conhecimento de seu próprio alcance).

Liberdade, dignidade e igualdade são valores que detêm fundamentalidade em si próprios; trata-se de arcabouços - assim como os demais relativos ao Estado de Direito, ao Estado Social, aos fins do Estado e à sua estrutura - que permitem alcançar, efetivamente, as finalidades de paz e justiça preconizadas pelas instituições democráticas.

A fim de que se compreenda o Estado como realmente é (ou como ele deveria ser) e que políticas devem ser implementadas a partir de escorreitos processos decisórios, surgem teorias que podem ser aplicadas com o fito de solucionar celeumas sociais por meio da efetivação dos direitos previstos constitucionalmente. Nesse sentido, destaca-se a Teoria da Justiça, proposta por John Rawls, baseada em uma cultura de cooperação.

John Bordley Rawls, nascido em 1921 e falecido em 2002, nos Estados Unidos, propôs uma concepção de justiça buscando demonstrar que determinada configuração de valores e princípios pode,

e deve, ser vista como preferível a outras. Rawls, porém, ao esboçar a justiça como equidade, não está descrevendo a sociedade atual: propõe uma concepção de justiça que incida sobre a cultura básica da sociedade.

Quando se trata da efetivação dos direitos sociais na sociedade contemporânea, verifica-se que as políticas públicas veiculadas para a efetivação dos direitos sociais são propostas, muitas vezes, em um contexto de desigualdade. Dessa forma, independentemente de seu cunho prestacional, se implantadas em uma conjuntura geral, podem não conferir efetividade aos direitos sociais, pois cada cidadão, ou grupo(s) de cidadãos, possui necessidades diferentes.

Partindo-se dessa análise, no sentido de que não se poderiam lançar as mesmas expectativas para todos, torna-se viável questionar as políticas públicas seriam mais eficazes quando propostas e implantadas a partir de uma mesma situação, de um *status* inicial de igualdade de seus destinatários.

Com a matriz teórica proposta por Rawls e utilizando-se do método dedutivo, a partir da análise bibliográfica sobre direitos sociais e políticas públicas, pretende-se verificar se é possível conferir maior efetividade aos direitos sociais se (e quando) as políticas forem aplicadas a partir de uma situação de equidade daqueles que necessitam da prestação estatal.

O presente estudo almeja, portanto, aplicar a teoria da justiça em um contexto contemporâneo, verificando se a proposição de Rawls acerca da aplicação de princípios a partir de uma posição original permitiria a concessão de maior efetividade aos direitos fundamentais sociais veiculados por meio das políticas públicas intentadas para esse fim.

2 A TEORIA DA JUSTIÇA PROPOSTA POR JOHN RAWLS: ASPECTOS DESTACADOS

As instituições sociais possuem a justiça como virtude inarredável. Assim, toda pessoa carrega uma inviolabilidade fundada na

justiça, não podendo a sociedade ignorá-la. A partir dessa premissa, foi lançada a proposta de Rawls, com fundamentação de natureza contratualista e liberal-igualitária, partindo da descrição do papel da justiça na cooperação social.

Apresentando a justiça como equidade, o autor traçou ideias sobre o que seria a justiça, evidenciando, de forma sistemática, uma perspectiva normativa apta a oferecer alternativa ao utilitarismo e ao intuicionismo (RAWLS, 2008, p. 3-4), dominante na tradição anglo-saxã do pensamento político por longo tempo.

Uma concepção pública de justiça deve nortear as sociedades, apresentando-se a partir de normas de conduta que, tidas como obrigatórias, passam a reger as relações sociais. Sendo a justiça indisponível para a vida em sociedade, qualquer injustiça somente é tolerável quando necessária para se evitar uma injustiça ainda maior.

As sociedades constituem-se em associações de pessoas que, em suas relações, reconhecem certas regras de conduta como sendo obrigatórias. Quando produzida a partir de regras fundadas na equidade e na cooperação, a justiça passa a incorporar naturalmente o agir em sociedade, regrando as condutas dos cidadãos insculpidas em um sistema de cooperação anteriormente concebido para promover o bem dos que fazem parte de tal associação.

Ao mesmo tempo em que a sociedade visa vantagens mútuas, torna-se tipicamente marcada por conflitos (RAWLS, 2008, p. 5), inclusive no que tange à identidade e aos interesses perseguidos pelos seus componentes. Isso porquanto a cooperação social possibilita que todos tenham condições melhores de vida do que, comparativamente, poderiam ter se cada um dependesse de seus próprios esforços.

Verificando-se um conflito de interesses (o que é natural em sociedade, uma vez que as pessoas não são indiferentes no que se refere à distribuição dos benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua, bem como porque os cidadãos objetivam perseguir seus próprios interesses), impõe-se a aplicação de um conjunto de

princípios. Trata-se de diretrizes aptas a escolher a melhor forma de ordenação social para verificação das vantagens e, ainda, para se ter um acordo sobre as partes distributivas que são adequadas.

Referidas diretrizes são designadas por Rawls (2008, p. 6) como princípios da justiça social, os quais possuem como objetivo um modo de fornecer, atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade, definindo a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social. A sociedade, nesse contexto, considera-se bem-ordenada não apenas quando tem o intuito de promover o bem de seus membros, mas quando é regulada por uma concepção pública de justiça.

Frisa-se que, em uma sociedade em que todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, implica-se, com maior veemência, que as instituições sociais satisfaçam e concretizem tais princípios, sob pena de não corresponder aos anseios de todos os integrantes daquele meio social.

Nas sociedades concretas, o que é justo e o que é injusto geralmente está em disputa, razão pela qual raramente tais coletividades são bem ordenadas (até porque todos, ainda que discordem sobre o que é justo ou injusto, têm uma concepção de justiça). Decorre disso que a concepção da justiça pode ser vista como a carta fundamental de uma associação humana bem ordenada.

O conceito de justiça, assim, apresenta-se distinto das várias concepções de justiça, porquanto especificado pelo papel que esses diferentes conjuntos de princípios e de concepções possuem em comum. Os que defendem concepções distintas de justiça podem concordar que as instituições são justas quando não se fazem distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos e, ainda, quando as regras determinam um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes das vantagens da vida social.

Os planos dos indivíduos precisam se encaixar uns aos outros para que as várias atividades sejam combatíveis entre si e possam

ser todas executadas sem que as expectativas legítimas de cada um sofram frustrações graves. Na ausência de uma medida do que é justo ou injusto, é mais difícil para os indivíduos coordenar seus planos com eficiência, garantindo que acordos mútuos benéficos sejam mantidos.

Assim, segundo o proposto por Rawls (2008, p. 7-8), embora a justiça tenha certa prioridade, sendo a virtude mais importante das instituições, ainda é certo que em condições iguais, uma concepção de justiça é preferível a outra quando suas consequências são mais desejáveis.

A partir dessas observações, foi possível ao autor estabelecer a distinção entre o conceito de justiça e uma concepção de justiça, entendida aquela como sendo um equilíbrio apropriado entre exigências conflitantes, e esta, “[...] um conjunto de princípios correlacionados que objetiva identificar as considerações relevantes que determinam esse equilíbrio.” (RAWLS, 2008, p. 12).

A justiça, dessa forma, estaria apta a prevalecer sobre o que seria considerado bom, concretizando a ideia de que a sociedade não pode ser regida apenas por uma justiça idealizada e imposta, mas, sim, seguindo propostas aceitas e adotadas naturalmente por seus membros, com base em princípios de justiça.

Dentro do que pode ser considerado justo e injusto, são analisadas não somente as leis, as instituições e os sistemas sociais, mas, ainda, julgamentos, decisões, imputações, bem como as atitudes e disposições das pessoas. Assim, o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou seja, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social (RAWLS, 2008, p. 8).

Diz-se que a estrutura básica é o objeto primário da justiça porquanto seus efeitos estão presentes desde o começo do estabelecimento da vida em sociedade, podendo-se afirmar que essa estrutura contém várias posições sociais. Aqueles nascidos em condições di-

ferentes têm expectativas de vida diferentes, decorrentes do sistema político e das circunstâncias econômico-sociais.

A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e sociais que existem nos setores da sociedade. Assim, ao se considerar que o conceito de justiça se aplica sempre que há uma distribuição de algo considerado racionalmente vantajoso ou desvantajoso, estar-se-á considerando apenas um patamar de sua aplicação (RAWLS, 2008, p. 10).

O ponto que se deve ter em mente é que a concepção da justiça para a estrutura básica tem valor intrínseco, não merecendo ser descartada só porque seus princípios não são satisfatórios em todos os casos. Por isso, a concepção da justiça social fornece um padrão pelo qual se devem avaliar aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade.

Um ideal social está, por sua vez, ligado a uma concepção de sociedade, uma visão de modo como os objetivos e propósitos da cooperação social devem ser entendidos. As diversas concepções da justiça são o resultado de diferentes noções de sociedade em oposição ao conjunto de visão opostas das necessidades e oportunidades naturais da vida humana (RAWLS, 2008, p. 12).

Assim, o conceito de justiça define-se tanto pela atuação de seus princípios na atribuição dos direitos e deveres, assim como na definição da divisão apropriada de vantagens sociais, adotando-se uma visão aplicável no caso da justiça da estrutura básica.

Apresentando a referida concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a teoria do contrato social (um contrato social para garantir os direitos da coletividade), propõe-se que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade perfaçam o objeto do consenso original.

As pessoas, preocupadas em promover seus próprios interesses como definidores dos termos fundamentais de sua associação,

utilizar-se-iam de princípios que regulariam todos os acordos ulteriores, especificando os tipos de cooperação social. Tal modo de encarar os princípios de justiça foi denominado de justiça como equidade (RAWLS, 2008, p. 13-14).

Se a teoria do contrato social sustenta a necessidade de a vida social ser “[...] considerada sobre a base de um contrato, em que cada contratante condiciona sua liberdade ao bem da comunidade, procurando proceder sempre de acordo com as aspirações da maioria” (ROUSSEAU, 2001, p. 8), a justiça por equidade apregoa existir princípios aceitos pelas pessoas livres e racionais, numa posição inicial de igualdade.

Aqueles que estão comprometidos com a cooperação social escolhem, em ação conjunta, os princípios que devem atribuir os direitos e deveres básicos e determinar a divisão dos benefícios sociais. O homem, assim, decide de que forma(s) serão reguladas suas reivindicações mútuas e qual deve ser a base de fundação de sua sociedade.

Nesse caso, na justiça como equidade, posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Cada pessoa decide com o uso da razão o que constitui seu bem, e a finalidade, de acordo com sua razão, devendo buscar um grupo de pessoas que decidem o que é justo e injusto (RAWLS, 2008, p. 14-15).

As partes escolhem, em uma situação inicial, como racionais e mutuamente desinteressadas. Por isso, observa-se que os princípios da justiça são consequências de um consenso original numa situação de igualdade, restando saber se o princípio da utilidade seria reconhecido.

Revela-se pouco provável que pessoas que se veem igualmente, com direito de fazer exigências mútuas, concordariam com um princípio que poderia exigir, para alguns, expectativas de vida inferiores. Nesse sentido, segundo Rawls (2008, p. 19), o princípio da utilidade pode ser incompatível com a concepção da cooperação social entre iguais para vantagem mútua, sendo que a ideia contratu-

alista poderia ser ampliada à escolha de qualquer sistema ético que contemple os princípios de todas as virtudes, não somente da justiça.

Justiça como equidade é expressão gerada a partir de um *status* inicial pelo qual se garante que os acordos fundamentais nele alcançados sejam equitativos. Dessa forma, uma concepção da justiça é mais razoável do que outra, ou até mais justificável, no que diz respeito à justiça como equidade, quando pessoas racionais escolhem seus princípios para o papel da justiça, em uma situação inicial, preferindo-os aos de outra concepção.

Os princípios de justiça justificam-se, assim, porque foram aceitos consensualmente numa situação inicial de igualdade, sendo razoável supor que as partes, em uma situação original, são iguais. Já as premissas incorporadas na descrição da posição original são aquelas que, de fato, são aceitas, ainda que após um convencimento (e ainda que se esteja tratando de uma posição inicial puramente hipotética).

Algumas restrições expressam o que se pode considerar como injunções a termos equitativos de cooperação social. A ideia intuitiva da posição original deveria, dessa forma, conduzir, com uma maior clareza, o ponto de vista do qual se pode interpretar as relações morais.

Dois princípios de justiça poderiam ser acordados na posição original, aplicando-se à estrutura básica da sociedade, governando a atribuição de direitos e deveres, bem como regulando as vantagens econômicas e sociais. Assim, para os propósitos de uma teoria da justiça, a estrutura social pode ser considerada de modo que possua duas partes, mais ou menos distintas, aplicando-se o primeiro princípio a uma delas e o segundo princípio, à outra (RAWLS, 2008, p. 73-74).

Distinguem-se, nesse patamar, como integrantes de um primeiro princípio, os elementos do sistema social que definem e garantem iguais liberdades fundamentais dos aspectos que especificam e estabelecem as desigualdades sociais e econômicas. Tais liberdades incluem a liberdade política, a liberdade de expressão e de reunião, a propriedade privada, a proteção contra opressão, a proteção con-

tra prisão e detenção arbitrárias, as quais, de acordo com o primeiro princípio, devem ser iguais.

O segundo princípio, por sua vez, de acordo com Rawls (2008, p. 73-74), aplicar-se-ia à distribuição da riqueza e renda, que, embora desigual, deve ser vantajosa para todos, entendendo-se também que os cargos de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos.

Ambos os princípios são de teor bem específico, ao mesmo tempo em que são um caso especial de uma concepção de justiça mais geral, consistindo-se a injustiça em desigualdades que não são vantajosas para todos. Porém, os princípios abordados devem ser dispostos em uma ordem serial, sendo o primeiro prioritário do segundo (RAWLS, 2008, p. 74), já que as violações das iguais liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por vantagens maiores sociais ou econômicas.

O segundo princípio pode ser internamente diferenciado por duas partes, já que os termos que o integram (“benefício de todos” e “acessíveis a todos”) são ambíguos e possuem, ambas as expressões, dois sentidos naturais, independentes entre si. Do segundo princípio, assim, derivam-se as seguintes interpretações: o sistema da liberdade natural, a igualdade liberal e a igualdade democrática (uma sequência mais intuitiva), supondo-se, segundo Rawls (2008, p. 79), “[...] que o princípio de liberdade igual tenha sempre o mesmo sentido.”

Considerando-se esse contexto, foi adotada, na elaboração da justiça como equidade, a interpretação da igualdade democrática, combinando-se o princípio da igualdade equitativa de oportunidades com o princípio da diferença (RAWLS, 2008, p. 79). Disso, depreende-se que não é possível garantir as melhores perspectivas (as daqueles que estão em melhor situação) para todos, sob pena de frustrar as expectativas dos mais desfavorecidos socialmente.

As aplicações do princípio demonstram que ele é, de fato, um princípio da eficiência, destinado originalmente a configurações particulares do sistema econômico, como, por exemplo, à distribui-

ção de bens entre os consumidores ou a modos de produção. Traz-se a ideia de que uma configuração é eficiente sempre que for impossível mudá-la de modo a fazer com que algumas pessoas, ou pelo menos uma, melhorem a sua situação sem que, ao mesmo tempo, outras pessoas, pelo menos uma, piorem a sua.

Uma distribuição de bens ou um esquema de produção é ineficiente, por exemplo, quando há modos de fazer algo ainda melhor para alguns indivíduos sem fazer nada pior para os outros. Dessa forma, o princípio da eficiência não pode servir, sozinho, como concepção de justiça, exigindo-se algum tipo de complementação.

A visão disposta por Rawls com base nas premissas abordadas foi aprimorada posteriormente, em suas obras. Destacam-se, nesse sentido, suas considerações de que o “razoável” sobrepor-se-ia ao “racional”, tanto na concepção de “pessoa” quanto na dos bens primários a serem garantidos em uma sociedade justa, uma vez que, “[...] dada a concepção política dos cidadãos que os trata como sendo livres e iguais, os bens primários definem o que são suas necessidades.” (RAWLS, 2002, p. 305).

Segundo externado pelo próprio filósofo, “[...] *en Teoría de la justicia y Liberalismo político esbocé las más razonables concepciones de la justicia para um régimen liberal democrático y propuse la más razonable.*” (RAWLS, 2001, p. 151). Esclarecendo as diferenças apresentadas posteriormente, salienta que na obra “[...] *sobre el derecho de gentes he tratado de extender estas ideas para establecer las bases de la política exterior de una sociedad liberal en una razonablemente justa sociedad de los pueblos.*” (RAWLS, 2001, p. 151).

De qualquer forma, ante as ideias propostas, não haverá redistribuição que melhore a situação de qualquer uma das pessoas sem que se piore da outra, em razão do que se conclui que uma organização da estrutura básica é eficiente quando não há como mudar essa distribuição elevando-se as perspectivas de alguns sem diminuir

as perspectivas de outros. Somente assim, ter-se-ia uma justiça com base na equidade.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A existência de um Estado Democrático de Direito pressupõe mais que a simples enumeração de direitos fundamentais: trata-se de assegurar aos cidadãos a efetividade de tais direitos, permitindo-se a sua fruição, de forma segura e eficaz. Por esse motivo, resta prevista a participação estatal como um significativo instrumento de efetivação, mediante a criação e implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, traz-se à análise o viés interpretativo de políticas públicas como padrões de conduta que são adotados com vistas ao alcance de melhorias econômicas, políticas ou sociais (VICTOR, 2011, p. 17). Vistas sob tal aspecto, as políticas públicas encontram-se vinculadas ao contexto social de sua concepção e execução - fator social que deve ser considerado de forma atrelada ao conjunto histórico respectivo.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a intensificação da atividade estatal na prestação de serviços públicos, verificou-se o aumento da intervenção direta do Estado em vários aspectos da vida social, inclusive sobre o domínio econômico. Ante a proliferação de políticas sociais e a caracterização de um Estado social, os direitos dos grupos sociais restaram evidenciados, impondo aos governos um agir ordenado, na forma de políticas públicas (e não, apenas, por meio da prestação de serviços públicos).

A distinção do Estado social revelou-se pelas novas formas de agir dos governos, de modo que se sobressaíssem outras funções governamentais, como, por exemplo, de coordenação e de fiscalização dos agentes (BUCCI, 1997, p. 90). Nessa nova forma estatal, os governos passaram a agir sob a forma de políticas públicas, um conceito mais amplo que o de serviço público.

Verifica-se, assim, que as políticas públicas foram alvo de uma necessária caracterização com o passar do tempo, na história moderna. Partindo de uma concepção mais universalista para um enfoque mais específico aos menos “favorecidos”, muito se conectou o tema à diminuição das desigualdades sociais e ao fomento do crescimento econômico, a fim de que fossem cumpridas as determinações normativas. Por essa razão, muitas vezes, o desenvolvimento de políticas estatais deu-se em quadros contraditórios, coexistindo com outras prioridades, problemas e desafios, seja de natureza econômica ou social.

Nos dias atuais, em termos econômicos, quando se busca efetivar direitos fundamentais, conta-se com a alocação de recursos normativamente previstos, notadamente em termos orçamentários. Ocorre, porém, que, verificando-se essa interdependência, tais perspectivas nem sempre se concretizam, dadas eventuais adversidades.

Excepcionada uma integral ausência de recursos financeiros - circunstância que deve ser comprovada pelos Poderes estatais, não bastando simples alegação -, impõem-se, muitas vezes, readaptações orçamentárias a fim de que cumpra a prestação de direitos, especialmente no que tange àqueles vinculados à dignidade da pessoa humana (GARCIA, 2005, p. 200). Isso porque os Poderes não podem fazer o impossível.

Eventual impossibilidade deve ser objeto de comprovação, ainda mais em se tratando de direitos fundamentais. A fundamentalidade e a subjetividade dos direitos fundamentais situam-nos em um patamar de exigência e satisfação que transcendem a previsão normativa, impondo concreção e satisfação.

Nesse contexto, reconhecida a natureza subjetiva dos direitos fundamentais, impõe-se sua exigibilidade ao Poder Público, com uma quase que necessária alocação de recursos por parte do Estado. Pressupõe-se, assim, que compete ao Estado-Administrador a eleição de meios capazes de fomentar a realização dos objetivos constitucio-

nais, com vistas à efetivação de direitos (precipualemente, dos direitos sociais, em seu caráter prestacional).

Muitas vezes, isso pressupõe a participação de interesses públicos e privados, com, inclusive, participação popular no processo de criação, implementação e controle, evidenciando o caráter eminentemente dinâmico e funcional das políticas públicas. Para tanto, faz-se necessário, porém, olvidar a forma de estruturação do Estado liberal (mais voltado para as garantias das liberdades individuais) em prol de evidenciar o caráter prestacional do Estado, no sentido de promover ações comissivas e construtivas.

O Estado possui a função de prestar e/ou coordenar ações públicas para a efetiva realização dos direitos fundamentais, legitimando-se tais ações pelo convencimento social acerca da necessidade da realização desses direitos. Nessa seara, evidencia-se a participação estatal na concretização dos direitos sociais, que se efetivam por meio de prestações positivas, pois consistentes em “poderes” (diferentemente dos direitos fundamentais de primeira dimensão/geração, que consistem em liberdades, segundo a percepção doutrinária).

No contexto atual, como instrumentos de ação dos governos, as políticas públicas devem acompanhar as necessidades sociais e o reconhecimento dos direitos, a fim de que a esfera democrática seja efetivamente oportunizada e exercida. As políticas públicas, assim, constituem-se em verdadeiros instrumentos de democracia, até porque “[...] direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia.” (BOBBIO, 2004, p. 203).

Dessa forma, as políticas públicas correspondem a um processo de eleição de instrumentos para a realização dos objetivos do Estado (com a participação, muitas vezes, de interesses privados em conjunto com as ações dos agentes públicos nos processos de formulação e implementação). Podem, portanto, transcender os instrumen-

tos normativos dos programas de governo e inserir-se em um contexto mais amplo, a fim de que se afirme sua legitimidade e eficiência.

Constata-se, assim, que a efetivação dos direitos se afigura como limite e como tarefa, simultaneamente, dos poderes estatais e de todos, ao mesmo tempo, de forma que se atenda a dignidade da pessoa humana.

Pode-se referir, nesse sentido, as palavras de Sarlet (2009, p. 30), para quem a dignidade da pessoa humana, como objetivo da atuação estatal, impõe direitos fundamentais (negativos) contra ameaças, ao passo que, como tarefa, imputa medidas positivas (prestações) de respeito e promoção dos direitos, por meio das políticas públicas.

As políticas públicas revestem-se de salutar importância quando se trata de efetivar os direitos sociais. Tal gama de direitos, para sua efetivação, demanda a concretização de várias ações afirmativas, conferindo-se aos cidadãos a prerrogativa de “exigir” do Estado a prestação desses direitos, a fim de que a norma venha a alcançar seu pleno efeito. Do contrário, a dignidade humana poderia restar afetada, já que os direitos tidos como sociais contribuem para a realização digna das pessoas em sociedade.

Os direitos sociais - reitera-se - estão intrinsecamente relacionados com a dignidade humana. Nesse sentido, destaca Schwarz (2011, p. 27), ao tratar das garantias e da imprescindibilidade dos direitos sociais, que a fundamentação argumentativa da validade universal dos direitos humanos deve-se basear em uma ideia adequada de dignidade humana, constituindo-se, esta, em um elemento indispensável para a constituição dos direitos humanos.

Os direitos sociais, assim, são direitos fundamentais exigíveis em nome de todos e para todos, imprescindíveis para a vida e a dignidade, ao mesmo tempo em que falar de direitos humanos é falar de direitos sociais que sejam acessíveis a todos.

Tais premissas encontram-se lançadas em um contexto social deveras peculiar, uma vez que a sociedade brasileira contemporâ-

nea convive com diversas celeumas não condizentes com o modelo estatal que se objetiva. Graves celeumas como a criminalidade, a violência, a segregação social, a falta de acesso aos bens e serviços públicos, entre outros, não traduzem a justiça e a paz social almejadas pela Constituição, denotando uma acentuada falta de efetivação dos direitos sociais.

Dessume-se, por consequência, que a efetivação dos direitos exige vontade política, articulação e planejamento de ações, com metas objetivas e com vistas a um modelo de desenvolvimento mais humano, justo e democrático, verificando-se a eminente importância das políticas públicas.

Corroborar tal afirmação o texto de Massa-Arzabe (2001, p. 32), no sentido de que a relação existente entre políticas públicas e a realização de direitos, especialmente dos direitos sociais, é bastante significativa, demandando prestações positivas por parte do Estado.

Ocorre que, muitas vezes, o desiderato governamental não acompanha as indigências dos cidadãos. As políticas públicas veiculadas podem não condizer com a efetiva necessidade dos administrados, em virtude das desigualdades que permeiam as situações fáticas esboçadas no meio social.

Nesse sentido, esclarece Saule Júnior (2001, p. 23), quando se fala no desenvolvimento das políticas públicas, deve-se reconhecer a existência de conflitos e de interesses no meio social, sendo fundamental que se respeitem, simultaneamente, os direitos à igualdade e à diferença para que as políticas públicas surtam o resultado esperado.

Não se trata, aqui, de utilizar a abordagem da ponderação em virtude de uma colisão entre princípios ou conflitos entre regras, segundo proposto por Alexy (2015, p. 93), no sentido de que colisão - entre princípios - e conflitos - entre regras - são categorias que realçam a distinção entre princípios e regras, como solução do contraponto de normas. Cuida-se, porém, de coibir eventuais conflitos ou co-

lisões, uma vez que as políticas seriam lançadas de forma proporcional às necessidades dos cidadãos, propiciando-se uma verdadeira justiça.

4 CONCLUSÃO

É indiscutível o papel dos direitos sociais na busca do bem-estar coletivo, independentemente das mutações verificadas na evolução do Estado de Direito. Ainda que possam ser vistos como variantes dos direitos e garantias individuais ou como projeções do princípio da dignidade humana, os direitos sociais relacionam-se, estritamente, com o efetivo exercício dos direitos civis e políticos, bem como com a concretização da dignidade da pessoa humana.

Enquadram-se, tradicionalmente, nos ditos direitos de segunda dimensão/geração, relacionando-se com a noção kantiana de dignidade e identificando-se com o conceito de direitos fundamentais. Ensejam, portanto, a obrigação estatal de prestação, com a observância dos princípios norteadores da atividade do Estado, insculpidos no texto constitucional.

Quanto mais a sociedade convencer-se da necessidade da realização dos direitos sociais, maior será a legitimação estatal em sua função coordenadora de ações para a realização dos direitos, assim como, por consequência, maior será o campo de atuação das políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A previsão normativa dos direitos sociais, da forma como posta na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por si só, justifica a existência das políticas públicas destinadas à sua efetivação. Percebe-se, porém, que, por mais que exista a previsão de políticas destinadas a assegurar direitos, de forma difusa ou coletiva, para determinado seguimento (social, cultural, étnico ou econômico), sua execução sempre depende da participação estatal, de forma mais ou menos central, o que pode tornar mais difícil a sua concretização.

Nesse ponto, as políticas públicas assumem papel relevante, considerando-se que as instituições sociais definem os direitos e deveres dos homens e influenciam seus projetos de vida, o que eles podem esperar vir a ser e o bem-estar econômico que podem almejar.

Por se tratar de prestações estatais, o Poder Público costuma veicular políticas públicas destinadas a sanar as precisões dos cidadãos, a fim de que se cumpra sua obrigação constitucional. Ao mesmo tempo, as prestações, se efetivadas, contribuem para o alcance de um apropriado Estado do Bem-Estar Social, com o cumprimento esmerado das políticas públicas.

A partir daí, verifica-se o entrelace das políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais com a teoria da justiça. Tratando-se a proposta de Rawls da aplicação de princípios a partir de uma posição original, verifica-se o papel distintivo das concepções de justiça para especificar os direitos e deveres básicos, determinando as partes distributivas apropriadas sem que se gerem problemas de eficiência, coordenação e estabilidade.

Para que se construa uma sociedade bem fundamentada, consoante sustentado por Rawls em *Uma Teoria da Justiça*, faz-se necessário obter uma concepção pública de justiça a partir de princípios que sejam aceitos por todos. Na realidade atual, tais princípios podem ser utilizados na realização das políticas públicas veiculadas para conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais a partir de uma posição de igualdade, partindo-se de um mesmo patamar no que tange aos destinatários das políticas, a fim de que se originem resultados equânimes e satisfatórios.

É nas desigualdades básicas de qualquer sociedade que os princípios da justiça social devem ser aplicados (o que ocorre, muitas vezes, por meio das políticas implementadas para sanar as desigualdades). A justiça como equidade, nesse contexto, transmite a ideia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial

equitativa, começando com uma das mais genéricas dentre todas as escolhas que as pessoas podem fazer em conjunto.

Considera-se, na proposição de justiça como equidade, a aplicação de dois princípios de justiça a partir de uma posição comum. Não se trata, por exemplo, de separar a tradição liberal (atribuindo-se peso maior à liberdade) da tradição republicana (com maior peso à igualdade); ao falar em liberdade e igualdade, Rawls tentou juntar ambos os princípios, dizendo que as liberdades podem ter prioridade sobre a igualdade, não as colocando em um patamar de superioridade, mas, sim, na aplicação dos princípios para a definição de um conceito de justiça.

Embora tenha apresentado uma proposta à ideia de justiça, Rawls alimenta que uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não for verdadeira, bem como o devem ser as leis e instituições, ainda que organizadas (podendo ser, inclusive, abolidas ou reformuladas). Já os direitos assegurados pela justiça não estariam sujeitos a uma negociação política ou a cálculo de interesses sociais, em uma sociedade justa, com liberdades irrevogáveis.

De fato, Rawls alterou e/ou aperfeiçoou algumas de suas ideias, posteriormente ao lançamento da Teoria da Justiça. De qualquer forma, a partir de suas proposições, ainda é possível verificar que a sociedade partilha de um mundo plural. Assim, impõe-se seja compartilhado um conceito político de justiça, ou seja, uma concepção de justiça partilhada, em um contexto de pluralismo razoável.

Verificar-se-ia, assim, uma situação de igualdade inicial, a partir da qual a justiça seria vista ante uma posição basilar de equidade, com interpretação da igualdade democrática, combinando-se o princípio da igualdade equitativa de oportunidades com o princípio da diferença.

Na sociedade contemporânea, ao se buscar a efetivação dos direitos sociais, não se podem lançar políticas públicas em um contexto de desigualdade. Inobstante seu cunho prestacional, se implantadas de forma geral, sem considerar as peculiaridades de cada

contexto em que sejam inseridas, as políticas podem não conferir efetividade aos direitos sociais.

Cada sociedade possui necessidades diferentes, razão pela qual não se obtém o resultado esperado da ação estatal quando lançadas as mesmas expectativas para todos. Em virtude disso, as políticas públicas tornam-se mais eficazes quando propostas e implantadas a partir de um *status* inicial de igualdade de seus destinatários, de uma mesma situação que tenha originado a adoção das respectivas políticas.

Em uma posição original, por trás do véu da ignorância, qualquer escolha racional de princípios fundamentais da sociedade situar-se-ia em princípios justos, a fim de que não fosse possível a concessão de detrimientos ou benefícios a partir de estruturas moldadas de forma tendenciosa. Os princípios esboçados, assim, forneceria com maior segurança a possibilidade de justiça em uma sociedade idealizada.

Percebe-se, portanto, com a aplicação da Teoria da Justiça lançada por Rawls, que é possível conferir maior efetividade aos direitos sociais quando as políticas públicas tencionadas com esse propósito são aplicadas a partir de uma situação de equidade daqueles que necessitam da prestação estatal. Tal efetividade, inclusive, nos moldes propostos, pode ser idealizada e alcançada na sociedade contemporânea, já permeada por disparidades sociais significativas, a fim de que se caminhe a passos mais largos rumo à justiça almejada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselhos de Direitos e Formulação de Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et al. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Polis, 2001. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/handle/11465/441>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). Os Desafios dos Direitos Sociais. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 56, p. 161-200, set./dez. 2005.

RAWLS, John. *El derecho de gentes: y uma revisión de la idea de razón pública*. Tradução Hernando Valencia Villa. Barcelona: Paidós, 2001.

RAWLS, John. A prioridade do justo e as concepções do bem. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 291-331.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução Rolando Roque da Silva. 2001. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: constituindo uma concepção jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Políticas Públicas Locais: Município e Direitos Humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et al. *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. São Paulo: Pólis, 2001. p. 17-31. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/handle/11465/441>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*. Aranzadi: Pamplona, 2011.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de Políticas Públicas para Educação Infantil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

AXEL HONNETH E A LUTA POR RECONHECIMENTO NA CONTEMPORANEIDADE

Riva Sobrado de Freitas*
Elaine Julliane Chielle**

RESUMO

O presente estudo tem por base a análise da obra “Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais”, de Axel Honneth. Na referida obra, o autor formula sua própria teoria social do reconhecimento, abordando e tomado por base à teoria do reconhecimento de Georg Friedrich Hegel, de Georg Herbert Mead e Donald W. Winnicott, concluindo em três formas do reconhecimento nas relações sociais, quais sejam: amor, direito e solidariedade. Essas formas de reconhecimento sociais dizem respeito a interações intersubjetivas, que acabam por gerar sentimentos de autoconfiança, autorrespeito e autoestima, respectivamente. E o que o autor busca aqui, é justificar que ocorrendo um desrespeito a estes sentimentos, haverá um impulso para uma luta social por reconhecimento intersubjetivo e não por autoconservação, como afirmam os teóricos anteriores. Palavras-chave: Teoria do reconhecimento. Luta social por reconhecimento. Esferas do reconhecimento.

1 INTRODUÇÃO

Axel Honneth é sociólogo e filósofo alemão, diretor do Instituto Für Sozialforschung (Instituto para Pesquisa Social) da Universi-

* Pós-doutora na Universidade de Coimbra, Portugal; Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora e Pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, SC; rivafreit@ig.com.br

** Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduanda stricto sensu na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; jullianechielle@hotmail.com

dade de Frankfurt. Alcançou grande destaque na tradição da teoria crítica da Escola de Frankfurt com a sua teoria do reconhecimento recíproco apresentada na obra “Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais”, publicado em 2003 no Brasil, mas originalmente publicado já em 1992, sob o título “Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte”.

O filósofo utiliza a teoria do reconhecimento formulada por Georg Friedrich Hegel, assim como dos estudos de psicologia moral de Georg Herbert Mead e também os estudos de Donald W. Winnicott, com o objetivo de alcançar uma teoria social normativa. Para isso, ele trabalha com as relações intersubjetivas de reconhecimento social, relações essas amorosas, jurídicas e de estima social.

Referidas relações criam no indivíduo sentimentos de autoconfiança, autorrespeito e autoestima. É uma vez que aconteça o desrespeito às formas de reconhecimento abordadas pelo autor, ocorre o que ele próprio denomina de luta social pelo reconhecimento, que consiste na busca dos indivíduos em restabelecer ou criar novas condições de reconhecimento recíproco.

2 SUPORTES TEÓRICOS PARA A TEORIA DA LUTA POR RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH

Axel Honneth é o sucessor de Habermas no Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, e ele constrói a sua filosofia com o objetivo de retomar a tradição da Teoria Crítica, pois seus trabalhos possuem raízes nesta teoria, mas de certa maneira sua posição teórica apresenta contrastante e confronto com a de seus antecessores, ao que ele constrói soluções a impasses que alega existirem na filosofia de Habermas, tal como este havia feito com Adorno e Horkheimer. Honneth buscou em seus escritos traços e pistas de uma direção teórica que não havia sido seguida, capaz de evitar as dificuldades outrora encontradas. E estes elementos que não foram observados poderiam

dar uma nova direção à teoria social crítica, que se encontrava então ancorada no processo de construção social da identidade, e que evoluiu para um processo de luta pelo reconhecimento (NOBRE, 2009, p. 10).

A Teoria Crítica foi construída pelos filósofos e pensadores vinculados à Escola de Frankfurt, criada em 1923. A Teoria Crítica tem como expoentes Pollock, Löwenthal, Adorno, Benjamin, Marcuse, Habermas e Max Horkheimer. O primeiro desenvolvimento que esta teoria recebeu foi de Max Horkheimer, em sua obra de 1937, Teoria Tradicional e Teoria Crítica, que tinha por objetivo uma oposição à designação da expressão Teoria Tradicional, que remonta ao Discurso do Método, de Descartes. Para Horkheimer, a Teoria Tradicional permanecia alheia à conexão global dos setores da produção, e não se ocupa com as origens sociais dos problemas e as situações reais, se tornando abstrata e estranha à realidade. Na Teoria Crítica de Max Horkheimer, existe uma proposta para ampliar o conceito de razão, fazendo com que o pensamento se liberte dos limites marcados pela prática empirista e de uma visão objetiva da realidade, dos problemas ligados ao homem e à sociedade (FUGA, 2013).

No ano de 1933, pelo fato de o instituto ser patrocinado com recursos judeus, os pesquisadores Horkheimer e Theodor Adorno, fugiram da Alemanha para os Estados Unidos. E então, adotaram como objetivo a criação de sociedades e organizações livres da dominação, que fosse capaz de contribuir para o desenvolvimento por parte dos cidadãos. Assim, por volta de 1956, se juntaram ao instituto Jürgen Habermas, na condição de auxiliares de Adorno (FUGA, 2013).

Habermas conseguiu resgatar o conceito de opinião pública como instrumento fundamental para a promoção do esclarecimento, ainda que se encontrasse no período de manipulação da opinião pública e mecanismos de massificação cultural. Ele viu a necessidade em explicar o conceito de reflexão, pois a reflexão orienta a vida no que diz respeito a alcançar uma emancipação racional das autoilusões, das ideologias e fanatismos, das falsas consciências ou identi-

dades. Para alcançar a concepção sobre reflexão, o filósofo se baseou em Freud. E é então que Habermas conclui pela necessidade da psicanálise para evitar a auto ilusão quanto a si mesmo, assim como para melhor elucidar o conjunto de necessidades e desejos (FUGA, 2013).

Assim, em síntese, a teoria crítica da qual decorre a teoria honnethiana do reconhecimento, tem por objetivo a compreensão das situações sociais de desigualdade, opressão, injustiça e desrespeito, de maneira que seja possível diagnosticar os fenômenos negativos em determinadas condições históricas, e também identificar possibilidades concretas para a superação prática destes problemas diagnosticados. O diagnóstico das patologias sociais tem por dever o apontamento dos obstáculos e potenciais práticos de emancipação. Para o próprio Honneth, a teoria crítica tem por fundamento a ideia de em que o processo histórico de formação é deformado de tal forma por relações sociais, que somente em termos práticos isso é superado (MELO, 2014, p. 20).

Nos dizeres de Nobre (2009, p. 10), considera-se Axel Honneth inserido na tradição da Teoria Crítica. Contudo, se Honneth estiver em consonância com Habermas sobre a necessidade de se construir a Teoria Crítica em bases intersubjetivas e com marcados componentes universalistas, ele acabaria por defender também, de maneira contrária, a tese de que a base da interação é o conflito, e sua gramática, a luta por reconhecimento (NOBRE, 2009, p. 17).

Em Honneth, a reconstrução habersiana parece abstrata e mecânica, e acaba por não levar em conta o conflito social, que é o fundamento social da Teoria Crítica. Assim, Habermas prefere partir dos conflitos e suas configurações sociais e institucionais antes, para só então buscar suas lógicas (NOBRE, 2009, p. 17).

Aqui, fica evidente o motivo de Hegel ser uma das principais fontes a que Honneth se embasa, pois no pensamento de Hegel aparecem conceitos de reconhecimento, intersubjetividade e conflito.

Os escritos de Hegel que serviram de base para Honneth são basicamente quatro textos escritos durante seu período em Jena: “As diferentes maneiras de tratar do direito natural”, de 1802; o “Sistema da eticidade”, datado em 1802; “Filosofia do espírito”, contida nos “Projetos de sistemas” de 1803 a 1804; e essa última seção contida novamente nos “Projetos de sistemas” de 1805 a 1806.

Em análise aos escritos de Hegel, Honneth conclui que os indivíduos somente serão capazes de construir e formar suas próprias identidades ao serem reconhecidos intersubjetivamente, ou seja, só haverá uma autorrelação prática compositiva para um indivíduo quando ele perceber o seu reconhecimento pelos demais membros da sociedade onde se encontra inserido. E quando esse reconhecimento não ocorre, seja em decorrência de sua ausência ou mesmo de um falso conhecimento, desdobra-se em uma luta por reconhecimento, que é onde os indivíduos buscam restabelecer ou mesmo criar novas condições de reconhecimento recíproco. E por isso são os escritos do jovem Hegel que fornecem o maior potencial de inspiração para Honneth na reconstrução do conceito de uma luta moralmente motivada. E a reconstrução da argumentação de Hegel leva Honneth à distinção de três formas de reconhecimento que possuem potencial para uma motivação dos conflitos: o amor, o direito e a solidariedade (HONNETH, 2009, p. 23).

Honneth se utiliza então dos estudos da psicologia social de George Herbert Mead, o qual defende que as pessoas possuem a sua identidade com base em experiências de um reconhecimento intersubjetivo, colocando o reconhecimento como base para o entendimento da evolução social da sociedade.

Mead define o “Me” como a imagem que o outro tem de mim, e o “Eu” como a fonte não regulamentada de todas as minhas ações atuais, tendo por base a tese de que a autoconsciência humana tem uma concepção intersubjetiva, o que acaba por ter uma fundamentação naturalista da teoria do reconhecimento de Hegel: “[...]”

um sujeito só pode adquirir uma consciência de si mesmo na medida em que ele aprende a perceber sua própria ação da perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa.” (HONNETH, 2009, p. 131).

Foi com a psicologia social de Mead, que Honneth alcançou uma inflexão materialista à teoria hegeliana da luta por reconhecimento. Nas suas teses foram encontrados equivalentes teóricos pós-metafísicos e naturalistas de que é crucial o reconhecimento recíproco intersubjetivo para que haja a formação prática da identidade humana, da mesma maneira como a distinção conceitual das diversas etapas do reconhecimento. E é através dessa fundamentação que Honneth desenvolveu sua teoria social crítica, partindo da afirmação de que a constituição do ser humano pressupõe processos intersubjetivos que objetivam a busca pelo reconhecimento.

A interação social do ser humano é formada por relações e regida por princípios de reconhecimento mútuo entre os indivíduos. E a formação da identidade é atingida quando ocorrem experiências de desrespeito e humilhações, caracterizando-se como experiências de negação do reconhecimento. O indivíduo carece do reconhecimento do outro como pessoa de valor, possuidor de habilidades e capacidades, para só então aprender a se referir positivamente a si mesmo. Ou seja, a auto relação positiva só existirá quando os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, através da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, possam aprender a se referir a si mesmos como pessoas a que cabem determinadas propriedades e capacidades (HONNETH, 2009, p. 272).

Os elementos da teoria do reconhecimento de Honneth são constituídos também com base nos estudos de Donald W. Winnicott.

Os primeiros elementos de sua teoria surgem da categoria que Winnicott denominou “dependência absoluta”, que trata sobre a primeira fase do desenvolvimento do ser humano ainda quando criança, onde o bebê e a mãe possuem uma relação simbiótica. Nessa fase

inicial da vida, devido a total dependência do bebê com a sua mãe, e a atenção da mãe para a satisfação das necessidades de seu filho, faz com que não exista limites de individualidade, existindo entre mãe e filho um sentimento de unidade. Mas aos poucos esse sentimento vai perdendo espaço pela independência entre ambos que aos poucos vai surgindo (HONNETH, 2009, p. 160).

Assim, através dos estudos de Winnicott, Honneth consegue esboçar os princípios fundamentais do primeiro nível de reconhecimento, que é quando a criança obtém a experiência da confiança e cuidado materno, possuindo então condições de desenvolver uma relação positiva consigo mesma, e essa nova capacidade Honneth denomina como “autoconfiança”. Após desenvolver essa capacidade, a criança está apta a desenvolver de maneira sadia a sua personalidade. Esse primeiro desenvolvimento da capacidade de confiança é visto por Honneth como a base das relações sociais entre adultos (HONNETH, 2009, p. 168).

3 PADRÕES DE RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO: AMOR, DIREITO, SOLIDARIEDADE

Conforme já citado, Honneth obteve inspiração no conceito de reconhecimento do jovem Hegel para alcançar a fundamentação da sua própria versão da teoria crítica. Através disso ele pretende busca explicar as mudanças sociais através de uma luta por reconhecimento, para isso ele propõe uma concepção normativa sobre eticidade decorrente de diferentes dimensões de reconhecimento. Ele diz que os indivíduos formam a sua identidade a partir do reconhecimento intersubjetivo. E esse reconhecimento se dá em três diferentes dimensões da vida, que são: o amor advindo dos relacionamentos com familiares, amigos ou íntimos; do direito, por meio de relações jurídicas; e na esfera social por meio da solidariedade. E são essas

três formas de reconhecimento que explicam a origem das tensões sociais e também a motivação moral dos conflitos existentes.

Honneth afirma que foi a psicologia social de Mead deu uma inflexão materialista à teoria da “luta por reconhecimento” de Henggel, podendo dar a essa teoria social um teor normativo (HONNETH, 2009, p. 155).

Para ele, o ponto de partida dessa teoria social deve ser constituído pelo princípio em que Mead coincidira fundamentalmente com o jovem Hegel, que é onde a reprodução da vida social se efetua através do imperativo de um reconhecimento recíproco, e isso porque só se é possível uma autorrelação prática após aprender a se conceber por meio da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais (HONNETH, 2009, p. 155).

Ao iniciar a descrição sobre cada forma de reconhecimento, Honneth inicia com o amor. Ele entende o amor sejam todas as relações primárias, desde que consistam em ligações emotivas fortes e que envolva poucas pessoas. Como exemplos dessas relações ele cita relações eróticas entre dois parceiros, de amizades e de relações entre pais e filhos. Fazendo referência do significado do amor para Hegel, Honneth diz que o amor representa a primeira etapa de reconhecimento recíproco, e isso porque na sua efetivação, os sujeitos se confirmam mutuamente na natureza concreta de suas carências, e acabam por se reconhecer como seres carentes: “[...] na experiência recíproca da dedicação amorosa, dois sujeitos se sabem unidos no fato de serem dependentes, em seu estado de carência, do respectivo outro.” (HONNETH, 2009, p. 159). Dessa forma, com base em Henggel, Honneth diz que o amor deve ser compreendido como um “ser-si-mesmo em um outro” (HONNETH, 2009, p. 160).

É nesse ponto que Honneth cita a primeira interpretação de uma relação amorosa como um processo de reconhecimento recíproco, se utilizando dos meios psicanalíticos de Winnicott, o qual faz uma análise da relação amorosa entre mãe e filho.

Winnicott concebeu que o processo de amadurecimento infantil é uma tarefa que só existira através da cooperação intersubjetiva de mãe e filho pode ser solucionada em comum, de maneira que eles possam se separar daquele estado indiferenciado do “ser-um”, aprendendo a se aceitar e a se amar como pessoas independentes. Inicialmente, tanto a mãe como o filho se encontram em um estado do ser-um simbiótico, e precisam aprender a diferenciar-se em seres autônomos (HONNETH, 2009, p. 165).

Como há uma relação de dependência mútua nessa fase de unidade simbiótica, esta só pode chegar portanto a um termo quando ambas obtêm para si um pouco de independência. Para a mãe, a emancipação tem início quando ela retorna ao seu campo de atenção social, que ocorre quando a sua identificação primária e corporal com o bebê começa a fluidificar. Essa “desadaptação graduada” significa um desenvolvimento intelectual para o bebê, que acaba por gerar a capacidade de diferenciar cognitivamente o próprio ego e o ambiente, e por volta da idade de seis meses, ele começa a entender sinais acústicos ou ópticos como índices de futuras satisfações de carências, suprindo a ausência da mãe em curtos períodos. Assim, a criança tem a percepção de que como algo no mundo que não está sob o controle da própria onipotência, e isso significa que ela sai da fase da “absoluta dependência” (HONNETH, 2009, p. 167). Assim, a criança passa a ter uma dependência relativa, pois percebe que a mãe não é uma extensão de seu próprio corpo.

Jessica Benjamin constata que nessa fase nessa fase, ocorre um comportamento agressivo da criança para com a sua mãe, ou seja, uma forma de luta, e isso auxilia no reconhecimento da mãe como um ser que existe independente dela, e que é possuidor de pretensões próprias. Ao ponto em para a mãe, inversamente, isto significa que também ela tem de aprender a aceitar a independência de seu filho, assim como compreender as fantasias e desejos destrutivos de seu filho como algo contrário aos seus próprios interesses, e

que isso só compete a ele por ter se tornado um ser autônomo. E se esse primeiro passo de delimitação recíproca obtiver êxito, a mãe e a criança podem saber-se dependentes do amor do respectivo outro, sem, contudo, ser necessário um “fundir-se simbioticamente” um no outro (HONNETH, 2009, p. 170).

Em análise aos estudos de Winnicott, Honneth conclui que seja possível partir da hipótese de que todas as relações amorosas sejam impelidas por uma remissão inconsciente da vivência e fusão originária que marca a mãe e o filho na primeira fase de reconhecimento, pois o estado interno do “ser-um” simbiótico gera uma experiência de completude, criando um desejo de estar ao longo de toda a sua vida fundido a outra pessoa, mas esse sentimento de fusão só se tornará um sentimento de amor quase ele for desiludido, de maneira que cause o reconhecimento do outro como uma pessoa independente (HONNETH, 2009, p. 177).

E é a segurança emotiva que se obtém nas experiências e manifestações de carência e sentimento decorrentes da experiência intersubjetiva do amor, que vai constituir o pressuposto da autoconfiança, e essa por sua vez é de suma importância para a participação autônoma na vida pública.

Salvadori (2003, p. 191), diz que para Honneth o amor se diferencia do direito na maneira como ocorre o reconhecimento da autonomia do outro, pois no amor, esse reconhecimento é possível devido a uma dedicação emotiva, ao ponto que no direito o reconhecimento ocorre porque há respeito. Mas salienta que em ambos somente há autonomia quando há o reconhecimento da autonomia do outro. Dando continuidade, ele explica que a história do direito ensina que, no século XVIII, existia os direitos liberais da liberdade; no século XIX, direitos políticos de participação e no século XX os direitos sociais de bem-estar. E que essa evolução mostra a integração do indivíduo na comunidade, assim como a ampliação das capacidades, que é o que caracteriza a pessoa de direito. E conclui que é nessa

esfera onde a pessoa é reconhecida como autônoma e moralmente imputável, desenvolvendo sentimentos de autorrespeito.

A respeito do direito, segunda forma de reconhecimento tratada por Honneth, Hegel e Mead percebem uma relação jurídica como maneira de reconhecimento recíproco, visto que um sujeito se considera portador de direitos ao saber que possui obrigações das quais deve observar em face do respectivo outro, que também é pessoa portadora de direitos, e também no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões (HONNETH, 2009, p. 179).

Contudo, Honneth (2009, p. 181), considera que o sistema jurídico deve ser compreendido como a expressão dos direitos universalizáveis de todos os membros da sociedade, sem exceções ou privilégios. E os parceiros de interação, ao se considerarem livres e iguais, se reconhecem reciprocamente como sujeitos portadores de direitos quando forem capazes de decidir com autonomia individual sobre normas morais (HONNETH, 2009, p. 182).

Essa concepção de Honneth decorre da ruptura e modificação da perspectiva do respeito pessoal decorrente da modernidade.

O reconhecimento jurídico intersubjetivo de Honneth através das relações jurídicas, tem por base os estudos de Thomas H. Marshall, buscando demonstrar que a ampliação das retenções jurídicas universais no meio social tem origem em um processo histórico de luta por incorporação de demandas jurídicas desencadeadas por classes menos favorecidas, o que corresponderia a uma luta por reconhecimento jurídico (HONNETH, 2009, p. 190).

Honneth diz que para reconhecer-se mutuamente como pessoa de direito possui hoje um significado maior que no início do desenvolvimento do direito moderno: “[...] entretentes, um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também

na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso.” (HONNETH, 2009, p. 193).

Mediante a experiência do reconhecimento jurídico, há a possibilidade de uma espécie de autorrelação, onde o sujeito adulto alcança a capacidade de conceber sua ação como uma manifestação da própria autonomia, respeitada por todos os demais, tal como o amor possibilita à criança a confiança a para manifestar espontaneamente suas carências mediante a experiência contínua da dedicação materna (HONNETH, 2009, p. 194).

Honneth comenta sobre uma suposição apresentada por Mead, em que, tendo em vista a existência de direitos individuais, é possível poder colocar pretensões aceitas.

Esses direitos individuais dotam os sujeitos com a possibilidade de uma atividade legítima, visto que ele pode constatar que goza do respeito de todos os demais. E é o caráter público que todos possuem direitos, que autoriza uma ação perceptível aos parceiros de interação, e confere a força de possibilitar a constituição do autorrespeito para cada indivíduo, pois com a possibilidade em reclamar direitos, é dado ao indivíduo um meio de expressão simbólica, cuja efetividade social pode demonstrar-lhe reiteradamente que ele encontra reconhecimento universal como pessoa moralmente imputável (HONNETH, 2009, p. 197).

É na experiência do reconhecimento jurídico também, que um sujeito se torna capaz de se considerar uma pessoa que partilha com todos os outros membros as propriedades que o capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade, e também na possibilidade em ter uma referência própria positiva, isso é o que Honneth chama de “autorrespeito” (HONNETH, 2009, p. 197).

A solidariedade, última forma de reconhecimento tratada por Honneth, remete à aceitação recíproca das qualidades individuais, julgadas a partir dos valores existentes na comunidade. É através dessa forma de reconhecimento que se origina a autoestima, que

nada mais é do que uma confiança nas realizações pessoais e na posse de capacidades reconhecidas pelos membros da comunidade em que um indivíduo se encontra inserido. A forma de estima social é diferente em cada período histórico. Como exemplos da estima social, pode ser citada a valorização de um indivíduo pelas propriedades coletivas da sua camada social na modernidade, mas surge uma individualização das realizações sociais, o que só é possível com um pluralismo de valores (SALVADORI, 2003, p. 191).

A autocompreensão cultural de uma sociedade é que determina os critérios que vão orientar a estima social das pessoas, já que suas capacidades e realizações são julgadas intersubjetivamente, de acordo com a cooperação na implementação de valores culturalmente definidos. Isso faz com que essa terceira forma de reconhecimento recíproco esteva vinculada também à pressuposição de um contexto de vida social onde os membros constituam uma comunidade de valores mediante a orientação por concepções de objetivos em comum (HONNETH, 2009, p. 200).

Uma pessoa só se sente “valiosa” ao saber que é reconhecida em realizações que ela justamente não partilha de maneira indistinta com todos os demais (HONNETH, 2009, p. 204).

Honneth (2009, p. 209) entende por solidariedade como sendo uma espécie de relação interativa onde os sujeitos tomam interesse reciprocamente por seus modos distintos de vida, isso porque eles se estimam entre si de maneira simétrica.

Ele também diz que a solidariedade, nas condições das sociedades modernas, está ligada ao pressuposto de relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados e autônomos. E estimar-se simetricamente significa considerar-se reciprocamente sob a égide de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum.

Assim, esses tipos de relações podem ser chamadas de “solidárias” por despertarem o interesse da tolerância para com a particu-

laridade individual de outra pessoa, e também o interesse efetivo por essa particularidade: “[...] só na medida em que eu cuido ativamente de que suas propriedades, estranhas a mim, possam se desdobrar, os objetivos que nos são comuns passam a ser realizáveis.” (HONNETH, 2009). O autor entende por solidariedade como sendo uma espécie de relação interativa onde os sujeitos tomam interesse reciprocamente por seus modos distintos de vida, isso porque eles se estimam entre si de maneira simétrica (HONNETH, 2009, p. 210-211).

Em conclusão, temos que a autorrealização do indivíduo, de acordo com Honneth, somente é alcançada quando há, na experiência de amor, a possibilidade de autoconfiança, na experiência de direito, o autorrespeito e, na experiência de solidariedade, a autoestima.

4 LUTA SOCIAL DECORRENTE DO DESRESPEITO AOS PADRÕES DE RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO

Conforme anteriormente mencionado, Honneth busca a construção de uma teoria crítica baseada no reconhecimento, e para tornar plausível a sua teoria, ele questiona como a experiência do desrespeito, que tem por base as vivências afetivas do sujeito comentadas no item anterior, pode impulsionar ao desencadeamento de uma luta por reconhecimento.

Contudo, se por um lado essas formas de reconhecimento são capazes de trazer ao indivíduo capacidades e visões positivas sobre si mesmo através do reconhecimento que obtém pelo outro, ao ocorrer o desrespeito a essas formas de reconhecimento, obteremos ao que o autor se refere como uma luta social pelo reconhecimento recíproco.

A respeito, Honneth (2009, p. 214), diz ser justamente do entrelaçamento interno aduzido por Hegel e Mead, que resulta a vulnerabilidade articular dos seres humanos, a qual ele identifica com o conceito de “desrespeito”, isto porque a autoimagem normativa

de cada pessoa depende da possibilidade de um seguro constante no outro, e que vai de par justamente com a experiência de desrespeito.

A primeira forma de desrespeito tratada por Honneth, é a decorrente daquela primeira forma de reconhecimento, o amor. Como desrespeito a essa forma de reconhecimento, ele define os maus tratos e a violação. Nessa forma de desrespeito, há uma agressão à integridade psíquica, mais especificamente ao autorrespeito que cada indivíduo possui de seu corpo, constituído através do processo intersubjetivo de socialização com base da dedicação afetiva (HONNETH, 2009, p. 214).

Nessa forma de desrespeito, há também uma agressão na confiança que foi adquirida através do amor. Subtrai-se o respeito natural por uma disposição autônoma a respeito do próprio corpo, o que acaba por destruir, segundo o autor, a forma mais elementar de autorrelação prática, que é a confiança em si mesmo (HONNETH, 2009, p. 215).

A segunda forma de desrespeito, está relacionada ao direito, e a experiência de desrespeito ao direito afeta o autorrespeito moral do sujeito, trata-se de um desrespeito pessoal, que são infligidos a uma pessoa pelo fato de ele permanecer estruturalmente excluído da detenção de alguns direitos no interior à sociedade, ou seja, é a privação e/ou exclusão de direitos (HONNETH, 2009, p. 216).

Honneth (2009, p. 216) menciona que é possível conceber como direitos, as pretensões individuais das quais a satisfação social de uma pessoa pode contar de maneira legítima, pois ele sendo ela um membro de igual valor em uma coletividade, pode participar em pé de igualdade de sua ordem institucional, mas se lhe for negado direitos dessa espécie, implicitamente se estaria afirmando que não lhe é concedida imputabilidade moral de maneira igual aos outros membros da sociedade.

A incapacidade em se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com outros, é subtrair da pessoa o respeito cognitivo (HONNETH, 2009, p. 217). Para o indivíduo, o desrespeito às pretensões jurídicas socialmente vigente é lesar a expecta-

tiva intersubjetiva e ser reconhecido como alguém capaz de formar juízo moral, o que o leva a perda do autorrespeito.

Sobre a forma de reconhecimento de solidariedade, o seu desrespeito incorre no que Honneth chama de desrespeito da degradação moral e da injúria. Ele entende que aqui a dimensão da personalidade que é ameaçada é a da dignidade, ocorrendo uma degradação da autoestima, isso porque aqui ocorre a privação do ser em desenvolve uma estima positiva sobre si mesmo (HONNETH, 2009, p. 217).

Para ele, a honra, dignidade ou o “status”, de uma pessoa, refere-se à medida de estima social que é concedida à sua maneira de autorrealização, por isso o desrespeito à terceira forma de reconhecimento está ligado à ofensa ou degradação dos indivíduos (HONNETH, 2009, p. 217).

Honneth passa então a adotar o conceito psicanalítico de patologia para esclarecer as formas de desrespeito, dizendo que a experiência do rebaixamento e da humilhação social, ameaça tanto a identidade do indivíduo como a sua vida física com o sofrimento de doenças. Concluindo que as formas de desrespeito apresentadas são uma forma de patologia. Como consequência disso, uma teoria do reconhecimento deve indicar a classe de sintomas que aqueles atingidos pela forma de desrespeito em seu estado patológico apresentam (HONNETH, 2009, p. 219).

Ele chega à concepção de que o conteúdo emocional da vergonha experimentada, consiste numa espécie de rebaixamento do sentimento do próprio valor. E aquele que possui o sentimento de vergonha se entende com um valor social menor do que havia suposto previamente. O que significa que a violação de uma norma moral, restando a ação, atinge negativamente os ideais de ego de um sujeito (HONNETH, 2009, p. 222).

É através dos estudos de John Dewey, que Honneth busca demonstrar que uma experiência social de desrespeito pode levar à pa-

ralisia do indivíduo ou de um grupo social, e também de demonstra a dependência do reconhecimento social existente e em cada indivíduo.

Honneth sustenta que a experiência de desrespeito deve ser de tal maneira que seja capaz de fornecer a base motivacional da luta por reconhecimento, isto porque a tensão afetiva só será superada quando o ator social estiver em condições de voltar a ter uma participação ativa e sadia na sociedade. Mas os sentimentos de injustiça indicam um problema, não a sua solução, ao que Honneth entende que apenas através da articulação de um movimento social disponível a experiência de desrespeito irá se tornar uma fonte para as ações de resistência política (HONNETH, 2009, p. 224).

Assim, conforme já dito no decorrer desse estudo, Honneth conclui que as três formas de reconhecimento intersubjetivo (amor, direito e solidariedade), ao serem violadas, originam três formas de desrespeito: maus tratos, privação de direitos e degradação, que conduzidas pelas emoções negativas, tal como o sentimento de vergonha, podem ser o pilar que motivará uma luta por reconhecimento, se tornando o motivo da resistência política.

Mas para ele obter uma teoria social normativa, é necessário um conceito de luta social que tenha como marco sentimentos morais de injustiça, se caracterizando como luta social na medida em que os objetivos transcendem as intenções individuais e passam a um ponto onde se tornem a base de um movimento coletivo (HONNETH, 2009, p. 256).

Nesse ponto Honneth volta a tratar da forma de reconhecimento relativa ao amor, considerada por ele a forma mais elementar do reconhecimento, mas que não possui experiências morais capazes de levar por si só a formação de conflitos sociais, ao ponto em que as formas de reconhecimento do direito e da estima social são aptas a representar um quadro moral de conflitos sociais, isso porque dependem de critérios socialmente generalizados, segundo o seu modo funcional inteiro. E é sob a égide de normas que constituem o princípio da imputabilidade moral ou mesmo as representações axiológicas

sociais, que as experiências de desrespeito podem ser interpretadas e também apresentadas como algo capaz de afetar potencialmente também outros sujeitos (HONNETH, 2009, p. 256).

Nesse contexto, um primeiro conceito trazido pelo próprio autor sobre o entendimento de luta social, é de que “[...] trata-se do processo prático no qual experiência individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento.” (HONNETH, 2009, p. 257).

Dessa maneira, a existência de movimentos sociais depende da existência de uma semântica coletiva que permita a interpretação de experiências de desapontamento pessoal como algo que afete não apenas o eu individual, mas sim um círculo de muitos sujeitos (HONNETH, 2009, p. 258).

A resistência coletiva decorre da interpretação socialmente crítica dos sentimentos de desrespeitos que são partilhados por todos. Dessa maneira, o engajamento nas ações políticas possui a função de arrancar aqueles envolvidos na situação paralisante dor e rebaixamento passivamente tolerado e lhes proporcionar uma autorrelação nova e positiva. Assim, o engajamento individual na luta política concede ao indivíduo a restituição seu autorrespeito perdido, visto que ele demonstra em público exatamente a propriedade cujo desrespeito é experienciado como uma vexação (HONNETH, 2009, p. 259-260). Isso porque a experiência de reconhecimento através da solidariedade dentro do grupo político, auxilia no alcance de estima recíproca entre os membros.

E é por esse motivo que Honneth atribui aos confrontos sociais e todas as formas de conflitos um quadro invariante e experiências morais em que a realidade social possui interpretação de acordo com uma gramática historicamente cambiante de respeito e reconhecimento. Os sentimentos de desrespeito formam o cerne de

experiências morais, que são inseridas na estrutura das interações sociais, isso porque os sujeitos se afrontam com expectativas de reconhecimento que estão ligadas com as condições de sua integridade psíquica, e esses sentimentos de injustiça podem resultar em ações coletivas, contanto que sejam experiências por um círculo inteiro de sujeitos (HONNETH, 2009, p. 260).

Dessa forma, os modelos de conflito que tem início nos interesses coletivos são aqueles que atribuem à origem e o curso das lutas sociais às experiências morais que os grupos realizam frente à denegação do reconhecimento jurídico ou social (HONNETH, 2009, p. 261).

Então Honneth se utiliza dos estudos de Edward P. Thompson e Barrington Moore, realizando uma análise crítica na busca da explicação de que por trás de acontecimentos histórico há um processo de desenvolvimento moral, o qual somente terá uma explicação através da lógica da ampliação das relações de reconhecimento. Concluindo então que a ideia de uma luta por reconhecimento deva ser entendida como um quadro interpretativo de processos de evolução social, sendo necessário então uma justificação teórica do ponto de vista normativo pelo qual ela será guiada (HONNETH, 2009, p. 269).

Ele então remonta a tradição de Kant, que entende por moral a atitude universalista em que nós podemos respeitar todos os sujeitos igualmente e como fins em si mesmos, ou como pessoas autônomas, ao ponto que o termo eticidade diz respeito ao *ethos* de um mundo da vida particular que se tornou hábito, capaz de juízos normativos apenas na medida em que ele pode se aproximar das exigências daqueles princípios morais universais (HONNETH, 2009, p. 270).

E refere que a abordagem que ele faz se destoa da tradição de Kant por tratar não somente da autonomia moral do ser humano, mas também das condições de sua autorrealização como um todo. (HONNETH, 2009, p. 271).

Assim, o nexu existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio, é o resultado da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal, pois os indivíduos se constituem como pessoas através da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, e aprendem a ter uma autorreferência como pessoas que a que cabem determinadas propriedades e capacidades. A extensão dessas propriedades e o grau da autorrealização positiva aumentam a cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito, “[...] desse modo, está inscrita na experiência do amor a possibilidade da autoconfiança, na experiência do reconhecimento jurídico, a do autorrespeito e, por fim, na experiência da solidariedade, a da autoestima.” (HONNETH, 2009, p. 272).

Por fim, vale trazer os dizeres de Salvadori (2003, p. 191), para quem Honneth, seguiu as ideias de Hegel, ao afirmar que a eticidade é o conjunto de condições intersubjetivas, as quais possuem função de condições normativas necessárias à autodeterminação e a autorrealização. A eticidade seria então um conjunto de práticas e valores, vínculos éticos e instituições, que resultam em uma estrutura intersubjetiva de reconhecimento recíproco. Sendo através da vida boa que haverá uma conciliação entre liberdade pessoal e valores comunitários, e a identidade terá formação na eticidade, inserida em valores e obrigações intersubjetivas.

Na sociedade moderna, o indivíduo deve encontrar um reconhecimento como indivíduo autônomo livre e também como indivíduo, enquanto membro de formas de vida culturais específicas. A concepção de eticidade de acordo com Honneth é atrelada às situações históricas concretas, ao que resulta que ela não cai num etnocentrismo ou em uma utopia, pois ela é uma estrutura que está inserida nas práticas e instituições da sociedade moderna (SALVADORI, 2003, p. 191).

5 CONCLUSÃO

Assim, mediante o estudo realizado, tem-se que Honneth, a partir dos escritos de Hegel e dos estudos de Mead e Winnicott, e através da sua obra “Luta por Reconhecimento: a gramática das relações sociais”, traça uma evolução sobre as formas de reconhecimento dos seres, tendo início no relacionamento entre mãe e filho através da experiência do amor, que o torna um ser autoconfiante, passando para a forma de reconhecimento do direito, que resulta na capacidade em desenvolver um autorrespeito, e por fim a forma de reconhecimento da solidariedade, que influencia na autoestima.

Os sentimentos morais possuem função de aceleração ou retardamento da evolução moral e histórica dos grupos sociais, e a luta pelo reconhecimento recebe uma função normativa, pois torna possível definir que a capacidade do ser em se relacionar com os outro enquanto inserida em um processo dialético de reconhecimento no nível do direito e da solidariedade, será resultado do desenvolvimento de sua autoconfiança e de sua ‘capacidade de estar só’, adquirido no primeiro nível, ou seja, no amor experimentado na convivência com sua mãe durante os primeiros momentos de vida. Neste sentido, todo o conjunto de obrigações e deveres que o sujeito reconhece em si e no outro, dependem, em uma dimensão profunda e primária de reconhecimento, da relação amorosa do início de sua primeira infância. As relações primeiras de amor aparecem como o sustentáculo do projeto de reconhecimento.

Mas se por um lado as três formas de reconhecimento constroem capacidades do indivíduo e ter uma visão positiva sobre si mesmo, e a formação de sua identidade através do reconhecimento que obtém do seu semelhante, o desrespeito a essas formas de reconhecimento geram o que o autor chama de luta social pelo reconhecimento recíproco.

Os conflitos têm origem no desrespeito a qualquer uma das formas de reconhecimento, que nada mais é do que a violação de

expectativas normativas. E como a identidade moral é formada justamente por essas expectativas, uma mobilização política terá início somente quando o desrespeito expressar a visão de uma comunidade. Ao que se leva a uma lógica dos movimentos coletivos, qual seja o desrespeito, uma conseqüente luta por reconhecimento, e como resultado uma mudança social.

REFERÊNCIAS

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Teoria crítica - escola de Frankfurt e influências na filosofia do direito. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 13, n. 1081, set. 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/232-artigos-ago-2012/4800-teoria-critica-escola-de-frankfurt-e-influencias-na-filosofia-do-direito>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.

MELO, Rúrion. Da teoria à práxis? Axel Honneth e as lutas por reconhecimento na teoria política contemporânea. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 15. Brasília, DF, set./ dez. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/12888/9081>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 9-18, jan./abr. 2008. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/4319>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

SALVADORI, Mateus. *HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. Disponível em: <[file:///D:/Users/USUARIO/Downloads/895-3077-1-PB%20\(5\).pdf](file:///D:/Users/USUARIO/Downloads/895-3077-1-PB%20(5).pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2015.

SALVADORI, Mateus. *O reconhecimento social na visão de Axel Honneth: compreendendo a gramática moral dos conflitos sociais*. PUC-Rio. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1012878_2012_cap_2.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2015.

Capítulo II

*Democracia, Estado de Bem Estar Social e Controle
Jurisdicional*

A DIMENSÃO PÚBLICA DE BENS PRIMÁRIOS INDIVIDUAIS; PROPOSTA PARA A SUSTENTABILIDADE DA DEMOCRACIA

Natercia Sampaio Siqueira*
Gina Vidal Marcílio Pompeu**

RESUMO

Por meio do presente artigo, analisa-se a concepção de bens individuais indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa, como bem público. Inicia-se com o levantamento bibliográfico sobre as concepções que o pensamento ocidental construiu para o homem. Posteriormente, observa-se a condição humana nas sociedades democráticas ocidentais, caracterizada pela irreflexão hedonista, o que prejudica a vivência intencional dos valores democráticos. Adverte-se sobre a fragilidade da democracia, uma vez que a tolerância que resulta da indiferença e do hedonismo mostra-se receptiva as diferentes morais. A metodologia de abordagem é analítica, empírica e crítica. Chega-se a conclusão de que deve haver a vivência intencional dos valores da igualdade, para a estabilidade da democracia. Para tanto, os bens individuais necessários ao desenvolvimento da pessoa, como saúde e educação, devem ser considerados como bens públicos, de maneira que se habilite a pessoa para a auto formação cívica. O exercício da alteridade mostra-se essencial para o reconhecimento de si e das demais como pessoa de igual dignidade. Neste contexto de inten-

* Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Professora da graduação e do programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza; naterciasiqueira@yahoo.com.br

** Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará; Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade de Fortaleza; ginapompeu@unifor.br

cionalidade, asseguram-se relacionamentos empáticos entre pessoas, próprios das democracias que se sustentam por meio da efetivação de um patamar mínimo civilizatório.

Palavras-chave: Democracia. Educação e saúde. Bens públicos.

1 INTRODUÇÃO

O debate sobre o ambiente da realização humana tem sido posto pela perspectiva dicotômica entre o público e o privado. A partir desta observação, por meio do presente trabalho, apresenta-se por questionamento, a análise sobre a viabilidade dessa sistemática de enfrentamento corresponder à melhor forma de se constatar a realização da pessoa. Para tanto, propõe-se, no primeiro momento, realizar o levantamento bibliográfico acerca das diferentes concepções que o pensamento ocidental elaborou para o homem. Em momento posterior, analisa-se a condição humana nas atuais sociedades democráticas ocidentais, caracterizada pela irreflexão hedonista, o que prejudica a vivência intencional dos valores da igualdade inerente à democracia.

No mesmo sentido, traz-se à baila a sugestão de se analisar a questão da realização do indivíduo mediante a interseção parcial entre público e privado, através da concepção de que os bens necessários, por isso, denominados “primários”, ao desenvolvimento individual apresentam dimensão “pública.” Nesse diapasão, podem ser tratados como bens gerais ou públicos, os casos da saúde e da educação. A conclusão é que o tratamento desses bens pela perspectiva pública, no intuito de se propiciar a justa oportunidade, possibilita a auto capacitação cívica que é fundamental à vivência intencional da equidade que, por sua vez, é instrumento elementar na construção de relações empáticas que são necessárias à sustentabilidade da democracia. Além de ressaltar a presença de material doutrinário e referencial, pontua-se que, na metodologia da pesquisa, adotou-se abordagem analítica, empírica e crítica.

1.1 OS DIFERENTES PARÂMETROS PARA SE COMPREENDER O HOMEM

Diferentes foram os parâmetros pelo qual o homem pensou a si no desenrolar da história. Na Grécia, por exemplo, o homem pensava sobre si não como ser cuja finalidade última era a si e cuja dignidade residia na sua liberdade. Antes, o homem era compreendido mediante perspectiva teleológica: a virtude implicava a sua perfeita realização, que devia ocorrer na dinâmica de participação, sujeição e dedicação ao público:

A democracia ateniense foi marcada por um compromisso geral com o princípio da virtude cívica: dedicação à cidade-estado republicana e subordinação da vida privada aos assuntos públicos e ao bem comum. O “público” e o “privado” estavam interligados, embora, como Péricles observou, a tolerância era essencial para que as pessoas pudessem gozar da vida “à sua própria maneira”. Mas a antiga visão grega tendia a adotar a posição de que “a virtude do indivíduo é a mesma que a virtude do cidadão” (Jaeger, citado em Lee, 1974, p. 32). Os seres humanos só poderiam se realizar adequadamente e viver honradamente como cidadãos na e por meio da polis, pois a ética e a política estavam fundidos na vida da comunidade política. (HELD, 1995, p. 17).

A democracia não era direito subjetivo do cidadão. Antes, a política grega implicava a interseção entre o público e privado, na qual se construía o modelo de uma vida boa e valorosa a ser imposto ao indivíduo. Neste aspecto, esclarecem as observações de Kitto (1980, p. 124-125):

Os gregos consideravam a polis como uma entidade activa, formativa, que exercitava o espírito e o carácter dos cidadãos; nós consideramó-la como um maquinismo destinado à produção da nossa segurança e conveniência. A

preparação para a virtude, que o estado medieval confiou à igreja e de que a polis fazia uma das suas obrigações, o estado moderno abandonou-a Deus sabe a quem! Polis, portanto, originariamente “cidadela” pode ter um significado tão amplo como “o conjunto da vida comunal do povo, política, cultural, moral” - mesmo ‘econômica’ - pois, de que outra maneira entenderíamos outra fase do mesmo discurso: os produtores de todo o mundo vêm até nós devido à grandeza da nossa polis? Isto deve significar “a nossa riqueza nacional”.

O escopo da perfeição humana, a ser alcançado na política, marca o caráter teleológico do pensamento grego. O homem devia exercer sua inteligência e posicionar-se nas relações sociais e políticas de forma a se desenvolver no justo meio para realizar suas habilidades em toda a potencialidade. O pensamento grego concebia o objeto na sua aptidão à perfeição. As coisas e pessoas deviam ser pensadas sob o propósito de se desenvolverem na sua excelência.

Tal perspectiva prosseguiu com a filosofia medieval, que contextualizou o pensamento grego à doutrina cristã. A razão que dominava o mundo era a divina, a qual os homens deviam ser ordenados. A perfeição humana implicava sua colocação na vida terrena em conformidade com a vontade de Deus. Não obstante, o caráter teleológico que se manifesta na busca pela perfeição mediante a correta ordenação à razão superior deu-se, na idade média, de forma recolhida e individual. A religiosidade cristã impunha o afastamento das relações mundanas, contaminadas pelo pecado que se manifestava nas pulsões dos sentidos.

O homem cristão não se envaidecia, não se deixava admirar, não revelava a sua bondade que perderia a virtude, quando se mostrasse aos demais. O homem cristão não cedia aos anseios do corpo, não permitia que outro sentimento fosse superior ao amor devido a Deus. A imagem medieval da perfeição pela abstinência recolheu o

homem das relações mundanas. A repressão à sensualidade a acolheu nas dobras do sentimentalismo romântico, cuja exacerbação teatral guardava o propósito de elevação do sensual à dimensão do divino. Mas não se deve perder de vista que o amor romântico nada mais foi do que consequência idiossincrática da perspectiva da perfeição humana pela entrega a Deus mediante a abdicação do sensual.

Mas o que de perto interessa ao presente estudo é a dicotomia que se aprofunda entre o público e privado como diferentes habitats de realização do homem: pelo pensamento grego, o homem se realizava na dimensão do perfeito na política; já na idade média, o recolhimento revelava-se fundamental à perfeição humana. Referida dicotomia, por sua vez, ainda se revela como perspectivas antagônicas pelas quais se pensa a relação do público e do privado nas sociedades contemporâneas.

1.2 O HOMEM NAS MONARQUIAS MODERNAS

O homem ocidental não se deixa recolhido indefinidamente em seus lares; ele volta às cidades. É bem verdade que no contexto no qual se deu o retorno à urbanidade, ainda se mantinha a perspectiva teleológica cristã como principal lente de visualização do homem. Como ministro de Deus, a observância à vontade dos reis implicava a justa colocação em conformidade com a vontade divina, superior ao homem e atavicamente boa.

Mas o conformismo social e político vivenciado na modernidade e que se justificava em argumentos teológicos introduziu o elemento da arbitrariedade à equação teleológica: ainda que a vontade dos governantes aparentasse ilógica e por vezes corrompida por distúrbios psicopatológicos, a ela se deveria sujeitar, posto que o rei nada mais era do que ministro de Deus. Em última instância, o dever de subjugar-se ao rei, ainda que diante de arbitrariedades, explicava-se no desígnio divino para aquele povo e aquele homem, impers-

crutáveis à razão humana. A fé se dissociava da razão: a teleologia passava a ser artigo de fé.

Não se estranha que a essa corruptela da razão que se espalhou e sedimentou como razão do Estado durante as monarquias absolutistas tenha seguido a ruptura com o modelo teleológico de se pensar e conceber o homem. O homem, em diferentes setores, passa a ser pensado não como elemento passivo do cosmos, que seria comandado por uma razão ou vontade superior, correta e virtuosa. Antes, com a secularização do poder, o homem passa a ser legitimado como autor da sua sina, seja na política, na economia, na ética e na sua história de vida.

1.3 O HOMEM ASSUME A AGÊNCIA PELA SUA SINA

O homem assume a agência pela sua sina, durante um longo processo de autonomia, cuja gênese se pode encontrar no desenvolvimento embrionário de conceitos basilares ao direito civil, tal qual o contrato. Isto, porque referidos institutos pressupõem o homem como agente apto a uma “[...] razão exercida de maneira adequada” (O’DONNELL, 2011, p. 47), e continua o autor, “[...] esse indivíduo não é uma coisa [...] é um ser definido, amparado e habilitado legalmente.” (O’DONNELL, 2011, p. 48).

A semente que autonomiza legalmente o homem a obter direitos e contrair deveres, posto que detentor de razão adequada, germinou e deu origem à teoria que ainda marca a forma como o homem pensa a si nos dias contemporâneos: o liberalismo. O liberalismo incorpora o mote de que o homem é o agente da política, da economia, da ética e da sua história pessoal.

A teoria do contrato social, burilada no transcurso do séc. XVII, marca a gênese do pensamento que o homem é a nascente do poder sobre si exercido. O poder, sob a perspectiva do contrato social, não mais se justifica na natureza ou na vontade divina, ambas

superiores e estranhas ao homem; antes, passa a ser explicado no livre cerceamento recíproco da liberdade humana. Mas a agência não fica restrita às relações políticas; ela avança pela economia mediante a sedimentação da mentalidade, sistematizada por Smith (1983), de que a busca, imediata, do interesse individual pela maior obtenção de riqueza converge, mediatamente, ao interesse geral. Por consequência, à riqueza das nações dever-se-ia legar o mercado à espontaneidade de suas relações econômicas de troca de bens e serviços.

Concomitante, a agência ética encontrou seu grande teórico em Kant (2003, p. 109), ao asseverar que o ser racional é apto à representação da razão pela vontade pura e à atuação em conformidade com a vontade pura, pelo arbítrio. Segundo Kant, o homem era livre enquanto autônomo. Ou seja, enquanto agisse na estrita representação do imperativo categórico, sem subordinar-se aos interesses e necessidades materiais que condicionariam a ação a finalidades específicas, com o conseqüente amesquinamento da liberdade.

É bem verdade que a autonomia de Kant implica compreensão específica da liberdade; não obstante, a oposição da autonomia à heteronomia como materialização da liberdade abriu os caminhos à sedimentação do liberalismo no séc. XIX. A autonomia fundiu-se na “liberdade para os modernos”, conforme a nomenclatura utilizada por Benjamin Constant, ou na “liberdade negativa”, como se expressou Isaiah Berlin; passou a significar a área de atuação livre de intervenção do Estado e de terceiros.

Por essa perspectiva, a liberdade ganha o terreno existencial. O homem livre na sua existência é aquele cujas escolhas de vida não são sujeitas a intervenções do Estado e de terceiros. A dimensão existencial da liberdade ganha a filosofia e mesmo a medicina; mais especificamente a neurologia, quando dá origem a um novo ramo científico, a psicanálise.

1.4 O HOMEM FREUDIANO DA CONTEMPORANEIDADE

Ao ânimo liberal que dominou o ocidente, não se mostrou imune à medicina. Já ao final do séc. XIX e no início do sec. XX, surge a psicanálise e a revelação científica de todo o mecanismo humano apto ao autoconhecimento e emancipação. Ao tratar da histeria, melancolia e outras psicopatologias que antes cabiam à neurologia, cujo tratamento recorria à hipnose, Freud, neurologista judeu, revolucionou mais do que a medicina ao trabalhar conceitos e procedimentos que contam a história do conhecimento, crescimento e legitimação humana.

Freud chocou o puritanismo vitoriano ao trazer o complexo de Édipo à formação psíquica da criança, que para superá-lo lançaria mão de identificações primárias com o pai ou a mãe na pré-história pessoal (FREUD, 1996, p. 44) que informariam o superego. O superego, por sua vez, atuaria como padrão de censura inconsciente, mesmo ao ego, que procuraria “[...] aplicar influência do mundo externo ao id e às tendências deste.” (FREUD, 1996, p. 38), esforçando-se “[...] por substituir o princípio do prazer, que reina irrestritamente no *id*, pelo princípio da realidade.” (FREUD, 1996, p. 38).

Os possíveis conflitos entre os elementos da psique humana, superego, *id* e o ego, resultariam em psicopatologias, como melancolia, histeria e neuroses obsessivas. Para superá-las, Freud propõe o procedimento analítico. Reconhece a fala espontânea e o processo de transferência entre analisado e analista como o canal de comunicação com o superego e as censuras inconscientes, o que possibilita o autoconhecimento e a emancipação.

Mais do que a neurologia, Freud revoluciona a mentalidade ocidental. O homem passa a ser definido não por uma metafísica ou ideologia abstrata e hipotética, mas pelas suas identificações primárias, pela sua história familiar, pelos seus afetos cotidianos; por estes parâmetros, ele constrói, define e reconhece a si e aos demais. O estilo afetivo (ILLOUZ, 2001, p. 15) freudiano passa a dominar a

sensibilidade do homem das democracias ocidentais contemporâneas, que não mais se identifica como elemento do cosmos, como peregrino terreno na busca da justiça perfeita ou mesmo como autônomo, que não se sujeita aos desejos e interesses. Ao contrário, é precisamente na autenticidade dos seus desejos, interesses, gostos e afetos que o homem tem legitimado a si.

Esse projeto de construção do eu centrado na biografia infantil e no cotidiano (ILLOUZ, 2001, p. 15-16) fez do narcisismo uma característica idiossincrática da personalidade nas democracias contemporâneas. Isto significa que a pessoa se tem construído pela perspectiva da autenticidade em sua rotina. Ou seja, se tem legitimado às suas preferências e aos seus interesses como essenciais à realização na sua história de vida.

A individualidade ganha terreno no contexto das democracias ocidentais, ainda mais quando ressurgiu renovada por princípios jurídicos e políticos em oposição ao totalitarismo. Passa-se a compreender que a plena realização do homem ocorre pelos seus afetos e interesses familiares e cotidianos, numa relação recolhida do político. A realização pessoal é concebida pelo viés individualista, que assume perspectiva crescentemente hedonista e não intencional.

1.5 A NEGAÇÃO DA INDIVIDUALIDADE PELA IRREFLEXÃO

Ocorre que a legitimação da realização do homem pelos seus interesses e afetos cotidianos levou à sedimentação da cultura democrática sobre o pilar do prazer e hedonismo. Dufour (2013, p. 25) traz uma análise interessante do capitalismo contemporâneo e do seu discurso hedonista e sem “vergonha” ou “constrangimento”. Ele denuncia a obscenidade que se materializa na liberação “das paixões e pulsões de avidez”, o que leva à superação do reconhecimento da dignidade humana, uma vez que tudo poderia ser comprado (DUFOUR, 2013, p. 29). Essa descompostura pela ausência de limites ins-

titucionalizaria o discurso “sadeano”, cuja aversão se manifesta na permissividade absoluta do egoísmo (DUFOUR, 2013, p. 51). Mais do que obra pornográfica, Sade antecipou a crítica moral corrosiva aos dias atuais: até onde se pode chegar diante da ausência do pudor.

Mas a coisificação pela ausência do pudor, a aceitação do egoísmo pela liberação hedonista, torna-se tão e mais atraente quando se revela por índice que mede a superioridade entre os homens. Quanto mais explícito as manifestações consumistas em bens, festas e eventos, mais o homem se sobressai em relação aos demais. A superação da dignidade pela explicitação do poder de compra revelaria a superioridade do homem em sociedade.

Disto já tinha feito a denúncia Rousseau, no seu Discurso sobre a origem da desigualdade. Ao recusar que uma pessoa seja intrinsecamente melhor do que a outra, Rousseau (2005, p. 204-205) lança a tese de que o que se compreende por desigualdade nada mais é do que a valorização, pelos homens, das características individuais no contexto do convívio em sociedade qualificado pelo desejo de sobressair-se.

Numa realidade de isolamento, as diferenças de aptidão entre os homens não recebem significação (DENT, 1996, p. 108). Elas passam a serem valoradas no convívio social, caracterizado pelo gosto e desejo do destaque. Esta seria uma nota elementar ao homem: o desejo por sobressair-se em relação aos demais, por ser especial, diferente e superior. Mas essa nota humana recebe significação verdadeiramente “sadeana” quando a desigualdade perde por fundamento a natureza ou a vontade divina, diante das quais ainda se aguarda por algum grau de merecimento, seja nos moldes da República platônica ou de parâmetros religiosos. Quando o desejo de superioridade se institucionaliza no ter e no status, o discurso ético perde qualquer possibilidade de ecoar de forma significativa.

A institucionalização da coisificação, legitimada pelo hedonismo e impulsionada pelo desejo de sobressair-se e destacar-se

através da imagem do sucesso, é uma característica das sociedades democráticas ocidentais contemporâneas. As causas, os efeitos e o evento da coisificação foram analisados por grandes pensadores e artistas do Sec. XX. Em Hannah Arendt, desde “As origens do totalitarismo”, se pode encontrar a semente da explicação do mal do nazismo na criação de estereótipos do judeu, que impediu a construção do relacionamento empático com a pessoa do outro.

Referida intuição foi explorada por Arendt em outros livros, como Responsabilidade e Julgamento (2004) e Eichmann em Jerusalém (2013). Em ambas as obras, ela associa a negativa de ver no outro uma pessoa à anorexia (recusa) do pensamento. À coisificação, ainda que resultado de um processo de política estatal, é-se responsável quando se recusa a pensar eticamente, mediante o instrumental básico da reciprocidade.

Mas não apenas o pensamento político e antropológico do sec. XX, como a arte, denuncia de forma eloquente a coisificação pela ausência de ver-se no outro uma pessoa. O narrador de *O Grande Gatsby* choca-se, ao final do livro, ao encontrar-se com Dayse e Paul e perceber que em nada lhes tinha afetado o ânimo a morte de duas pessoas por si provocada. Também grandes cineastas autorais do século XX focam a renúncia à responsabilidade pela fictícia inevitabilidade dos acontecimentos. É a tônica da trilogia do “Poderoso chefão”, que em ritmo de Bolero de Ravel narra a história de um mafioso, não especialmente sádico ou perverso, mas que justifica todas as suas vilanias na fictícia necessidade de preservação da “Família”.

A obra cinematográfica de Martin Scorsese explora, igualmente, o tema responsabilidade, em filmes das mais diferentes épocas e estéticas narrativas: de “Época da inocência” ao “Lobo de Wall Street”. Neste último, o discurso sadeano chega ao extremo da coisificação, paradoxalmente revelado pela economia do enfoque ético. A crueza da coisificação revela-se tão e mais intensa pelo ritmo alucinante do filme, a envolver vários personagens e situações nas quais a

insaciedade dionísica e o poder pelo *status* assomam numa narrativa estética que rouba o tempo da reflexão e do sentimento: “Querer fugir ao vazio e à angústia provocada pelo sentimento de ser livre e de ter a obrigação de tomar decisões [...] é o que suscita essa necessidade de distração, motor da civilização em que vivemos.” (LLOSA, 2013, p. 36).

O imediatismo e a insaciedade na busca do prazer fácil, a dominar e embotar o espírito da reflexão, retiram do ser humano a “pessoalidade” que lhe confere dignidade, tornando-a coisa ou objeto de satisfação. Subtrai não apenas do outro/pessoa, mas do eu/pessoa a “pessoalidade”. O “valor” da vida passa a ser medido pela possibilidade de saciar o prazer: assim, o homem passa a visualizar a si e aos demais.

A própria pessoa - é o que se pode constatar, ao aprofundar a reflexão - se torna instrumento ou meio de satisfazer o prazer, que se tem revelado como entidade superior e por vezes estranha ao indivíduo, já que fixado por parâmetros massificados em sociedade: o sexo, refeições extravagantes, viagens exóticas, roupas refinadas (ou nem tanto!). No contexto desses parâmetros massificados, impostos e disseminados, pelos quais é construído o modelo do prazeroso, pouco resta da individualidade. Na era do indivíduo, é o próprio indivíduo que se perde, que se “desindividualiza”, como observa Llosa (2013).

A cultura freudiana - revela ironia - ao legitimar os desejos e interesses do indivíduo como fonte de dignidade, desaguou na cultura da “insaciedade dionísica” que termina por negar o processo de conhecimento, vontade, emancipação e responsabilidade imprescindível à individualidade. A liberdade, disso não discorda a psicanálise, realiza-se na responsabilidade pelo pensamento, reflexão e autocohecimento. A associação entre liberdade e racionalidade não é, sequer, novidade ao pensamento ocidental; já pode ser encontrada no pensamento grego: de Platão aos Estoucos.

Ou seja: a liberdade não é a mera entrega ao gozo imediato daquilo que, socialmente, se padronizou por prazer. A liberdade de-

manda bem mais trabalho e esmero; não dilui o indivíduo na massa acrítica e indistinta, mas o constrói do seu próprio barro. Mas ao exercício dessa liberdade, não se tem dedicado o homem da “civilização do espetáculo”.

2 “APOLINIZANDO” DIONÍSIO: O CONHECIMENTO COMO BEM PÚBLICO

A cultura da irreflexão cria uma massa indistinta de homens indiferentes ao outro, aos valores sociais elementares à ordem democrática. Nesta fleuma, chega-se ao ocaso da figura do intelectual, que decorre do pouco apreço pelo conhecimento e reflexão: “Mas, na verdade, a real razão para a perda total do interesse do conjunto da sociedade pelos intelectuais é consequência direta do ínfimo valor que o pensamento tem na civilização do espetáculo.” (LLOSA, 2013, p. 38-41).

O que de mais preocupante se pode extrair das palavras de Llosa: o conhecimento pela reflexão se torna artigo ultrapassado na civilização do espetáculo: quiçá “*vintage*”. A massificação e proliferação do prazer, o abandono da reflexão, a vulgaridade da representação acrítica dos papéis de convenção, está a trazer a infeliz coincidência entre o cenário social contemporâneo e os salões europeus da alta sociedade do final do séc. XIX, de que trata Arendt (2010) a permissividade nas interações entre estereótipos e não, propriamente, pessoas. Desse vazio resultante da permissividade e da ausência de intencionalidade, tem-se a cultura propícia à coisificação, que termina por recepcionar morais dos mais variados conteúdos. Parecia inacreditável, e essa foi a surpresa de muitos, que já na terceira década do séc. XX se tenha vivenciado o nazismo, quando passados quase 150 anos da Revolução Francesa, quando ocorrida a Revolução Russa, quando conhecido e difundido o pensamento que, ainda hoje, sustenta a cultura ocidental na figura de seus grandes nomes, como Kant, Marx, Nietzsche, Mill, Freud.

Tal fato adverte que a mera permissividade, da qual se tem por consequência a superação “indiferente” de teorias e concepções morais, filosóficas e religiosas intolerantes, não é suficiente para sustentar a cultura da reciprocidade e do respeito mútuo que caracteriza as democracias. Não por menos, a ênfase que Hannah Arendt confere à política, quando por ocasião da sua obra condição humana. Isto, porque Arendt percebe a política como o *locus* da liberdade, uma vez que nela o homem se liberta do jugo da necessidade que domina a vida privada. Na política, ao contrário da sociedade, as interações humanas não se limitam a representações de convenção que aprisiona o homem às demandas materiais da necessidade; nela, as *peessoas* agem e se colocam como pessoas, na experimentação da vida ativa pela reflexão e palavra (ARENDR, 2010, p. 26-33). Isto significa que a política, marcada pela reflexão e intencionalidade, libertaria o homem das convenções rotineiras e acríticas que tomam espaço no âmbito da necessidade: basta mencionar o argumento do “dente da engrenagem”, levantado por nazistas para justificar seus atos na Alemanha hitlerista.

Ao reivindicar o exercício da liberdade pela reflexão e palavra ativa, fortes o suficiente para romperem com a causalidade moral por parâmetros e normas sociais vigentes, a política propicia a construção recíproca de laços de equidade que são indispensáveis à igualdade característica da democracia. Mas ainda há uma outra implicação da maior relevância: a construção de laços empáticos mediante a reflexão e palavra ativa, ao possibilitar a superação de estereótipos, impermeia contra a infusão de teorias morais fundamentalistas. Não por menos, Hannah Aendt defendeu o espaço da política como fundamental para construir uma sociedade democrática. A vertente doutrinária dos republicanos caminha nesse sentido: o necessário investimento no espaço da política, da reflexão e da intencionalidade no debate público sobre a estrutura das instituições basilares da sociedade. Mesmo liberais, como Rawls, ao avançar no desenvolvimen-

to de sua teoria, passa a reconhecer o crescente papel da política e da intencionalidade na construção de uma democracia sustentável.

Não se estranha, dessa forma, que o conhecimento e a apropriação intencional dos valores democráticos têm-se erigido a objeto de concepção de bem geral que se tem desenvolvido:

Lo studio dell'esperienza di FDG è stata finalizzata alla 'codifica' di un modelo replicabile di auto-capacitazione cívica e di gestione partecipata dela conoscenza, nella considerazione dell'oggetto - la conoscenza - come "bene comune":

- *auto-capacitazione cívica;*
- *gestione partecipata dela conoscenza.* (CARDUCCI, 2015, p. 8).

Posteriormente, prossegue Carducci (2015, p. 9):

[...] La conoscenza, dal canto suo, ancorché classificabile como 'bene', identifica um oggetto di prassi molto complesso. Si trata infatti di un 'oggetto sociale', intrecciato a tutte le variabili social dell'esistenza, da quelle personali e caratteriale a quelle valoriali a quelle psicosociali fino a quelle dela matéria conosciuta (a sua volta distinguibile como meteria 1'inerte', 'vivace', sociale [...])

Nessa perspectiva, espera-se que o reconhecimento do “conhecimento” como bem comum, que a difusão e apropriação intencional de um manancial de elementos teóricos, sociais, políticos e axiológicos, possibilitem essa autocapacitação cívica necessária para o exercício da reflexão e a construção de laços empáticos. É bem verdade que ao enveredar por tais tratativas, chega-se ao questionamento sobre o limite dessa empreitada: quando a apropriação do conhecimento como bem comum deixa de ser instrumento da democracia para se tornar elemento paternalista, que quebra a imparcia-

lidade do Estado manifesto no igual respeito que deve direcionar aos seus cidadãos.

Não obstante referida questão seja das mais importantes, não se irá por ela enveredar; apenas se está a mencioná-la por razões de prevenção e advertência. O que de perto interessa ao objetivo do presente trabalho é ressaltar a dimensão geral, pública ou mesmo política que o conhecimento tem adquirido, de forma a resgatar o indivíduo da exclusividade e isolamento “dionísico” e habilitá-lo ao processo de autocapacitação cívica imprescindível à construção da democracia.

3 EDUCAÇÃO E SAÚDE, PARA ALÉM DO MÍNIMO VITAL: DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS À CIDADANIA

No transcurso desse trabalho, desenvolveu-se a ideia de que a ausência de reflexão implica falha estrutural na manutenção de um regime democrático efetivo e sustentável. Mas a reflexão, por sua vez, não é graciosa: ela demanda formação que auto capacite a pessoa à arena política; que a habilite para reconhecer a si e aos demais como pessoas com igual dignidade perante o Estado. É necessário, por conseguinte, que em algum grau se retire o indivíduo do seu casulo e recolhimento privado e o traga à dimensão pública, capacitando-o como membro cidadão plenamente cooperativo de uma democracia.

O que se quer frisar, por esta ocasião, é que mais do que bens individuais necessários ao mínimo existencial, a educação e a saúde capacitam a pessoa a ser pessoa. Dito de outra forma: mais do que retirar meios de subsistência digna, a ignorância é forma de escravidão. É doença que cega, paralisa e torna as pessoas frágeis e deficientes.

O analfabetismo e a falta de instrução educacional e profissional mantêm as castas sociais, aumentam o fosso da má distribuição de renda, preservando ricos e proletários, suseranos e servos, poderosos e humildes, e todas

as cruéis características inerentes a essas tipificações. O direito à educação é pedra angular da formação e capacitação de um povo. (POMPEU, 2005, p. 17).

Uma população consciente da sua cultura, história, valores e tradições é capaz de se posicionar como sujeito de direitos e deveres. Reconhece que as autoridades constituídas do Estado nada mais são do que representantes nas funções legislativas, judiciárias e executivas. Apreende que a essência das funções governamentais reside em garantir a justiça e o bem comum; legitima-se a verificar, sempre e cotidianamente, se as normas pelas autoridades aplicadas são formalmente boas, se admitem as provas de aferição relativas à positividade, à juridicidade, à vigência, à eficácia e à axiologia democrática. Outra não é o contexto: a sociedade é maior do que o Estado e o homem é maior do que a sociedade: mas o homem que se capacita à plena realização é o homem pessoa, o homem que também se reconhece no espaço público da política.

A igualdade, caracterizada na democracia como cooperação equitativa entre pessoas livres e iguais (RAWLS, 2000, p. 224), demanda a intencionalidade da equidade: o reconhecimento de justas oportunidades a todos para se desenvolverem. Mas a justa oportunidade enfrenta a questão problemática da legítima disposição dos meios para realizá-la: como esses meios são finitos, a escassez desafia a sua distribuição equânime.

Esse é um dos tópicos mais delicados, no qual as diversas possibilidades de políticas, cuja finalidade seja a equidade, mostraram-se esquivas à unanimidade. Castro (2014, p. 395), no que se refere à perspectiva da população brasileira quanto aos gastos e investimentos realizados pelo poder público, analisa pesquisa feita pelo Datafolha em parceria com o Instituto Atlântico, de 19 a 21 de fevereiro de 2014, com 2.091 pessoas de todo o país, sob o título de “Gestão Pública Demandada pelo Cidadão”:

Tabela 1 - Alocação da arrecadação tributária de acordo com a perspectiva dos brasileiros

Área	Entrevistados (%)
Saúde	58
Educação	22
Segurança Pública	6
Combate à fome e à miséria	5
Combate ao desemprego	3
Habitação	2

Fonte: Castro (2014, p. 399).

Indicou-se na pesquisa que 77% dos brasileiros entrevistados preferem investimentos em infraestrutura a programas assistências, como Bolsa Família. Isso demonstra, de acordo com Castro (2014) que a população brasileira que foi às ruas em junho de 2013 não quer políticas de cunho assistencial, quer se emancipar do Estado. Diante dessa perspectiva, o Estado deverá ter o escopo de garantir saúde e educação, prioritariamente. Isto, porque a educação e a saúde são fundamentais para assegurar a justa oportunidade de desenvolvimento da pessoa. Neste tocante, Rawls (1971, p. 73) adverte que a justa oportunidade se assegura mediante a prevenção de uma excessiva acumulação de riqueza e a justa oportunidade de educação para todos: “[...] *chances to acquire cultural knowledge and skills should not depend upon one’s class position, and so the school system, whether public or private, should be designed to even out class barriers.*”

Tratar o “conhecimento” como bem público possibilita a equalização desta gama de manancial axiológico, científico, tecnológico e cultural, que permite a justa oportunidade de desenvolvimento e realização. Mas não só a educação se revela como instrumento indispensável à equitativa realização individual, de maneira que se deve concebê-la com dimensão pública. Este igualmente é o caso da saúde, não apenas porque as disfunções físicas e mentais retiram

da pessoa a justa oportunidade para realizar-se, mas porque elas a estigmatizam de forma negativa a pessoa no âmbito das relações sociais. Não é de se estranhar, por conseguinte, que a elaboração de políticas internacionais e nacionais de inserção do portador de deficiência tem-se realizado sob o parâmetro da capacidade: a Convenção de Nova York e a Lei n. 13.146/2015.

No presente momento, pode-se sumarizar: a saúde e educação, mais do que bens individuais necessários ao mínimo existencial, possibilitam a autoformação pessoal e cívica, necessária para que a pessoa reconheça a si e aos demais como pessoas igualmente livres; como membros plenamente cooperativos de sua sociedade democrática e, portanto, equitativa. Esta interseção entre a dimensão individual e política possibilita que se compreenda a educação e a saúde na dimensão pública.

Não por menos, Mezzaroba e Strapazzon (2012, p. 345) apresentam a noção de bem comum constitucional com foco na coesão social e inter-relações humanas. O bem comum traduz-se na efetivação de direitos fundamentais, incluídos nas finalidades do Estado. Por isso, ressaltam que é dever dos intérpretes, juristas, legisladores e governantes, analisar o bem comum constitucional como finalidade a ser atingida pelos bens públicos. Embora a definição de bem comum não seja objetiva, ela reflete os direitos fundamentais e sociais, que remetem ao valor da dignidade humana. Por isso, os autores apresentam a necessidade de consenso e, destarte de ambiente democrático.

Essa exigência só é cabível à luz das premissas contratualistas. Somente nesse paradigma os consensos entre as partes devem preceder as concepções de bem comum. Se não houver consensos prévios, o contrato (social) é injusto, por vício de vontade. A justiça em sentido liberal precisa dos acordos de vontades (causa) que legitimam a existência de direitos (consequência). Portanto, sem consensos sociais amplos (causa) não pode haver

direitos fundamentais (consequência) [...] (MEZZAROBÀ; STRAPPAZZON, 2012, p. 341).

Sob referido ponto de vista, Sandel (2014, p. 56) faz reflexão interessante quanto à postura utilitarista fundamentada em Jeremy Bentham: como a manutenção da saúde pública é um custo para o governo, vícios como tabagismo podem ocasionar a desoneração dos gastos públicos e o conseqüente benefício coletivo, já que mais poderá ser investido aos demais em consequência do óbito. Contudo, Sandel (2014, p. 57) alerta que não se pode traduzir o valor da vida humana em termos monetários, e que a alocação de recursos do governo, neste caso, não deve focar o custo benefício, mas o valor moral que transcende às questões morais da sociedade.

Lucarelli (2011, p. 19) recorda que a eficiência e a qualidade do governo não residem no crescimento econômico, mas na adoção de políticas públicas capazes de promover o desenvolvimento humano. O desenvolvimento humano, uma vez mais se ressalta, permite que a pessoa reconheça a si e aos demais como pessoa em igual dignidade, sem hierarquias e preferências apriorísticas. Esse reconhecimento, por sua vez, possibilita que as pessoas desenvolvam relacionamentos efetivamente equitativos, o que é fundamental para a real vivência da democracia.

Ou por outras palavras, a perspectiva da educação e da saúde como bem geral ou público implica a interseção entre o público e privado, na correta dimensão de realização da individualidade como meta coletiva. Antes de esferas antagônicas e dicotômicas de realização, a relação visualizada passa a ser a de interseção parcial, na qual o coletivo, ao apropriar-se de certas dimensões antes tidas por eminentes individuais, como o conhecimento e a saúde, possibilita manancial suficiente à realização individual de cada pessoa: à construção das bases sociais do auto respeito.

4 CONCLUSÃO

O raciocínio ocidental, não raro, estabelece posições dicotômicas no pensamento do objeto. Assim ocorreu com o homem. Ao pensar no homem, ora se o posicionou nas relações políticas como o ambiente preferencial para a sua perfeita realização, ora se o resguardou na intimidade de suas relações privadas. Em todas as perspectivas as deficiências foram notórias: a supressão da individualidade, seja pela sua superação mediante a imposição de políticas invasivas, seja pela sua descaracterização pelo hedonismo fácil e pungente, que rouba o tempo da reflexão e intencionalidade.

A última é a realidade que nos tempos contemporâneos se faz presente em grande parte das sociedades democráticas ocidentais. Tal situação fragiliza estruturalmente a democracia, uma vez que a ausência de intencionalidade quanto aos valores democráticos permite a recepção de teorias políticas das mais diferentes linhas; inclusive autoritárias. Para o enfrentamento dessa situação, faz-se necessária a vivência e o respectivo reconhecimento intencional da justa oportunidade, o que possibilita a construção das bases sociais do respeito próprio e da consequente vivência de relacionamentos empáticos e recíprocos.

No contexto de referida problemática se tem pensado no enquadramento como “bens gerais” “ou públicos” da gama de manancial necessário para que o indivíduo se realize mediante justa oportunidade aos demais. A perspectiva desses elementos como bem geral permite a interseção entre o público e privado, que deve ser realizada na correta ou adequada dimensão de realização individual. Antes de esferas antagônicas e dicotômicas de realização, pode-se explorar as potencialidades de construção da interatividade, ainda que necessariamente parcial, entre o público e o privado, na qual o primeiro, ao apropriar-se de certas dimensões antes tidas por eminentemente individuais, como o conhecimento e a saúde, possibilita ma-

nancial suficiente à realização individual de cada pessoa: à construção das bases sociais do auto respeito.

Destarte, finalmente, percebe-se que é dever da família, da sociedade e do Estado efetivar o direito à saúde e o direito à educação como fundamentos à possibilidade do direito ao desenvolvimento e conseqüente crescimento econômico. A vida saudável e o conhecimento são elementares à garantia da dignidade humana. Estão propostos tanto nos documentos internacionais, como no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, a saúde, assim como a educação, o trabalho e a renda, são bases do desenvolvimento humano, bens comuns que fomentam o progresso da sociedade. No Estado regulador brasileiro, planejar, administrar e definir políticas públicas são questões de ordem, já a democracia brasileira exige uma sociedade democrática que determina prioridades, fiscaliza os atos governamentais e incentiva ou repudia ações dos seus representantes que não correspondem aos anseios do desenvolvimento coletivo.

De tudo o exposto, reafirma-se que reconhecimento do igual respeito e dignidade mediante a compreensão e o sentimento de que se vivencia a justa oportunidade implica a autocapacidade cívica de se impor e realizar nas relações políticas e mesmo sociais democráticas; na legitimação de ser a si pela ação e palavra reflexiva e livre. Nisto, reside a estrutura de uma democracia sustentável: a vivência lúcida e efetiva da equidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CARDUCCI, Michele. *La fondazione diritti genetici como situazione costituzionale*. Una “codifica” della sua esperienza nel prisma del metodo comparativo di Elinor Ostrom. Fondazione Diritti Genetici - Università del salento, 2015.

CASTRO, Paulo Rabello de. *O mito do governo grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil mudar*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014.

DENT, N. J. H. *Dicionário Rousseau*. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

DUFOUR, Dany-Robert. *A cidade perversa: liberalismo e pornografia*. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1916. v. 19.

HELD, David. *Modelos de democracia*. Tradução Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paidéia, 1995.

ILLOUZ, Eva. *O amor nos tempos do capitalismo*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KITTO, H. D. F. *Os gregos*. Tradução José Manuel Coutinho e Castro. Coimbra: Armênio Amado, 1980.

LLOSA, Mário Vargas. *A civilização do espetáculo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

LUCARELLI, Alberto. Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba: Ed. Unoesc, v. 12, n. 2, p. 11-20, jul./dez. 2011.

MEZZAROBBA, Orides; STRAPPAZZON, Carlos Luiz. Direitos fundamentais e a dogmática do bem comum constitucional. *Sequência*, Florianópolis, n. 64, p. 335-372, jul. 2012.

O'DONNELL, Guilherme. *Democracia, agência e estado: teoria com intenção comparativa*. São Paulo: Paz e terra, 2011.

POMPEU, Gina Marcílio. *Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial*. Fortaleza: ABC, 2005.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. In: MAFFETTONNE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Org.). *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 177-210.

SANDEL, Michael. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2014.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. 1.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. 2.

A ATIVAÇÃO DAS PESSOAS EM CENÁRIOS DE CRISE: O PAPEL DO *WELFARE STATE*

Alexandre Elio Scariot*

RESUMO

O texto aborda alguns aspectos da proteção social e dos modelos de regime de *welfare state*. É intenção, ainda, analisar o papel que diferentes regimes de bem-estar desempenharam durante os períodos de crise da década de 90, em especial, no que diz respeito à ativação dos indivíduos para o mercado de trabalho volátil e incerto. Por fim, busca-se fazer uma análise do atual contexto de crise econômica que o Brasil enfrenta e qual o impacto isso poderá gerar na ativação dos indivíduos, em função dos cortes orçamentários feitos para o ano de 2016, que incluem grande diminuição de verbas destinadas ao Pronatec e Proinfância.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Políticas de ativação para o mercado de trabalho. Estado do bem-estar.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto foi desenvolvido buscando fomentar o debate acerca da atuação estatal em termos de ativação das pessoas para o mercado de trabalho, via *welfare state*.

A criação de oportunidades para o ingresso no mercado de trabalho remunerado é algo que deve ser almejado pelos Governos a fim de diminuir os gastos assistenciais e com as prestações por desemprego e, também, para permitir uma maior segurança financeira das famílias, sobretudo em épocas de crises econômicas que trazem perda de poder de compra e de renda e aumento das taxas de desemprego.

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal; alexandre.elio.scariot@gmail.com

Em um país como o Brasil, onde a proteção social passa muito pela previdência social e, portanto, pela inserção ou não do indivíduo no Regime Geral de Previdência Social, um nível de empregabilidade alto é algo salutar em função da vinculação dessa proteção com as necessárias contribuições ao sistema, o que não ocorre para aqueles que estão afastados do mercado laboral, a menos que contribuam sob outras categorias de segurados.

2 DISCUSSÃO

2.1 PROTEÇÃO SOCIAL E MERCADO DE TRABALHO

Não é novidade o fato de que o exercício de um ofício ou de um trabalho é aspecto importante para o ser humano e para a vida em sociedade, visto ser possível em função dele realizar-se a construção de ideais e de sonhos de vida, de manutenção do sustento pessoal e da família e de autorrealização como indivíduo no sentido de se sentir útil e como parte integrante da sociedade, contribuindo para sua formação.

A Constituição Federal possui várias passagens nas quais o atributo do trabalho é reconhecido como de especial relevância, como por exemplo, o artigo 1º, que estipula que o Brasil tem como base normativa e principiológica a preservação e observância dos “valores sociais do trabalho”, além do artigo 170, que determina que toda a ordem econômica nacional será fundada na “valorização do trabalho humano”, sem mencionar várias garantias e direitos trabalhista previstos no capítulo que trata dos direitos sociais.

O Estado, assim, age tanto protegendo o (direito ao) trabalho como, também, atua de maneira a fomentar o mercado de trabalho na medida em que, por exemplo, contrata servidores públicos ou trabalhadores temporários, ou quando edita normas ou concede incenti-

vos tributários para que as empresas possam ter maiores facilidades na contratação de empregados, dentre outras variadas medidas.

Desta forma, é possível que o Estado atue em prol do trabalho sob a forma de diferentes políticas públicas, que segundo Procopiuck (2013, p. 144), podem dividir-se em *constitutivas* (são aquelas políticas que criam ou estruturam as condições para que certo problema passe a ser atacado sistematicamente), *distributivas* (visam distribuir recursos, o que pode ocorrer via subsídios em produtos ou serviços), *redistributivas* (em geral são aquelas que procuram repassar os recursos econômicos da classe de maior renda para os de menor) ou *regulatórias* (geralmente a intenção desse tipo de política pública é impor padrões de comportamento a indivíduos ou grupos para manter em equilíbrio as relações competitivas).

As políticas públicas que buscam fomentar o mercado de trabalho podem ter relação, deste modo, com todas as classificações acima propostas, em maior ou menor grau a depender de sua origem e intenção.

O fato de o Brasil ter como base o primado do trabalho traz como consequência a responsabilidade de que esse mercado seja incentivado pelo Estado, ainda mais quando se observa ser principalmente através dele que ocorrerá o acesso à amplitude da proteção em termos de Seguridade Social, plasmada nas prestações previdenciárias.

O direito que todos possuem, como participantes da sociedade, em ter acesso à Seguridade Social (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948), passa, portanto, por um conjunto integrado de políticas públicas que consigam inserir o maior número de pessoas (sobretudo aquelas já estigmatizadas e excluídas) no mercado de trabalho e, conseqüentemente, no âmbito da proteção previdenciária.

Assim, não basta que o Estado simplesmente autorize o funcionamento de empresas, regule certas áreas profissionais, edite normas de segurança e atue em termos de proteção dos direitos dos trabalhadores.

É preciso haver uma comunhão de esforços no sentido de verdadeiramente criar-se um sistema de proteção social amplo que permita a participação das pessoas no mercado de trabalho, “ativando-as” para que consigam ingressar em empregos remunerados ou, para aquelas já empregadas, para que consigam eventualmente realocar-se com maior facilidade.

Um exemplo desse tipo de proteção social é encontrado no modelo de regime de proteção social chamado de social-democrata, que tem como exemplo a Suécia. Naquele país, além dos amplos benefícios e serviços sociais existentes, há uma preocupação com a inserção/reinserção das pessoas no mercado de trabalho, especialmente das mulheres via desfamiliarização dos cuidados com o bem-estar do lar, que frequentemente ficam a seu cargo.

Embora o regime de proteção social sueco seja bastante desmercantilizado, ou seja, com prestações que são concedidas simplesmente pelo fato de o indivíduo ser um cidadão, ainda assim há uma atuação no sentido de fomentar a inserção das pessoas no mercado de trabalho, numa intenção de promover a criação e o aumento da renda familiar.

A mercantilização do indivíduo existe quando há a efetiva inserção das pessoas em uma relação trabalhista/salarial de que dependa o seu bem-estar. Embora a dependência do bem-estar à manutenção de um vínculo de emprego seja algo por vezes criticado em função da divisão entre “participantes” e “não-participantes” ou de “segurados” e “não-segurados”, observa-se que para certas parcelas da população, como muitas das mulheres, nem mesmo esta etapa é atingida de vinculação ao mercado consegue ser atingida.

Assim, grande parte das mulheres, apesar de não estarem mercadorizadas - em termos de vinculação do seu bem-estar ao mercado -, acabam dependentes (mercadorizadas) em relação à família e dependente das estruturas familiares com raízes fortemente patriarcais.

A partir dessa análise Esping-Andersen (1999, p. 64) trabalhou a ideia de que *“El concepto de desmercantilización resulta inoperante para las mujeres a menos que los estados del bienestar, para empezar, les ayuden primero a mercantilizarse.”*

Assim, em relação às mulheres, observamos ser de suma importância a desfamiliarização, na intenção de possibilitar a conciliação da vida familiar com o trabalho. A intenção é de que, uma vez havendo a “desfamiliarização” (dos cuidados com crianças pequenas e idosos, por exemplo), através da previsão de serviços específicos, mais pessoas possam ativar-se no mercado de trabalho, o que abre campo para que grupos excluídos ou com tradicionais dificuldades de inserção consigam obter renda remunerada fora do lar.

Em razão desse tipo de arranjo, a Suécia possui grande quantidade de domicílios com dois trabalhadores e elevado emprego feminino e de pessoas idosas (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 101-103; ESPING-ANDERSEN; MYLES, 2011, p. 5).

Segundo Kerstenetzky (2012, p. 100), a introdução da mulher no mercado de trabalho formal, proporcionada pela desfamiliarização, torna a família mais financeiramente estável em função da existência de dois trabalhadores, ou seja, menos propensa a utilizar a proteção social em função do mercado de trabalho instável, além de poder ampliar a base de financiamento fiscal do próprio *welfare state*.

Essa política de ativação das mulheres para o mercado de trabalho é, também, uma forma de lidar com o desemprego, servindo como instrumento para a minimização de seus efeitos e, ainda, para a própria geração de emprego, já que uma rede de cuidados sociais resultará na necessidade da criação de novas vagas de trabalho, sobretudo na área de serviços.

Ainda acerca do desemprego, Esping-Andersen (1999, p. 14) salienta que inexistente na atualidade aquela velha economia industrial que demandava por trabalhadores de baixa qualificação, e que tampouco

existem como maioria as famílias estáveis com numerosos membros, no qual a participação feminina ocorria somente no âmbito do lar.

Isso tudo é passado!

Os novos arranjos familiares, as alterações nos papéis que homens e mulheres desempenham na sociedade e a nova economia global, demandam uma atuação estatal mais rápida, mais adaptável e melhor interligada. As estruturas dos riscos sociais estão se alterando drasticamente, e por conta disso é importante a criação de novos mecanismos sociais aptos a enfrentar os novos tempos.

Essa atuação pública, portanto, deve buscar garantir que cada indivíduo possa desenvolver sua vida em sociedade de forma digna, e, para além da mera subsistência primária, deve fornecer meios para que tenha autonomia suficiente para tomar decisões que julgue ser as mais adequadas para a realização de suas próprias aspirações (SARDÀ, 2010, p. 76).

Dentre os instrumentos existentes, destacamos aqueles que permitem ao jovem obter uma formação profissional básica para ingresso no mercado de trabalho, além daquelas que visam conciliar o trabalho com a vida familiar, a fim de possibilitar uma maior participação - sobretudo da mulher - no cenário econômico a fim de gerar maior renda e estabilidade familiar.

2.2 O PAPEL DO ESTADO NO CONTEXTO DE CRISE: A NECESSIDADE DE ATIVAÇÃO DO INDIVÍDUO FRENTE AOS NOVOS RISCOS SOCIAIS

O modo pelo qual cada Estado enfrenta suas crises econômicas possui grande ligação com o modelo de *welfare state* existente, ou seja, as decisões e arranjos institucionais para resolver ou combater tais episódios de crise têm relação com o histórico passado e com o modo pelo qual a proteção social é realizada.

Nesse sentido, uma característica que marcou o contexto de reformas na Suécia, em razão da crise dos anos 90, foi a busca pela “ativação” das pessoas para que tivessem maiores chances de ingressarem ou retornarem ao mercado de trabalho, buscando com isso diminuir a dependência em relação ao Estado e, também, tornar os indivíduos mais bem preparados para o mercado de trabalho mais volátil.

Segundo Draibe (2007, p. 31), o bem-estar passou a ser concebido via inserção produtiva, e foi algo bem característico dos partidos sociais-democratas europeus da década de 90 na medida em que se propunha uma “terceira via” de um Estado de Bem-Estar ativo (*Active Welfare State*), sendo aquele que “[...] enfatiza a redução dos riscos sociais mediante a educação e a capacitação, com o objetivo de transformar os cidadãos de meros receptores passivos de benefícios sociais em pessoas independentes, ativas, co-produtoras da sua própria proteção social.”

Assim, Esping-Andersen (1995, p. 88-89) salienta que houve uma readequação no sentido de se implementarem políticas de fomento ao trabalho, apesar das crescentes taxas de desemprego, fazendo com que exigências de trabalho e treinamento aumentassem expressivamente àqueles que recebiam seguro desemprego, por exemplo. No mesmo sentido, houve a mudança de foco em favor de políticas sociais para jovens e adultos, em função da alteração do então paradigma do pleno emprego. Ocorreu, também, uma tendência à descentralização e privatização da oferta de serviços, todavia, não de caráter ideológico neoliberal, mas sim motivada mais pelo critério da busca por maior eficiência, bem como, adequação às demandas diferenciadas dos clientes.

Essas alterações ocasionadas no sistema de proteção social sueco buscaram adaptar a família e o emprego à nova realidade social e econômica, calcada em mercados mais inconstantes e móveis.

É isso que se espera de um regime de *welfare state*: que seja formado por instituições integradas e sensíveis às alterações econô-

micas, sociais e do mercado de trabalho, atuando em conjunto como um “amortecedor” social em períodos de baixas taxas de ocupação e de recuperação da economia, nos quais justamente se espera uma maior atuação estatal em termos de políticas públicas.

Mas apesar dessas novas realidades e das necessidades de adaptações pelo que passou o regime Social Democrata, não houve um total abandono de suas origens e de sua forma básica, o que, segundo Gray (2006, p. 43), é uma alternativa à adoção simples do ideal liberal moderno no qual o Estado é silencioso ou neutro em relação às principais questões da vida familiar.

A intenção das alterações promovidas foi voltar os esquemas de proteção à criação de oportunidades, utilizando-se, por exemplo, de extensos programas de treinamento de longo prazo que, embora não resolvessem o problema do desemprego naquele instante, oportunizavam melhoria na mobilidade ocupacional em termos de escolhas (KERSTENETZKY, 2012, p. 135).

A possibilidade de melhora na qualificação profissional tem como consequência a ampliação das possibilidades de emprego e de realocação no mercado, mitigando certos efeitos danosos como o desemprego de longo prazo e o dispêndio estatal com o pagamento de seguro desemprego.

Esse diálogo entre os diferentes atores que possuem, em verdade, interesses comuns, foi aspecto importante, sobretudo quando se observa ter ocorrido uma alteração geral de paradigma: tanto a família quanto o emprego contemporâneos manifestam novos riscos e necessidades no decurso de toda a fase ativa da vida adulta. Isso se refletiu na expansão de políticas públicas para reciclar adultos e no sentido de conceder um aprendizado para “toda a vida”, dentro da criação de mecanismos de salvaguarda e de proteção que visavam ajudar a mobilidade geográfica e de emprego, e, também, pela concessão de licenças maternidade e paternidade conjuntas (ESPING-ANDERSEN, 1995, p. 87).

Nesse contexto de crise, a ênfase na ativação, principalmente dos jovens, a previsão de serviços de cuidados e de proteção da família foram respostas adequadas às novas pressões, segundo Kerstenetzky (2012 p. 135), o que proporcionou a readequação do *welfare state* aos novos riscos.

Não só na Suécia ocorreram tais adaptações. Outros países com regimes de *welfare state* denominados de “liberais”, como os Estados Unidos, também atuaram de certa forma a ativar os indivíduos em um cenário de crise dos anos 90.

Todavia, nos Estados Unidos embora tenha havido uma ativação do indivíduo para fins de inserção no mercado de trabalho, a exemplo da Suécia, tal se deu na condição de “trabalhe primeiro”, num sentido de que a situação de cada um depende de si mesmo (KERSTENETZKY, 2012 p. 135).

As prestações sociais, inclusive aqueles destinados às mulheres com filhos, eram condicionadas à busca pelo emprego, fato este que gerou a necessidade de do ingresso em qualquer emprego, não obstante eventual baixo salário, condições de trabalho ou necessidades familiares. Assim, a inserção no mercado de trabalho até foi possível, mas ocorreu sob um contexto de ativação “forçada” em razão da ausência de proteção social mais ampla.

Muitas mulheres americanas ingressaram no mercado de trabalho em razão da crescente demanda das indústrias, porém, um grande número de ex beneficiárias de benefícios do governo não conseguia fazer frente às despesas devido aos baixos salários, trabalho em tempo parcial e alto custo das creches e do transporte (ABRAMOVITZ, 2006, p. 340).

Nota-se, assim, que diferentes nações lidam de diferentes modos com a proteção social e mercado de trabalho em contextos de crise, mas sempre dentro de um horizonte mais ou menos familiar e já delineado pelo *welfare state* existente.

Embora aqui se tenha tratado do cenário de crise dos anos 90, não deixa de ser pertinente realizar-se uma ligação e uma análise dessas atuações estatais que ocorreram no passado frente, agora, aos novos contextos de crise, sobretudo pela qual passa o Brasil atualmente.

Se de um lado existe uma atual conjuntura econômica interna desfavorável (com reflexos políticos igualmente negativos ao Governo), no qual se visualiza um panorama de alta da inflação, queda da produção industrial e aumento das taxas de desemprego, de outra ponta nota-se a busca pelo equilíbrio das contas públicas e pelo atingimento do superávit primário destinado ao pagamento dos juros da dívida pública.

Além de outras medidas de austeridade fiscal, dados veiculados na imprensa nacional apontam que o Governo Federal fará um corte de R\$ 25 bilhões no orçamento previsto para programas sociais para o ano de 2016 (GOVERNO..., 2015).

Ainda segundo fontes jornalísticas, o projeto de Orçamento do Governo, que ainda está em construção, reduzirá a destinação de verbas para programas que possuem alta relevância em termos ativação dos indivíduos, de combate à pobreza e de diminuição da desigualdade social e de gênero, sendo um exemplo disso os cortes realizados nos programas Pronatec e o Proinfância.

O Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec) busca criar oportunidades de educação e de formação profissional de jovens, trabalhadores e de beneficiários de programas assistenciais de transferência de renda.

Já o Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil (Proinfância) visa repassar recursos aos municípios a fim de viabilizar a implementação de creches e escolas de educação infantil públicas.

Ambos os programas sofrerão pesados cortes orçamentários para o próximo ano, sendo que a previsão é de que o Pronatec tenha sua verba reduzida de R\$ 4 Bilhões para R\$ 1,6 Bilhão, em relação ao

ano de 2015, ao passo que o Proinfância de R\$ 3,8 Bilhões para R\$ 550 milhões, o que equivale a apenas 15% do valor destinado no ano de 2015 (GOVERNO..., 2015).

Apesar de o Governo estar atuando em outras frentes no que diz respeito ao trabalho e renda, buscando, por exemplo, através da Medida Provisória n. 680/2015, que introduz o Programa de Proteção ao Emprego (PPE),¹ preservar o emprego daquelas pessoas que já estão inseridas no mercado do trabalho, isso é somente uma parte do que pode e do que deveria ser feito.

A edição da MP n. 668/2015, aliado ao corte do orçamento das verbas destinadas à qualificação de jovens e de beneficiários de programas assistenciais, e, ainda, à diminuição das verbas destinadas à viabilização de creches, quer demonstrar que o país ainda está pensando uma proteção social com forte base conservadora, típica de regimes de welfare state que buscam tutelar primordialmente os “já inseridos” no mercado de trabalho formal.

A atuação do Estado brasileiro frente à crise atual, em termos de promoção de emprego e de ativação das pessoas, é algo muito próximo do existente no modelo de welfare state chamado de “conservador”, e que tem como característica, segundo Esping-Andersen (1990, p. 109), a preservação das diferenças de status entre os grupos sociais.

Esping-Andersen (1990, p. 109) salienta que esses regimes corporativistas são moldados de forma típica pela Igreja e por isso muito comprometidos com a preservação da família tradicional. Em função disso a previdência social excluí tipicamente as esposas que não possuem emprego, e os benefícios destinados à família incentivam a maternidade, sem grande desenvolvimento de outros serviços como creches. Este modelo evidencia o caráter subsidiário, no qual

¹ A MP prevê, em linhas gerais, que será permitido haver a redução da jornada de trabalho e do salário de empregados de empresas com dificuldades financeiras durante o período de retração econômica.

se observa que o Estado somente interfere quando a capacidade de a família servir seus membros se esvai.

Dentre as consequências, as ações governamentais que estão em curso permitirão a perpetuação da divisão do trabalho remunerado via gênero, visto que o forte corte de investimentos em creches resultará na transferência do cuidado com as crianças pequenas para o núcleo familiar, o que fatalmente caberá às mulheres (à mãe, irmã ou avó).

Além da questão envolvendo a manutenção de tarefas de cuidado a cargo das mulheres, reforçando o paradigma do “homem-provedor, mulher-cuidadora”, a ausência de tal serviço tenderá a reduzir a possibilidade de ingresso da mulher no mercado de trabalho remunerado, o que seria extremamente salutar justamente no atual cenário de crise financeira, arrojo salarial e demissões.

Ainda mais em um país onde os serviços públicos carecem de maior oferta e qualidade, um lar no qual a mulher pode mercantiliar-se é aspecto relevante não somente sob o ponto de vista de igualdade de gênero, como, também, de proteção social, visto que ambos estão amparados pela previdência social em razão das contribuições que vertem ao Regime, bem como, porque o ingresso da mulher no mercado de trabalho gerará uma fonte de renda extra que tem forte impacto na redução da pobreza nas famílias.

Os dados do IBGE (2014) indicam que além de impactar na própria educação das crianças, tal oferta de cuidados pelo Estado afeta as mulheres diretamente, sobretudo no que diz respeito à sua autonomia e possibilidades de inserção no mercado laboral.

Uma das formas de se avaliar isso é observando a relação entre ocupação das mulheres e a existência de filhos pequenos, em função da frequência à creche.

O Instituto apurou que no ano de 2010, o nível de ocupação das mulheres com idade igual ou superior a 16 anos e que possuem filhos de 0 a 3 anos que frequentam creches, é bem maior que o daqueles cujos filhos não frequentam: 65,4% contra 41,2% (ou mesmo

em relação àquelas em que apenas algum filho frequenta a creche, cujo percentual foi 40,3%, demonstrando que não basta ter algum filho na creche se ainda persistir a responsabilidade com o cuidado dos demais).

Assim, a variação da taxa de ocupação no mercado de trabalho entre mulheres que possuem e as que não possuem acesso a creches para deixar filhos pequenos é grande, sendo isso um medidor da autonomia econômica das mulheres.

Segundo a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil apresentou no ano de 2011 uma taxa de matrícula em creche ou pré-escola, para o grupo que envolve crianças na faixa dos 3 anos de idade, abaixo da média dos países do grupo da OCDE (67,4%) e até mesmo de alguns países latino-americanos, como Argentina, México e Chile (IBGE, 2013).

A projeção é que tais números piorem em razão dos cortes orçamentários previstos para 2016, visto que a tendência é de que, uma vez que os municípios possivelmente não terão condições de assumir tal empreitada, ocorra uma estagnação da oferta de vagas em creches públicas.

Outro dado importante diz respeito à proporção de crianças matriculadas em creches em relação à renda, isso porque, em 2012, o número de crianças com idade de 2 e 3 anos que as frequentavam era quase 3 vezes maior para o quinto mais rico em relação ao quinto mais pobre da distribuição de rendimento mensal familiar *per capita* (IBGE, 2013).

Ou seja, a taxa de frequência à creche das crianças com idade entre 2 e 3 anos aumenta à medida que avança o rendimento, de modo que as mulheres com baixa ou nenhuma renda são justamente as maiores prejudicadas, fazendo com que elas tenham dificuldades em conseguirem obter renda de trabalho remunerado em razão da necessidade de conciliação com o cuidado com os filhos pequenos.

Essas informações demonstram quão equivocados são as reduções do orçamento do Proinfância, visto que a ampliação da prestação de serviços de cuidado via creches poderia viabilizar a busca por trabalho remunerado de muitas mulheres, gerando lares onde ambos os cônjuges têm possibilidades fáticas de se tornarem provedores e auxiliando a afastar muitas incertezas relacionadas ao fantasma do desemprego e de perda de renda, especialmente em épocas de crise.

O corte das verbas do Pronatec também apresenta efeitos nefastos para a ativação e inserção (ou reinserção) no mercado de trabalho, isso porque as oportunidades de qualificação serão reduzidas proporcionalmente ao valor retirado do orçamento.

Embora o governo reconheça os bons resultados obtidos pelo programa (PORTAL BRASIL, 2013), isso não impediu (VERDÉLIO; TOKARNIA, 2015) que já em 2015 ocorresse uma redução de 60% do número de vagas disponibilizadas em relação ao ano anterior, que foi de 2,5 milhões.

Para 2016 o cenário será, portanto, ainda pior.

Com menos dinheiro destinado ao programa, menos pessoas terão acesso à qualificação visando o mercado de trabalho (justamente as que estão em grupos social e economicamente sensíveis como os jovens e os que já estão inseridos em programas sociais), o que as tornará ainda mais dependentes das famílias ou de eventuais arranjos assistenciais do Governo.

Haverá a possibilidade, ainda, de que tal público, na ausência de uma formação profissional básica a ser oportunizada pelo Estado, seja levado procurar sustento em setores informais da economia ou naqueles nas quais as vagas de trabalho são destinadas às pessoas de baixíssima ou de nenhuma qualificação, ou seja, nos piores empregos e com os piores salários.

Esse diagnóstico é ainda mais lamentável quando se observa que recentemente os Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) construíram a chamada Agenda 2030, na qual ocorreu

o comprometimento de todos em realizarem, de maneira conjunta, uma série de programas, ações e diretrizes que buscarão orientar a atuação das Nações Unidas e de seus membros para um desenvolvimento sustentável.

No documento há 17 objetivos e 169 metas correspondentes que dizem respeito ao período de 2016-2030, sendo que todos os países terão desafios a serem superados no que diz respeito a aspectos econômicos, sociais e ambientais.

A Agenda 2030 não se limita a propor objetivos, já que apresenta também os meios de implementação que servirão para concretizar os objetivos e metas, dentre os quais destacamos, pela pertinência com o assunto proposto no artigo, os objetivos 4 e 5.

Esses objetivos dizem respeito à necessidade de buscar-se a promoção de oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos e, também, em relação à necessidade de alcançar-se a igualdade de gênero de todas as mulheres e meninas.

Segundo a ONU, são metas para o período, dentre outras, no que tange à educação e igualdade de gênero: aumentar substancialmente o número de jovens e adultos que tenham habilidades relevantes, inclusive competências técnicas e profissionais, para emprego, trabalho decente e empreendedorismo; eliminar as disparidades de gênero na educação e garantir a igualdade de acesso a todos os níveis de educação e formação profissional para os mais vulneráveis, incluindo as pessoas com deficiência, povos indígenas e as crianças em situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2015).

Além disso, são metas, também, o reconhecimento e a valorização do trabalho de assistência e doméstico não remunerado, através da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais (BRASIL, 2015).

Portanto, em se confirmando a diminuição das verbas destinadas aos programas Pronatec e Proinfância, ambos os cortes orçamentários poderão trazer sensíveis impactos no que diz respeito à ativação dos indivíduos, visto que mulheres com filhos pequenos e aqueles jovens e os destinatários de benefícios assistenciais que buscam qualificação profissional, terão maiores dificuldades em atingirem seus objetivos, diminuindo sensivelmente o horizonte de oportunidades já a partir do próximo ano.

Possivelmente o Brasil começará o ano de 2016 não conseguindo sequer iniciar a implementação dos objetivos e metas da Agenda 2030, havendo potencial para que, inclusive, nos distancie-mos ainda mais do que aquele documento se propõe.

3 CONCLUSÃO

Este artigo buscou comentar, em linhas gerais, a importância que um regime de *welfare state* tem na ativação dos indivíduos para que consigam se capacitar ou simplesmente participar do mercado de trabalho.

A temática da “ativação” dos indivíduos tem especial significado para os brasileiros, visto que o nosso sistema de proteção social, sobretudo em relação específica à proteção previdenciária, tem íntima correlação com o mercado de trabalho, já que há a necessidade de verterem-se contribuições ao sistema.

A suplementação de verbas orçamentárias destinadas a programas governamentais que buscam a ampliação da rede de atendimento de creches e de escolas públicas infantis, bem como, a diminuição daquelas verbas direcionadas a programas de qualificação profissional (e, indiretamente, inserção social) de jovens e beneficiários de programas assistenciais, constitui-se, em nossa visão, em grande equívoco e retrocesso em termos de atuação do Governo Federal.

Embora não se desconheça que qualquer tipo de corte orçamentário pode, de um modo ou outro, impactar em várias políticas públicas, a escolha pela supressão dessas verbas em específico poderá trazer resultados muito negativos para parcela da população que já se encontra em posição severamente difícil, inclusive com possibilidade de comprometimento do futuro de centena de milhares de brasileiros.

Os anos vindouros se encarregarão de demonstrar qual o tamanho do impacto que tais medidas deixarão em termos sociais, educacionais e econômicos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVITZ, Mimi. Welfare Reform in the United States: gender, race and class matter. *Critical Social Policy*, Nova Iorque, v. 26, p. 336-364, 2006. Disponível em: <<http://www.sagepub.com/jimenezstudy/articles/Abramovitz.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2015.

BRASIL. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Tradução Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil. 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf>. Acesso em: 24 out. 2015.

DRAIBE, Sônia M. Estado de Bem-Estar, Desenvolvimento Econômico e Cidadania: algumas lições da literatura contemporânea. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 27-64.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. In: ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Tradução Dinah da Abreu Azevedo. Princeton: Princeton University Press, 1990. p. 85-116. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n24/a06n24.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. Barcelona: Ariel, 1999.

ESPING-ANDERSEN, Gosta; MYLES, John. Economic Inequality and the Welfare State. In: NOLAN, Brian; SALVERDA, Wiemer; SMEEDING, Timothy M. (Org.). *The Oxford Handbook of Economic Inequality*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1-21.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. O futuro do welfare state na nova ordem mundial. *Lua Nova*, São Paulo, n. 35, p. 73-111, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 09 abr. 2015.

GOVERNO corta R\$ 25 bi da área social na comparação entre 2015 e 2016. *G1*, 29 set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/09/governo-corta-r-25-bi-da-area-social-na-comparacao-entre-2015-e-2016.html>>. Acesso em: 05 out. 2015.

GRAY, John. *Jogos Finais: Questões do pensamento político moderno tardio*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 2006.

IBGE. *Estatísticas de Gênero: uma análise dos resultados do Censo 2010*. 33. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. (Estudos & Pesquisas). Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv88941.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. 32. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. (Estudos & Pesquisas). Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

KERSTENETSKY, Celia. *O Estado do bem-estar social na idade da razão*. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

PORTAL BRASIL. *Dilma destaca importância do Pronatec*. 2013. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2013/10/presidenta-destaca-importancia-do-pronatec>>. Acesso em: 06 out. 2015.

PROCOPIUCK, Mario. *Políticas Públicas e Fundamentos Da Administração: Análise e Avaliação, Governança e Redes de Políticas*, Administração Judiciária. São Paulo: Atlas, 2013.

SARDÀ, Clara Marquet. *Los derechos sociales en el Ordenamiento jurídico sueco*. Barcelona: Atelier, 2010.

VERDÉLIO, Andreia; TOKARNIA, Mariana. Pronatec perde 60% das vagas este ano com corte orçamentário. *Agência Brasil*, 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2015-06/pronatec-vai-oferecer-mais-de-1-milhao-de-vagas-este-ano>>. Acesso em: 06 out. 2015.

ESTADO DE BEM-ESTAR NO BRASIL: CARACTERÍSTICAS E PERSPECTIVAS

Ludmila Kolb de Vargas Cavalli*

RESUMO

O artigo visa analisar o desenvolvimento histórico e as características do Estado de Bem-Estar Social no Brasil, em especial quanto ao modelo adotado pela Constituição Federal de 1988. Faz referência a classificações adotadas quanto ao modo de execução das políticas públicas de proteção social e abrangência da cobertura na concessão de benefícios no âmbito internacional. Trata da diversidade de modelos de Welfare State e da inexistência de um conceito uno e estático. Aponta para possíveis tendências de desregulamentação da prestação estatal face à seguridade social brasileira.

Palavras-chave: Estado de bem-estar. Direitos sociais. Seguridade social.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo uma análise multifocal do conceito de Estado de Bem-Estar. Para tanto, se propõe, inicialmente, a fornecer um conceito amplo de Welfare State, indicando suas finalidades e características marcantes.

Com a reflexão acerca da necessidade de adaptação cultural e axiológica à realidade de cada nação, serão apresentadas classificações quanto ao modo de prestação da proteção social estatal, âmbito de alcance dos benefícios e dos grupos sociais visados.

* Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, em Curitiba; Mestranda em Direito no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Servidora pública da Justiça Federal do Paraná, em Francisco Beltrão; Avenida Júlio Assis Cavaleiro, 2295, Industrial, 85601-000, Francisco Beltrão, Paraná; ludmilakvc@gmail.com

Ao adentrar no cenário brasileiro, serão tecidas algumas considerações históricas, visando situar o início do Welfare State no Brasil. Maior ênfase será dada à fase que se inicia com a Constituição Federal de 1988, delineando-se as características e princípios expressos no texto constitucional.

Por fim, serão abordados temas atuais, relativos a tendências de revisão do modelo de bem estar em face de crise econômica nacional. Será discutido o problema da eficácia dos ajustes fiscais em matéria de direitos sociais, considerada a experiência empírica pátria e internacional e as recomendações da Organização Internacional do Trabalho.

2 CONCEITO

A expressão Welfare State surgiu na Inglaterra, onde passou a ser difundida inicialmente em contraposição às concepções liberais do século XIX de Estado vigilante. O conceito assumiu maior relevância no período posterior à Segunda Guerra Mundial, quando passou a ter contornos de “[...] uma proposta institucional nova de um Estado que pudesse implementar e financiar programas e planos de ação destinados a promover os interesses sociais coletivos dos membros de uma determinada sociedade.” (GOMES, 2006).

Por Welfare State se entende um conjunto de medidas destinadas a oferecer à população mecanismos de proteção em face das flutuações de mercado, além de amparo em face a eventos naturais da existência humana, como velhice e doença. Visa garantir estabilidade e segurança social, provendo condições mínimas de realização da dignidade da pessoa humana.

O welfare state, uma das marcas da “era dourada” de prosperidade do pós-guerra, significou mais do que um simples incremento das políticas sociais no mundo industrial desenvolvido. Em termos gerais, representou um

esforço de reconstrução econômica, moral e política. Economicamente, significou um abandono da ortodoxia da pura lógica do mercado, em favor da exigência de extensão da segurança do emprego e dos ganhos como direitos de cidadania; moralmente, a defesa das idéias de justiça social, solidariedade e universalismo. Politicamente, o *welfare state* foi parte de um projeto de construção nacional, a democracia liberal, contra o duplo perigo do fascismo e do bolchevismo. Muitos países se auto-proclamaram *welfare states*, não tanto por designarem desse modo as suas políticas sociais, quanto por promoverem uma integração social nacional. (ESPING-ANDERSEN, 1995).

Seriam, assim, três os elementos essenciais à caracterização do Welfare State:

- a) ação estatal na organização e implementação de políticas sociais;
- b) ingerência do Estado no livre movimento do mercado;
- c) substituição de renda e promoção de um patamar mínimo de atendimento das necessidades sociais (DRIABE, 1991).

Considerando que as forças de mercado são elemento propulsor do imperativo da atuação estatal, torna-se evidente que o conceito de Welfare State parte do pressuposto de uma sociedade capitalista. O Estado passa intervir nas relações sociais de modo a minimizar os efeitos negativos da ação do livre mercado, reintegrando grupos segregados como deficientes, enfermos, desempregados e miseráveis. Assim, sendo o modelo capitalista intrínseco ao conceito de Welfare State aqui defendido, deixarão de ser abordados na sequ-

ência elementos normativos referentes a outras formas de organização do Estado.

3 ESTADO DE BEM-ESTAR: PERSPECTIVAS GERAIS

O sistema de Welfare State nasceu na década de 30, em resposta a colapsos econômicos que puseram em xeque o sonho do pleno desenvolvimento capitalista. Após período de grande crescimento, em especial do setor industrial mundial, houve o total colapso do sistema financeiro, importando em crise severa na maioria dos países do eixo ocidental. Nos Estados Unidos, em especial, a Grande Depressão revelou a fragilidade de uma sociedade comandada pelas idas e vindas do mercado, trazendo novos questionamentos quanto à forma de intervenção estatal.

A ideia inicial de um Estado de Bem-Estar Social poderia ser representada como a versão moderna de um feudo. Ao invés de um senhor feudal que protege os camponeses das invasões dos bárbaros e lhes fornece algum amparo em suas necessidades, teríamos o Estado protegendo o cidadão das barbáries do Mercado, oferecendo-lhes serviços públicos indispensáveis. Assim, visualiza-se nos primórdios do Welfare State uma espécie de revisão do contrato social.

Esta simplória alegoria traduz um modelo de Estado compatível com o início da caminhada dos direitos sociais. Mas o desenvolvimento e amplitude destes direitos já não comporta uma atuação tão tímida do Estado. Em especial no período posterior à Segunda Guerra Mundial, houve considerável expansão da responsabilidade estatal. O conceito de bem-estar se aprimorou, a soberania da dignidade da pessoa humana sobre as escolhas políticas de uma sociedade passou a exigir uma intervenção mais profunda e ampla sobre as necessidades individuais e coletivas.

Atualmente os modelos escandinavos de bem-estar social parecem orientar as discussões acerca do tema, criando uma espécie

de parâmetro de efetividade de políticas sociais. Ao se falar em Estado de Bem-Estar, usualmente surgem menções aos modelos adotados por países como Suécia, Dinamarca e Noruega, onde o bem-estar individual e coletivo nos parece digno de admiração. Apesar dos benefícios da utilização da experiência internacional para o incremento normativo, cabe aqui a crítica quanto à necessidade de interpretação cultural e axiológica quanto aos valores relevantes a cada sociedade. Não há dúvidas de que diferentes povos, ainda que submetidos a um mesmo regime de estado social, apresentam diferentes expectativas quanto à realização individual e elegem os mais variados valores a nortear suas relações sociais (MORENO, 2000).

Não há, portanto, que se falar em um modelo estático de Welfare State, mas de vários modelos dinâmicos, adaptados a realidades sociais diversas em suas peculiaridades.

Padrões ou modelos que expressam raízes e condições históricas distintas se manifestam em variação das complexas dimensões da proteção social, seja no que tange às relações de inclusão/exclusão que os sistemas abrigam, seja no que concerne a seus aspectos redistributivos, seja finalmente no que diz respeito às relações com o sistema político. Por isto mesmo aquele forte esquema valorativo positivo, que parecia estar embutido no próprio conceito de “Welfare State” pode ser reavaliado, abrindo a possibilidade de se pensarem padrões progressistas, de um lado, e formas mais conservadoras de edificação do Estado Protetor. (DRIABE, 1993).

Por sua vez, a afirmação de que um Estado adota um modelo de Welfare State carece ainda de muitos esclarecimentos. A simples destinação de recursos públicos para a garantia de um bem-estar básico aos cidadãos não indica se essas políticas sociais são emancipadoras ou não, se atendem às necessidades mínimas cotidianas.

Haverá um real Estado de Bem-Estar quando as políticas públicas efetivamente trouxerem garantia de direitos sociais e promoção da cidadania (ESPING-ANDERSEN, 1991).

Somadas as premissas dispostas, é possível concluir que os desafios atuais do Welfare State se encontram na realização de direitos sociais e cidadania de forma a atender necessidades locais, respeitando a cultura e os anseios da população a que se destina. Cada Estado deverá adotar uma forma de Welfare adequada à realidade social local e apta a plenificar os direitos sociais e fundamentais dos grupos a que se destina.

Modelos de programas governamentais assistencialistas pontuais podem parecer, à primeira vista, adequados à garantia de um mínimo existencial. Mas o que se observa é que em determinadas sociedades como as de países desenvolvidos europeus, a expectativa de atuação do Estado se encontra, por exemplo, em políticas de proteção à natalidade e ao emprego feminino (disponibilidade de creches, licença-maternidade estendida, possibilidade de opção de gozo da licença por parte do homem, etc.), enquanto que em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento a atuação do Estado deve se direcionar a questões muito mais básicas de saúde e educação (implantação de rede de esgoto, fornecimento de água potável, alimentação gratuita das escolas, distribuição de material escolar, etc.).

Dentre as várias configurações possíveis para a implantação de um Estado de Bem-Estar, Esping-Andersen (1991) propõe a divisão em três grupos. No modelo liberal predomina o assistencialismo, direcionado aos mais pobres e com pouca ou nenhuma transferência universal. Destina-se a garantir apenas o mínimo. Um segundo modelo, adotado por países como Áustria, França, Alemanha e Itália, se caracteriza pelo corporativismo e tradicionalismo, com finalidade à manutenção das divisões sociais e promoção de valores tradicionais como a família. Por fim, um terceiro modelo, denominado social-democrata, assume contornos universalistas e de desmercadorização.

Nele os benefícios são concedidos sob premissas de solidariedade, visando a independência individual. Adota o pleno emprego como forma de fomento.

A classificação apresentada possui uma mescla de parâmetros quanto ao modo de realização de políticas estatais e finalidades desta atuação. Assim, as categorias amplas indicadas serviriam à distinção dos modelos governamentais em termos de meios e fins.

Em crítica a este modelo, Walter Korpi e Joakim Palme desenvolveram uma nova classificação, apresentando cinco diferentes tipos de Welfare State, baseado nos riscos incluídos na cobertura e nos respectivos benefícios oferecidos. Assim, teríamos os seguintes modelos:

- a) modelo de intervenção focalizada, no qual o Estado provê um mínimo de benefícios após comprovar a real necessidade individual. Traduz um nível mínimo de proteção;
- b) modelo voluntário mantido pelo Estado: fundos voluntários de base contributiva em que as prestações são usualmente baixas;
- c) modelo corporativista Bismarckiano: destinado à população economicamente ativa e baseado em contribuições prévias. Possui segmentação de regimes e participação de representantes de empregados e empregadores na gestão;
- d) seguridade básica de Beveridge: de cunho universalista e inclusivo, oferece benefícios de taxa fixa em níveis mínimos;
- e) modelo abrangente: uma combinação de dois modelos, adotando o universalismo na inclusão de beneficiários e a vinculação contributiva na definição de valores das prestações (MACGREGOR, 2014).

Como se vê, a classificação de Korpi e Palme se baseia principalmente nos níveis de proteção oferecidos por cada um dos modelos de Welfare State sintetizados. Descreve modelos que variam de atuações governamentais mínimas, destinadas ao amparo pontual de situações extremas, a versões universalistas de ampla cobertura de riscos.

Ambas as análises citadas são relevantes à compreensão do fenômeno. Reiteram a ideia de que não se pode falar em um conceito único de Estado de Bem-Estar e que as peculiaridades culturais de cada nação e necessidades locais são determinantes à construção dos sistemas nacionais de proteção social. Ilustram as diversas configurações adotadas por diferentes países em diferentes momentos históricos e nos permitem a reflexão quanto aos benefícios e desvantagens de cada um dos sistemas.

Feitas estas considerações iniciais e destacada a possibilidade de individualização de várias formas de Welfare State, passa-se a adentrar na análise do panorama brasileiro.

4 ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL NO BRASIL

4.1 PRIMEIROS PASSOS

Apesar da existência de formas pontuais de amparo estatal anteriores à década de 30, esta vem sendo firmada como o marco inicial de uma política de bem-estar no Brasil. Ainda no século XVI, por exemplo, foi criada a Santa Casa de Misericórdia, que atendia gratuitamente os enfermos. Já ao tempo do Império foram instituídos fundos de pensão destinados a grupos isolados de trabalhadores. Contudo, apenas a partir dos anos 30 é que foi desenvolvido o primeiro conjunto de normas de regulação social, claramente orientado a uma transformação das políticas públicas.

No panorama histórico destacam-se dois períodos de implementação destas inovações. O primeiro situa-se entre os anos de 1930

a 1943 e o segundo período compreende o intervalo de 1966 a 1971. Interessante notar que em ambos os casos a produção legislativa de normas de cunho social ocorreu sob a vigência de governos autoritários. Assim, não restam dúvidas de que o início do Bem-Estar Social no Brasil não tem correlação imediata com a efetivação de valores democráticos. Possui, na verdade, maior vinculação ao controle social e legitimação de poder (DRIABE, 1993).

Nos anos de 1930 a 1943 o país passava pela chamada Era Vargas, período de governo do então Presidente Getúlio Vargas, que foi marcado por golpes e alterações constitucionais ditatoriais. Nesta época foram criados institutos de pensões e aposentadorias com maior abrangência e também normas de proteção trabalhista. Houve ainda a ampliação da atuação estatal nas áreas de saúde e educação.

A proteção securitária social, longe de se afigurar como um gasto que onera os cofres públicos, deve ser vista como um investimento em pessoas, e, por via oblíqua, em mercados. As alterações neste sistema não podem considerar fatores contábeis puros, mas sim buscar um equilíbrio entre a efetivação de direitos fundamentais e as possibilidades econômicas estatais. (DRIABE, 1993).

Nos anos que se seguiram houve uma tímida continuidade do projeto social nacional. Driabe (1993) atribui a este período a denominação de “expansão fragmentada e seletiva”. Porém, a partir de 1966 a 1971, durante a vigência de governos ditatoriais militares, o Brasil passa a vivenciar uma profunda alteração no modo de atuação do Estado, principalmente quanto ao fornecimento de serviços públicos e eleição de bens e valores básicos.

Muito diferente pela sua natureza, conteúdo e impacto social, é o período que vai de meados da década seguinte [década de sessenta], quando o conjunto de medidas legislativos compõe, em relação ao período anterior, um

quadro de radical transformação da armação institucional e financeira do sistema de política social. Transformação radical porque é esse o momento em que efetivamente se organizam os sistemas nacionais públicos ou estatalmente regulados na área de bens e serviços sociais básicos (educação, saúde, assistência social, previdência e habitação), superando a forma fragmentada e socialmente seletiva anterior, abrindo espaço para certas tendências universalizantes, mas principalmente para a implementação de políticas de massa, de relativamente ampla cobertura. Além disso, uma vez que só aí se confirma a intervenção estatal na área de habitação, que se introduzem mecanismos de formação do patrimônio dos trabalhadores e da assim chamada participação no lucro das empresas (FGTS, PIS-PASEP) e que, embora mantendo fortes características de exclusão, o sistema de proteção avança para a inclusão dos trabalhadores rurais. (DRIABE, 1993).

São exemplos de formas de atuação estatal referentes ao período a criação do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) e a instituição de programas de habitação popular com o Banco Nacional de Habitação (BNH). Em ambos os casos não há participação democrática ou escopo de real inclusão social, mas apenas a manutenção da ordem pelo controle da classe trabalhadora (GOMES, 2006).

Na década de 70 mais uma vez o país vivenciou a expansão do sistema de bem-estar já firmado. Após, já na década de 80, em grande parte face à conjuntura econômica internacional, o que se verificou foi a retração dos programas protetivos, com cortes de gastos e adoção de políticas neoliberais. São, respectivamente, as fases de “expansão massiva” e “reestruturação conservadora” (DRIABE, 1993).

Com o fim do regime militar e o início da democratização do país, pode-se afirmar que teve início uma total ruptura quanto aos paradigmas de aplicação do Welfare State no Brasil. Como se verá adiante, o embasamento democrático e a adoção de direitos

fundamentais decorrentes do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, traços marcantes incorporados ao ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988, propiciaram uma profunda mudança não apenas quanto ao modo de prestação e alcance dos benefícios, mas principalmente quanto ao próprio conceito de bem-estar social.

4.2 O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 não brotou da manifestação de vontade de um ditador. Ela também não foi imposta por um seletivo grupo detentor de poder, nem surgiu de um desejo de legitimação e manutenção deste poder. A Carta de 1988 foi a concretização de um sonho democrático, nasceu de uma Assembleia Constituinte com ampla participação popular e idealizada à realização da dignidade da pessoa humana. Direitos e garantias fundamentais foram destacados como parâmetros de condução do Estado brasileiro, tornando indiscutível a necessidade de orientação das políticas públicas à sua plena efetivação.

Pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro os direitos sociais foram catalogados de modo expresso e sistematizado, em sequência às disposições acerca de direitos e garantias fundamentais. Há, assim, clara relação de conexão com estes, indicando a adoção do princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013). O artigo 6º estabelece como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Por outro lado, pode-se afirmar que a Carta de 1988 também inovou ao estabelecer um dever coletivo de proteção em face de riscos sociais, eliminando formas já consagradas de exclusão como a distinção de tratamento entre populações urbanas e rurais. Embora

mantido o viés normativo de contrato de seguro em virtude da vinculação contributiva de algumas das prestações da seguridade social, há clara adoção de um universalismo na proteção ao cidadão, fundado na dignidade da pessoa humana e igualdade democrática (STRAPAZZON; CAVALHEIRO, 2013).

O melhor exemplo desta universalidade se encontra na prestação dos serviços de saúde à população. O acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS) não depende da comprovação do exercício de atividade remunerada, de qualquer tipo de recolhimento aos cofres públicos ou da demonstração de hipossuficiência econômica do beneficiário. O direito à saúde se estende a todos, de modo indiscriminado, sendo dever do Estado promovê-la de modo preventivo e curativo.

A seguridade social, reestruturada e inteiramente redesenhada, passou a representar o novo e forte compromisso do Estado brasileiro com a proteção social. O modelo parte da premissa de direitos sociais universais como condição de efetivação da cidadania. A seguridade deixou de se ater aos conceitos de contribuição e formalidade para abarcar princípios de redistribuição e solidariedade (FLEURY, 2005).

Outro fator de orientação das políticas públicas trazido pela Constituição Federal de 1988 foi a inclusão social. Ainda que de modo tímido, o texto constitucional demonstrou que seu projeto de nação incluía o resgate de classes sociais marginalizadas, que o princípio da igualdade estaria destinado a permear a atuação do Estado em todas as esferas. Neste sentido, ainda dentro do contexto de seguridade social, a Carta eliminou e passou a vedar o tratamento desigual conferido às populações urbanas e rurais. Trabalhadores do campo e da cidade passaram a ser iguais em dignidade e direitos, sendo a eles acessíveis benefícios de saúde, previdência e assistência nas mesmas condições e em igual proporção.

Diante desta análise, pode-se afirmar que o projeto constitucional forneceu todas as bases para a implantação de um Estado de Bem-Estar universal, inclusivo, de efetiva proteção à dignidade

da pessoa humana e capaz de realizar a cidadania. São estas as principais características do modelo de Welfare State adotado no Brasil.

4.3 PERSPECTIVAS

Sobre a efetiva implantação do projeto traçado pela Constituição Federal de 1988 relativo aos direitos sociais, não existe grande controvérsia quanto à conclusão de que muito já foi feito, porém muito há que se fazer. A legislação ordinária certamente cuidou de operacionalizar grande parte dos direitos sociais constitucionalmente previstos, mas não os exauriu. Da mesma forma, a execução das políticas públicas desenhadas no ordenamento jurídico não se aperfeiçoou de modo a concretizar plenamente os valores e princípios definidos pela Carta Magna. Assim, se por um lado foram construídos postos de saúde e hospitais públicos no Brasil de norte a sul, em muitas localidades o serviço médico prestado não atende às necessidades da população local, seja pela ausência de profissionais, de equipamentos ou até mesmo de materiais básicos como algodão e seringas. Da mesma forma quanto à assistência social, que retirou milhões de pessoas da miséria degradante, mas não cumpriu seus objetivos de inserção da população excluída no mercado de trabalho, de integração social dos deficientes, de amparo aos menores carentes.

Apesar de incompleto o caminho de realização dos direitos sociais, o país vivencia, atualmente, uma forte campanha pela diminuição da atuação do Estado na seguridade social. A acentuada crise econômica que atingiu o país nos últimos meses trouxe à tona diversas proposições legislativas de cunho neoliberal, agora pertinentes ao cenário político face ao ajuste fiscal adotado pelo governo. Algumas destas medidas já foram aprovadas, implicando em cortes qualitativos e quantitativos de benefícios. É o caso do seguro-desemprego, que passou a ter regras de concessão mais rígidas, e da pensão por morte, que, antes desprovida da exigência de carência, agora passa

a exigir um período mínimo de contribuição para a implantação do benefício de forma prolongada, além da extinção parcial da “pensão vitalícia”. Outras medidas ainda podem ser esperadas, como uma possível reforma da Previdência Social, ponto que parece permanecer na agenda de cortes do governo.

É possível que os ajustes econômicos sejam apenas pontuais e que em nada se altere, quanto à essência, o modelo de Estado de Bem-Estar adotado pelo Brasil. O próprio governo defende a posição de que os cortes em direitos sociais serão isolados e transitórios, apenas direcionados à contenção de desequilíbrio econômico momentâneo vivenciado pelo país. Por outro lado, o panorama de crise pode se revelar como um trampolim para a revisão total do sistema, com a adoção de valores liberais e paradigmas restritivos da proteção social. De todo modo, apenas o tempo poderá elucidar a questão.

Quanto ao retrocesso legislativo de direitos sociais, a questão é passível de diversas críticas. Antes de qualquer análise qualitativa, é preciso frisar que as despesas em políticas públicas de cunho social não podem ser objeto de simples análise econômica. Os gastos na efetivação de direitos sociais não devem ter uma avaliação puramente contábil, vez que tal medida implicaria em aceitar que todos os gastos estatais possuem a mesma relevância e o mesmo valor, independentemente de seus objetivos e resultados (CRUZ; OLIVIERO, 2014). Assim, por exemplo, sob este prisma, a pintura de prédios públicos teria a mesma importância conferida à manutenção de uma UTI neonatal.

Ainda quanto ao argumento econômico, a experiência internacional revela que os investimentos em direitos sociais, mesmo em quando realizados em períodos de crise, podem trazer importantes contribuições à estabilização econômica. Neste sentido, a Recomendação n. 202 da Organização Internacional do Trabalho OIT, apresenta o fomento securitário como resposta ao avanço da inflação, recessão e desemprego. O documento também expõe a ideia de que seguri-

dade possui dupla função: como direito humano, é capaz de reduzir a pobreza, a desigualdade, a exclusão e insegurança social; como planejamento econômico impulsiona o desenvolvimento e o progresso, fomentando o emprego formal e servindo de instrumento à estabilização do mercado (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2012).

As reformas neoliberais não são novidade no terreno das políticas públicas. Desde a década de 80 compõem a agenda de muitos dos países do eixo ocidental. Uma das nações a adotar de forma icônica a política neoliberal como norteadora das despesas de Estado foi a Inglaterra. Em especial durante o período de atuação da Primeira-ministra Margaret Thatcher, a Inglaterra vivenciou profundas restrições em direitos sociais, acompanhadas de privatização em massa. O plano pretendia trazer desenvolvimento econômico e prosperidade, mas acabou por aumentar as taxas de desemprego e acentuar as desigualdades sociais. Assim, até mesmo os críticos da social-democracia tiveram de reconhecer que a equidade é um valor essencial para uma sociedade estável (GRAY, 2008).

O ordenamento jurídico brasileiro também possui exemplos do fracasso de ajustes contábeis em matéria de proteção social. O chamado Fator Previdenciário foi instituído em 1999 como uma pretenha resposta ao déficit do sistema de Previdência Social. Estruturou-se sob a forma de uma equação aplicada ao salário-de-benefício, de modo a reduzi-lo e diminuir os gastos do governo com o pagamento de aposentadorias, em especial aquelas concedidas precocemente. Porém, passados mais de dez anos de sua implementação, não se concretizou o almejado equilíbrio financeiro do sistema securitário, que ocorreria mediante desestímulo às aposentadorias precoces.

O governo admite que o fator previdenciário não cumpriu seu objetivo principal de postergar a aposentadoria dos trabalhadores do Regime Geral da Previdência Social e que essa base de cálculo reduz em mais de 30% o valor final do benefício. O Executivo também não possui

uma alternativa consolidada ao fator previdenciário. Esse diagnóstico foi apresentado, nesta terça-feira (27), pelo diretor do Regime Geral do Ministério da Previdência Social, Rogério Costanzi, em audiência pública sobre o assunto, promovida pelo Grupo de Trabalho Câmara Negociação-Desenvolvimento Econômico e Social e pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. Segundo o diretor, mesmo com o fator previdenciário, criado em 1999, o governo não conseguiu ampliar a idade média da aposentadoria, que se estabilizou em 54 anos entre os homens e em 51 anos entre as mulheres desde 2002. “Temos observado que, em geral, as pessoas ao completarem os 35 (homens) ou 30 anos (mulheres) de contribuição preferem se aposentar, mesmo sabendo que vão ter um desconto que pode chegar a mais de 30% no valor do benefício. Esses cidadãos preferem acumular salário no curto prazo [trabalhando depois de se aposentar], mas geram um problema para o futuro, quando efetivamente perderem sua capacidade de trabalho e forem obrigados a viver com uma aposentadoria menor do que teriam se adiassem a saída do serviço”, explicou Costanzi, reforçando que o Executivo não tem uma proposta consensual para reverter a situação. (GOVERNO..., 2012).

A constatação leva a outro problema dos cortes nas políticas sociais. A economia realizada às custas de cerceamento de direitos e desamparo a riscos sociais se traduz em gastos futuros. Assim, por exemplo, o trabalhador desempregado, quando desamparado, pode acabar sendo reduzido à miséria, tornando-se dependente da atuação estatal para prover o próprio sustento e o de sua família. No caso das aposentadorias concedidas em valores reduzidos, o que se afigura é a redução do poder de compra dos aposentados, justamente em um período da vida em que os gastos com saúde se elevam. Desta forma, o poder público passa a ter de fornecer mais serviços e medicamentos de forma gratuita

nas redes de saúde, pois para um universo cada vez maior de cidadãos estes cuidados tornam-se inacessíveis na via privada.

Portanto, as análises empíricas revelam que a promoção do bem-estar social, longe de se afigurar como fonte de oneração aos cofres públicos, deve ser vista como um investimento em pessoas, e, por via oblíqua, em mercados. Os ajustes fiscais em um Estado de Bem-Estar Social não podem ignorar esta realidade.

É inegável que muitos dos modelos de Welfare State enfrentam crises, que suas instituições foram parcialmente desacreditadas diante dos mais diversos problemas, como envelhecimento da população, queda nas taxas de natalidade, crises econômicas e até mesmo ondas migratórias populacionais. Muitos dos estados do bloco europeu passaram a vivenciar de modo mais acentuado esta realidade após a crise financeira deflagrada em 2008. Porém, a revisão destes modelos, quando efetivamente necessária, deverá passar pela análise das demandas sociais, das expectativas e necessidades de cada população, considerados seus aspectos culturais e econômicos.

Os problemas “endógenos” do *welfare state* se originam na crescente discrepância entre o modelo dos programas atuais e as demandas sociais. Isso se dá em grande parte porque tal modelo foi informado por uma ordem social que não é mais predominante. O ponto de referência para os ideais de universalismo e igualdade do *welfare state* estava na existência de uma classe operária industrial relativamente homogênea. A diferenciação das ocupações e do ciclo de vida que caracteriza a sociedade pós-industrial implica necessidades e expectativas mais heterogêneas. A grande incerteza profissional, as demandas por maior flexibilidade, as mudanças nos arranjos familiares e no emprego feminino fazem com que os cidadãos enfrentem riscos também mais diversificados. (ESPING-ANDERSEN, 1995).

Uma nova sociedade importa em novos riscos. A cobertura da proteção estatal deve atentar para estas reformulações, principalmente considerando a velocidade das mudanças em uma era globalizada.

Con las transformaciones estructurales de las últimas décadas en las sociedades y economías globales, un nuevo escenario de riesgos sociales se diseminó -- riesgos a los cuales están expuestos individuos y grupos como resultado de la forma específica de organización de la vida social en la sociedad en la que viven. Y si es verdad que ese escenario es más crítico en las economías avanzadas, también lo es que cambios profundos se han procesado en dirección similar en aquellas menos desarrolladas. En cualquier caso, estos nuevos riesgos dejan atrás el viejo contexto de contingencias que motivó al Estado de bienestar de la pós-guerra. (KERSTENETZKY, 2014).

Espera-se, assim, que as futuras reformas quanto ao plano de bem-estar brasileiro não se traduzam na eliminação do Welfare State, mas sim na releitura de sua essência, de modo a aprimorar o projeto constitucional e priorizar a realização da dignidade da pessoa humana e a inclusão democrática.

5 CONCLUSÃO

O sistema de Welfare State surgiu como resposta aos reflexos perversos do livre mercado, perante o qual o Estado permanecia inerte, ignorando o aniquilamento de grupos sociais hipossuficientes e marginalizados. Apesar de um começo tímido, o modelo acabou se traduzindo em uma verdadeira revolução quanto às funções do Estado, que passou de mero expectador das relações sociais para agente

de efetivação da igualdade real. Aos direitos sociais passaram a corresponder deveres do Estado de promoção do bem-estar coletivo e individual.

A forma de atuação estatal para a garantia do bem-estar possui as mais variadas configurações. Classificações doutrinárias indicam diversos níveis de proteção adotados pelos países, seja quanto ao universo de cidadãos abrangidos, seja quanto ao número de benefícios oferecidos e seu valor.

Da análise histórica do modelo de Estado de Bem-Estar brasileiro se observa que as primeiras tentativas neste sentido possuíam escopos antidemocráticos, de controle de massas e legitimação do poder de governos ditatoriais. É evidente que a implantação de serviços públicos nas áreas de saúde e de educação, bem como a instituição de planos de previdência e de habitação, trouxeram importantes avanços e considerável proteção ao povo brasileiro. Porém, as medidas não foram suficientes à promoção da redução da desigualdade social e inclusão de grupos discriminados, como os trabalhadores rurais.

Apenas com a Constituição Federal de 1988 é que o Estado de Bem-Estar assumiu contornos democráticos, voltando-se à realização da dignidade da pessoa humana de forma plena. O texto constitucional consagrou o universalismo frente a algumas das prestações sociais, eliminou desigualdades entre populações urbanas e rurais e instituiu de forma definitiva o dever do Estado de assegurar um mínimo à existência digna das populações hipossuficientes.

O projeto de bem-estar instituído pela Constituição Federal ainda não se realizou de modo exauriente. Apesar dos notáveis avanços experimentados nas últimas décadas e da inclusão social de milhares de brasileiros que deixaram a miséria e o isolamento, os serviços de saúde, educação e assistência, por exemplo, ainda carecem de forte empenho para sua execução e aperfeiçoamento. Não se pode falar, portanto, de um Estado de Bem-Estar pronto e acabado, mas sim de um modelo ainda em desenvolvimento.

Apesar do inegável espírito de promoção social da Constituição brasileira atualmente vigente, recente cenário de crise econômica vem trazendo à pauta projetos de inspiração neoliberal de cortes em direitos sociais. O país parece caminhar para a reformulação de algumas de suas instituições, como a Previdência Social. Além da contestável eficácia de tais medidas restritivas, dada a profusão de fracassos internacionais na adoção de semelhantes ajustes, o intento desperta forte preocupação quanto à sua constitucionalidade. A Carta de 1988, em sua essência, define como dever do Estado promover o progressivo desenvolvimento humano, não abrindo espaço para retrocessos em direitos e garantias fundamentais. O Estado contemporâneo existe para o homem e em função dele, não sendo admissível a afirmação em sentido inverso.

Neste sentido, a extirpação, ainda que parcial, dos mecanismos de proteção social, implica não apenas em indesejável regresso histórico a tempos negros de ditadura e autoritarismo vivenciados pelo país, mas também à negação de um projeto constitucional de um Estado de Bem-Estar que foi fruto de ampla participação democrática via Assembleia Constituinte e que concretizou o sonho de um Brasil mais humano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO; Maurizio. Reflexões sobre a crise financeira internacional e o Estado de Bem Estar. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 2, maio/ago. 2014.

DRIABE, Sônia Miriam. *O Welfare State no Brasil: características e perspectivas*. Campinas: Unicamp, 1993. (Caderno de Pesquisa, n. 8).

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. *Lua Nova*, n. 24, set. 1991.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. O futuro do *welfare state* na nova ordem mundial. *Lua Nova*, n. 35, 1995.

FLEURY, Sonia. *A seguridade social e os dilemas da inclusão social*. Rio de Janeiro: RAP, 2005.

GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 2, 2006.

GOVERNO admite que fator previdenciário não conseguiu adiar aposentadorias. *Agência Câmara de Notícias*, 27 mar. 2012. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/41_2994_-GOVERNO_-ADMITE_-QUE_-FA-TOR_-PREVIDENCIARIO_-NÃO_-CONSEGUIU_-ADIAR_-APOSENTADORIAS.html>. Acesso em: 31 maio 2015.

GRAY, John. *Jogos Finais*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Ed. Unesp, 2008.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. ¿Del estado de bienestar Keynesiano al estado de bienestar Shumpeteriano? Uma agenda socialdemocrata para el siglo XXI. In: CORDERA, Rolando Cordera; FUENTES, Mario Luis; FLORES, Margarita (Org.). *Sexto Diálogo Nacional por un México Social*. Ciudad de Mexico: Ed. UNAM, 2014.

MACGREGOR, Suzanne. *Welfare: theoretical and analytical paradigms*. Geneva: UNRISD, 2014.

MORENO, Luis. *Introdução*. In: ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Fundamentos sociales de las economías posindustriales*. Barcelona: Ariel, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação 202*. Genebra, 2012. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/recomendacao_202.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. Nova fase da seguridade social no Brasil: recomeço. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA; Mercè Barcelò i (Org.). *Direitos fundamentais em Estados Compostos*. Chapecó: Ed. Unoesc, 2013.

OS PROGRAMAS DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA: INTERSETORIALIDADE E CONTINGÊNCIAS SOCIAIS

Tatiani Azevedo Lobo*
Marli Marlene Moraes da Costa**

RESUMO

O presente ensaio busca apresentar e fomentar questões pertinentes à construção de políticas públicas efetivas no aplainamento das desigualdades sociais. O primeiro tópico do artigo aborda a justiça como equidade como uma escolha viável para desenvolver uma sociedade justa e igualitária, expondo a filosofia política rawlsiana sobre as condições básicas de vida digna (mínimo social) e atribuindo aos programas de transferência de renda a função de realizar a terraplanagem precedente à construção da justiça distributiva. A seguir, apresentam-se os programas de transferência de renda na América Latina e sua intersectorialidade com programas de intermediação laboral, apontando que o desenvolvimento dessa espécie de política pública é responsável pela elevação social de milhões de famílias que deixaram a extrema pobreza, mas ineficiente na intermediação com o mercado de trabalho. Por fim, aponta-se as especificidades do programa de transferência de renda brasileiro, bem como o papel do Estado Social no século XXI, trabalhando os conceitos de rendas de substituição e de transferências monetárias. Conclui-se, assim, a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas ao nivelamento inicial, justificando sua imperatividade no contexto social dos países latino-

* Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul; Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense; Advogada; tatianilobo@hotmail.com

** Pós-Doutora em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Burgos/Espanha; Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora do Curso de Direito da Fundação Educacional Machado de Assis; Avenida Getúlio Vargas, 1200, Vila Nova Santana, 19807-130, Assis, São Paulo, Brasil; marlimmdacosta@gmail.com

-americanos, especialmente no Brasil, bem como a reestruturação dos programas de intermediação laboral que propiciem a autonomia das famílias por meio do trabalho digno. Para tanto foi utilizado neste trabalho o método de abordagem hipotético-dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa, operacionalizados por meio do emprego de vasta pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Programa Bolsa Família. Intersetorialidade. Programas de transferência de renda. América Latina.

1 INTRODUÇÃO

Os anseios sociais diante de um programa de governo que promete concretizar o objetivo constitucional de erradicação da pobreza são permeados por um ceticismo justificável, haja vista todas as tentativas infrutíferas que ocorreram ao longo da história das políticas públicas brasileiras, que utilizavam a pobreza como perpetuadora dos males advindos do assistencialismo e do fisiologismo.

Entretanto, o Programa Bolsa Família (PBF) demonstrou ser extremamente eficaz ao retirar milhões de famílias da condição de extrema vulnerabilidade para uma certa autonomia orçamentária resultante da transferência de renda. Apesar de, em um primeiro momento, aparentar ser uma política de tratamento da pobreza igual a tantas outras, os indicadores sociais apontam em uma direção distinta: o Brasil saiu do mapa da fome da ONU. Com isso, é possível vislumbrar uma chance real de desenvolvimento humano no cenário nacional, passando da garantia estatal de condições de sobrevivência, com políticas públicas de socorro imediato, para a atuação intersetorial do Estado em prol de uma distribuição justa e igualitária de bens sociais, com planos elaborados a médio e longo prazo que permitam que cada pessoa possa ter a oportunidade de realizar seu projeto de vida.

Dessa forma, iniciar-se-á o artigo abordando quais são as condições materiais básicas de uma sociedade justa. Com esse objetivo, expor-se-á a filosofia política rawlsiana sobre as condições

necessárias para uma vida digna, resultando na ideia de mínimo social, que, por sua vez, determina que uma sociedade só será justa se houver uma distribuição equitativa dos bens primários. Contudo, antes mesmo dessa partilha, é necessário garantir às pessoas, em sentido político, condições materiais mínimas, representando um estado pré-existente e imprescindível para a posterior distribuição dos bens sociais. Nessa esteira, atribuir-se-á aos programas de transferência de renda a função de realizar essa terraplanagem precedente à construção da justiça distributiva rawlsiana.

A seguir, apresentar-se-ão os programas de transferência de renda, os quais são responsáveis pela elevação das condições materiais mínimas das famílias na América Latina, especialmente no Brasil, no Chile e na Argentina. Assim, demonstra-se que a estratégia estatal tem obtido êxito nos indicadores sociais mais importantes, como os relativos à saúde, educação e mortalidade infantil. Pensando nisso, evidenciar-se-á que a continuidade no caminho da justiça social importa em ultrapassar uma visão meramente material para uma alternativa que proporcione condições políticas para que as pessoas realizem seus projetos de vida. Nessa perspectiva, torna-se imprescindível a cooperação entre órgãos estatais distintos a fim de proporcionar a autonomia do cidadão por meio da intersectorialidade entre os programas de transferência de renda e os programas de qualificação e intermediação profissional.

Por fim, demonstrar-se-á que o desenvolvimento dessa espécie de política pública, no caso brasileiro, culminou com a criação do Programa Bolsa Família, afastando de forma imediata milhões de famílias da condição de vulnerabilidade advinda da extrema pobreza. Nessa óptica, abordar-se-á o papel do Estado Social no século XXI, trabalhando os conceitos de rendas de substituição e de transferências monetárias. Além disso, apresentar-se-ão os números da pobreza no cenário mundial a fim de demonstrar que o aumento da regulação

estatal se justifica, uma vez que políticas liberais são incompatíveis com um cenário de extrema vulnerabilidade social.

2 AS CONDIÇÕES MATERIAIS BÁSICAS DE UMA SOCIEDADE JUSTA

O engajamento social para alcançar o objetivo constitucional de erradicação da pobreza emana, essencialmente, de uma perspectiva moral que determina que tolerar que indivíduos vivam forçadamente em um estado de miséria não condiz com uma sociedade justa e igualitária. Assim sendo, com o intuito de ultrapassar a esfera moral do tema, elevando-o a uma construção política complexa, importa argumentar que a justiça social, compreendida como distribuição igualitária dos bens advindos do sistema de cooperação social, parte de uma condição pré-existente e imprescindível: as pessoas devem ter o mínimo de condições materiais para que possam participar ativamente da cooperação social.

Segundo Sen (2011), a melhora de vida das pessoas e o fortalecimento de suas liberdades não dependem somente do aumento da renda, da industrialização e da modernização, fenômenos típicos do desenvolvimento atual, estes fatores são apenas meios e não o fim. O verdadeiro objetivo pretendido encontra-se na gradativa melhora de vida obtida através do desenvolvimento das capacidades de agente do sujeito. Fatores como a disposição social e econômica, serviços de saúde e educação; e os direitos civis, maior liberdade política, aparecem como base de crescimento das liberdades individuais.

Nesse sentido, a construção de uma teoria da justiça, referenciada pelo liberalismo igualitário rawlsiano, desenvolve a ideia de justiça como equidade, cuja meta é fornecer uma base filosófica e moral razoável para as instituições democráticas. A ideia central dessa concepção de justiça é a de construir uma sociedade como um sistema equitativo de cooperação social que se perpetue de uma geração para outra, formada de cidadãos livres, com direitos básicos

iguais em um sistema econômico igualitário, instituída sob a forma de Estado Democrático de Direito (*sociedade bem ordenada*) e refletindo um pluralismo razoável de teorias morais abrangentes (*consenso sobreposto razoável*). Trata-se, portanto, de uma concepção política e pública de justiça (CORDEIRO, 2012).

Por conseguinte, a justiça como equidade apresenta dois princípios que permearão a estrutura básica da sociedade: a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos; e b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença). O primeiro princípio tem precedência sobre o segundo e, neste, a igualdade equitativa de oportunidades tem precedência sobre o princípio da diferença (RAWLS, 1997).

Ressalte-se, que essa teoria da justiça apresenta todo um procedimento, com mecanismos ligados à imparcialidade (véu da ignorância) e à racionalidade das partes (equilíbrio reflexivo) na chamada posição original, que resulta nos princípios de justiça supracitados. Contudo, importa compreender quais são os indivíduos que Rawls admite que participem dessa construção filosófica. Assim, a concepção rawlsiana dispõe que pessoa é aquela que possui duas capacidades: capacidade de ter um senso de justiça e capacidade de ter uma concepção de bem (WEBER, 2013).

Por esse ângulo, os atributos dessa potencial personalidade moral constituem uma condição para que as partes sejam admitidas na posição original. Nessa linha, o direito abstrato à igual consideração e respeito figura como pressuposto básico da justiça como equidade. Cuida-se de um direito natural devido aos seres humanos como pessoas

morais, e não em virtude de outras circunstâncias, como a condição social, méritos ou características pessoais (CORDEIRO, 2012).

Com efeito, a fim de garantir a equidade do procedimento de escolha dos princípios da justiça e assegurando as liberdades fundamentais em detrimento do bem comum, é necessário pressupor que as pessoas disponham de um mínimo de condições materiais como requisito prévio. Este mínimo material é apresentado por Rawls como *social minimum* (mínimo social).

O alcance desse mínimo social está no fato de que ele deve ser capaz de suprir as necessidades básicas dos cidadãos, apresentando-se como um elemento constitucional essencial, assim como o são os direitos e liberdades fundamentais de que trata o primeiro princípio da justiça. Destaque-se que há uma precedência léxica do mínimo social em relação ao primeiro princípio da justiça, ao menos no que diz com as condições materiais necessárias para que o cidadão entenda e seja capaz de exercer plenamente aqueles direitos e liberdades fundamentais. Simplificando, a teoria de Rawls apresenta um princípio lexicamente anterior ao primeiro princípio da justiça: a garantia de satisfação do mínimo existencial (CORDEIRO, 2012).

Por essa acepção, compreende-se que abaixo de certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos e, menos ainda, como cidadãos iguais (WEBER, 2013).

A obrigação do Estado está relacionada à necessidade de se assegurar a liberdade real. Logo, o sucesso do procedimento de Rawls para atingir uma sociedade bem ordenada depende da garantia estatal dessa condição pré-determinada (CORDEIRO, 2012).

Com o intuito de relacionar a ausência de condições materiais mínimas e a pobreza, importa referir o argumento de que nem sempre a pobreza, apesar de ser um fator limitador da liberdade individual, implica uma violação da dignidade. No entanto, resta configurada essa violação sempre que a pobreza resultar em exclusão

e déficit efetivo de autodeterminação, o que se verifica quando as pessoas são forçadas a viver na pobreza e na exclusão em função de decisões tomadas por outras pessoas no âmbito dos processos políticos, sociais e econômicos (SARLET, 2015).

A atuação estatal, portanto, repousa na garantia de um mínimo social por meio de benefícios familiares, transferências especiais em casos de doença ou através de dispositivos como a complementação progressiva de renda, denominada imposto de renda negativo (CORDEIRO, 2012).

No Brasil, a Constituição da República de 1988 não proclama, de forma expressa, o direito ao mínimo existencial. O mínimo existencial decorre da proteção à vida e se apresenta como exigência da dignidade da pessoa humana, implicando um complexo de direitos fundamentais que garanta a todos as condições existenciais mínimas para uma vida saudável e que lhes propicie a participação ativa nos destinos da própria existência e da vida em sociedade (SARLET, 2015).

Por outro lado, interessa destacar que o mínimo existencial trabalha com a ideia de vida digna e, portanto, não pode ser confundido com o mínimo de sobrevivência. Nessa esteira, uma estratégia estatal minimalista, focada na sobrevivência, não é uma alternativa válida em uma sociedade que reverencia a dignidade da pessoa humana, o que implica conferir sentido próprio e especial ao conceito de vida humana. De outro modo, poderiam ficar excluídos da esfera de proteção do mínimo existencial os idosos e os doente terminais, por exemplo, hipótese que sequer poderia ser cogitada. Além disso, a linha divisória seria desenhada em um nível tão baixo que ficaria na fronteira entre a morte e a quase vida, pois, como já ficou demonstrado pelas experiências nos campos de concentração nazistas, o animal humano consegue sobreviver em situações de extrema privação (CORDEIRO, 2012).

Por essas razões, o mínimo existencial não pode ser reduzido ao que se tem denominado de *mínimo vital* ou a um *mínimo de*

sobrevivência, caso essas expressões signifiquem a garantia da vida humana sem necessariamente abranger as condições para uma vida com certa qualidade. Torna-se imprescindível a garantia de um padrão de vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana (CORDEIRO, 2012).

Diante disso, os parâmetros gerais para delimitação do conteúdo do mínimo existencial variam conforme a teoria da justiça que se adota. Sob a perspectiva rawlsiana da equidade na distribuição dos recursos, é apresentado um índice de bens primários, que são meios gerais úteis para alcançar uma variedade de fins, ou seja, quaisquer recursos que sejam em geral úteis para as pessoas obterem o que desejam, realizem seus projetos de vida, por mais variados que possam ser (SEN, 2011).

Os bens primários, simplificando, são as coisas essenciais para que as pessoas realizem o seu projeto racional de vida, aí incluídos direitos, liberdades, oportunidades, condições sociais, assim como meios que sirvam de instrumento para qualquer fim, tudo suportado pelas mesmas bases sociais do autorrespeito e considerando as exigências sociais e as circunstâncias normais da vida humana numa sociedade democrática. Rawls supõe que, uma vez aceitos os pressupostos e as ideias subjacentes à sua concepção política de justiça, é possível chegar a um entendimento político sobre o que deveria ser publicamente reconhecido como as necessidades básicas dos cidadãos (WEBER, 2013).

A lista de Rawls é composta de cinco categorias de bens primários: direitos e liberdades básicas; liberdade de movimento e livre escolha de ocupação entre diversas oportunidades; poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade em instituições políticas e econômicas da estrutura básica; renda e riqueza; e as bases sociais de autorrespeito. Uma sociedade justa e boa, na visão de Rawls, promove uma distribuição equitativa de quinhões de bens primários entre seus membros (RAWLS, 2000).

Assim sendo, percebe-se que a lista de bens primários abrange mais do que bens materiais, mas também a garantia de que as

pessoas terão oportunidade de participar da estrutura básica da sociedade. A justiça como equidade é, portanto, uma teoria política de justiça, uma vez que aponta já no mínimo existencial a necessidade de preparo intelectual das pessoas para que sejam aptas a participar ativamente da cooperação social. As condições materiais mínimas, nessa teoria, compõem o preparo inicial, a terraplanagem para principiar a construção da justiça social.

Nesse sentido, o próximo tópico abordará a ação estatal por meio de programas de transferência de renda, os quais são responsáveis pela redução significativa da pobreza e da extrema pobreza na região, mas contingenciadas na promoção da autonomia do cidadão por meio da intermediação laboral.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS APLANADORAS: OS PROGRAMAS DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA NA AMÉRICA LATINA E SUA INTERSETORIALIDADE

Historicamente, a atuação positiva do Estado na efetivação dos direitos sociais fundamentais advém do paulatino afastamento do ideal do Estado Liberal. Isso porque, observou-se a imperiosa necessidade de intervenção estatal para a garantia de direitos sociais básicos. Com isso, ascendeu o chamado Estado do Bem-Estar Social e da Justiça Social, uma vez que em acordo com as novas expectativas sociais.

Outrossim, a preocupação com o bem-estar do indivíduo trouxe à sociedade a necessidade de materialização dos direitos conquistados no Estado Liberal. Diante das crises econômicas mundiais ocorridas nas três primeiras décadas do século XX, os direitos políticos e civis preconizados pelo Liberalismo passaram a ser insuficientes ao anseio social por igualdade. Nesse contexto, o novo paradigma social foi melhor abarcado pelo conceito de Estado Social (CITTADINO, 2004).

Assim, em virtude do fracasso do Estado Liberal, que não logrou concretizar materialmente as conquistas formais e abstratas

da liberdade e, sobretudo, da igualdade, ocorreu a ascensão do Estado Social. Nesse contexto, surgem os direitos de segunda dimensão, caracterizados por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras, revelando uma transição das liberdades formais abstratas, conquistadas pelo liberalismo, para as liberdades materiais concretas (SARLET, 2001).

No Brasil, seguindo a linha das constituições contemporâneas, a Constituição da República de 1988 (CR/1988) dispõe em seu art. 3º que a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais são objetivos fundamentais da República, atribuindo-lhes um caráter prioritário nas políticas estatais (BARROSO, 2012).

As políticas públicas latino-americanas de enfrentamento da pobreza foram objeto de diversos artigos científicos e pesquisas mais completas. Em 2010, o Banco Mundial confeccionou um relatório completo sobre o tema. Por meio desse estudo regional maior, chefiado por Lindert, Skoufias e Shapiro, ao longo do ano de 2006, começaram as primeiras investigações sobre os resultados redistributivos de 56 políticas públicas de transferência de renda adotadas em oito países na América Latina e no Caribe: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, República Dominicana, Guatemala, México e Peru.

Assim, verificou-se que esses tipos de programas de transferência de renda condicionada são os melhores instrumentos de proteção social e redistribuição de renda do que outros modelos assistenciais, especialmente em um ambiente econômico de aumento da competição por recursos públicos.

Third, within social assistance, conditional cash transfers result in higher social welfare (DCIs) than other types of cash or food based transfers. On average, the net DCI (combined targeting and sizing components) for CCTs is 2.1, as compared with 1.4 for school feeding programs, 0.9 for both other feeding and other cash

transfers, and 0.4 for scholarships. These results hold for various degrees of “concern for inequality” (various values of epsilon). (THE WORLD BANK, 2010, p. 902).

Com efeito, o estudo do Banco Mundial ainda apontou que as políticas sociais em países da América Latino e Caribe evoluíram na última década. Essas políticas, em geral, possuem as seguintes características: mais fortes redes de segurança social que visam recursos para os pobres e programas de transferência condicionada com investimentos em capital humano.

A provável causa dessa evolução das políticas públicas na região seria a experiência adquirida durante os anos anteriores, demonstrando que a abordagem às redes de segurança pode ser mais sustentável, pelo menos, fiscalmente, do que os subsídios generalizados a bens e serviços como um instrumento de política social para a proteção contra a pobreza.

Outrossim, os principais instrumentos adicionais de política social para o alívio da pobreza e redistribuição de renda incluem os programas de transferência de renda condicionada, como o Oportunidades, no México, *Familias en Acción*, na Colômbia, o Bolsa Família no Brasil e outros programas relacionados no Equador, Nicarágua, Honduras, Peru e Chile, que combinam redistribuição de renda com incentivos para o investimento das famílias em educação, saúde e nutrição (THE WORLD BANK, 2010).

A proteção social formulada sob uma perspectiva de efetivação de direitos possibilita a criação de um círculo virtuoso responsável pela inserção de pessoas advindas de famílias pobres e vulneráveis no mercado laboral. Tal aceção se dá por meio do fortalecimento do capital social, em especial das crianças, que integrarão uma futura força produtiva de trabalho mais capacitada, rompendo o ciclo de pobreza intergeracional. Com efeito, aliando-se essa evolução social a fatores como o crescimento das capacidades econômicas locais de

gerar emprego, o resultado será um significativo crescimento dos indicadores de desenvolvimento humano (CEPAL, 2014).

Contudo, a realização desse ciclo virtuoso só será possível se houver uma articulação entre os programas de transferência de renda e outros programas estatais que objetivem oportunizar a jovens e adultos que vivem em condições de pobreza a melhoria de suas capacidades e possibilidades de inclusão no mercado laboral.

No Brasil há uma integração entre o PBF e o Pronatec, responsável pela articulação e encaminhamento de pessoas em situação de pobreza e vulnerabilidade ao mercado de trabalho mediante ações de acesso a qualificação profissional e intermediação com o setor produtivo. Assim, por meio de um convênio entre o Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério do Desenvolvimento Social é possível facilitar a colocação no mercado de trabalho dos beneficiários do PBF com idade laboral, por meio do cadastro no Sistema Nacional de Emprego (SINE) (CEPAL, 2014).

No Chile, o *Sistema Chile Solidario* também é responsável pela intermediação entre trabalhador e empresa, contando com qualificação profissional por meio das *Oficinas Municipales de Intermediación Laboral (OMIL)* e do *Programa de Formación, Capacitación y Empleo (PROFOCAP)*. Além disso, o gestor local realiza o acompanhamento social dos beneficiários, bem como a coordenação da oferta de empregos em cada região (CEPAL, 2014).

A Argentina, por sua vez, tem o *Seguro de Capacitación y Empleo* e o *Programa Jóvenes con Más y Mejor Trabajo*. Por meio desses programas sociais os destinatários recebem um valor mensal e têm acesso a serviços de qualificação profissional, orientação para buscar empregos, bem como intermediação para acessar as vagas ofertadas pelo mercado (CEPAL, 2014).

Contudo, todos esses programas de intermediação laboral são deficitários, sendo incapazes de cumprir os fins para os quais foram destinados. No Brasil, destaca-se a baixa infraestrutura e efetivi-

dade do SINE, uma vez que não consegue incluir as pessoas que vivem em condições de pobreza no mercado de trabalho. No caso chileno, as OMIL se encontram em uma situação precária, tanto nas condições materiais como na falta de pessoal especializado para realizar a função do órgão, também sendo ineficaz na intermediação laboral de trabalhadores com baixas qualificações. O mesmo ocorre com a intermediação de trabalhadores de baixa renda na Argentina: ineficiência, inadequação estrutural e insuficiência de recursos humanos para melhorar o atendimento (CEPAL, 2014).

Assim sendo, os programas de transferência de renda constituem um dos mecanismos mais eficazes no tratamento da pobreza, sendo responsáveis pelo afastamento imediato de milhões de famílias das condições de extrema pobreza. Contudo, compreende-se que as condições materiais por si só são incapazes de proporcionar uma distribuição justa dos bens sociais. A cooperação entre setores estatais distintos é imprescindível para a emancipação dos beneficiários aptos ao trabalho. Nesse sentido, o tópico a seguir estabelecerá os desafios desse modelo de política pública no Brasil, relacionando-o com o tratamento das vulnerabilidades sociais ligadas à pobreza e às desigualdades sociais no âmbito do Estado Social no século XXI.

4 AS ESPECIFICIDADES DO PROGRAMA DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA NO BRASIL

No Brasil, a partir da década de 1990, houve um aprimoramento na elaboração de políticas de combate à pobreza, principian-do programas governamentais de transferência de renda para famílias economicamente vulneráveis.

Para Draibe (1998), as origens de tais programas remontam a iniciativas locais, como as encontradas no Distrito Federal e em municípios como Vitória, ES, Campinas, SP e Ribeirão Preto, SP, objetivando combater a pobreza, especialmente através da eliminação do

trabalho infantil e do aumento do nível de escolaridade de crianças e adolescentes. São experiências bastante diversas no que se refere a critérios de seleção, valor do benefício e formas de operação, entre outros, compartilhando uma grande riqueza em termos de inovações institucionais.

Ressalte-se, que as políticas públicas de combate à pobreza levavam em consideração que o indivíduo deveria ser beneficiado, não trazendo consigo outras condicionalidades. Tendo em vista a ineficácia desse foco individual, para Meyer, Klein e Fernandes (2012), o Estado passou a beneficiar a família nas políticas e programas de combate à pobreza. Assim, ela tem sido posicionada tanto como “origem” quanto como instância de resolução de problemas sociais e econômicos de países pobres e em desenvolvimento.

Torna-se relevante destacar que, na teoria da justiça rawlsiana, a família é concebida como uma das estruturas sociais que devem atentar para os princípios resultantes do procedimento estabelecido na posição original. Tal perspectiva, eleva a família a um patamar de proteção social, saindo da esfera tradicionalmente privada (RAWLS, 2005).

Retomando a evolução dos programas sociais de combate à pobreza, a crise de efetividade dos direitos sociais e o foco nas famílias são preponderantes para principiar a análise do atual programa federal de transferência de renda, o PBF. O PBF surgiu em 2003, com a Lei n. 10.836/2004, a qual reuniu quatro programas federais criados entre 2001 e 2002, quais sejam, o programa nacional de renda mínima vinculada à Educação (Bolsa Escola), o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA), o programa nacional de renda mínima vinculada à saúde (Bolsa Alimentação) e o programa Auxílio-Gás (BRASIL, 2014).

A lei n. 10.836/2004 dispõe sobre as regras de implantação, valores dos benefícios, famílias que serão contempladas e as condicionalidades do PBF. Com efeito, o PBF abarca famílias consideradas

na extrema pobreza e o critério adotado, em 2014, é a renda per capita mensal igual ou inferior a R\$ 77,00. O valor pago por gestante, nutriz, criança ou adolescente de até 15 anos de idade é de R\$ 35, até o limite de R\$ 175 mensais por família. Já o benefício para o adolescente de até 17 anos é de R\$ 42 mensais, até o limite de R\$ 84 mensais por família. O valor médio do benefício das famílias em situação de extrema pobreza é de R\$ 242 (BRASIL, 2014).

O número de beneficiados pelo programa era de 13,3 milhões de famílias em dezembro de 2011, com benefício médio de R\$ 120,19 por mês. Com o processo de expansão contínua, ao final de 2013, foram 13,8 milhões de famílias beneficiárias, sob um orçamento anual de R\$ 14 bilhões.

O Brasil adota o critério de renda, utilizando como parâmetro para a “linha da extrema pobreza” o estabelecido pelo Banco Mundial, qual seja o valor inferior a US\$ 2,00 *per capita*/dia. Observe-se que o valor inferior a US\$ 1,00 *per capita*/dia é considerado como “linha de indigência” (THE WORLD BANK, 2013).

Além disso, as famílias beneficiadas também devem cumprir certas condicionalidades, especialmente nas áreas da saúde, da educação e da assistência social. As condicionalidades ligadas à área da educação são: matricular as crianças e adolescentes de 6 a 15 anos em estabelecimento regular de ensino; garantir a frequência escolar de no mínimo 85% da carga horária mensal do ano letivo; informar sempre que ocorrer mudança de escola e de série dos dependentes de 6 a 15 anos.

Relativamente à área da saúde, as condicionalidades das gestantes e nutrizes são: inscrever-se no pré-natal e comparecer às consultas na unidade de saúde; participar das atividades educativas ofertadas pelas equipes de saúde sobre aleitamento materno e promoção da alimentação saudável. Já as condicionalidades dos responsáveis pelas crianças menores de 7 anos são: manter atualizado o calendário de imunização; levar a criança às unidades de saúde para

a realização do acompanhamento do estado nutricional e do desenvolvimento (BRASIL, 2014).

Com isso, sem adentrar na importante discussão acerca da obrigatoriedade do cumprimento das condicionalidades, bem como no papel burocratizante que sua comprovação exerce sobre os Centros de Referência da Assistência Social (CRAS), abordar-se-á acerca da expectativa social sobre a atuação estatal no tocante à justiça distributiva, especialmente sob uma perspectiva de limitação do mercado com o fim de agregar crescimento econômico com desenvolvimento social, garantindo a sustentabilidade de modelos de políticas socioassistenciais.

O início do século XXI foi marcado pela manutenção de certas desigualdades da riqueza que os economistas pensavam que já teriam desaparecido, mas que estão prestes a voltar a seus picos históricos, ou até mesmo a ultrapassá-los, no contexto da nova economia global, a qual era portadora de imensas esperanças, como o fim da pobreza, e de enormes desequilíbrios, tanto entre indivíduos como entre países (PIKETTY, 2014).

Diante do atual contexto econômico-social, questiona-se sobre o papel do poder público na produção e distribuição das riquezas e na construção de um Estado Social adaptado ao século XXI.

Para responder a tal desafio, destaque-se a perspectiva política de pessoa na teoria rawlsiana,¹ a fim de compreender o que se espera da atuação estatal para a construção de uma sociedade justa e igualitária.

Nesse contexto, uma pessoa é alguém que pode ser um cidadão, alguém capaz de cooperar com a sociedade como um todo. Logo, os cidadãos são capazes de propor princípios equitativos de

¹ Há um claro deslocamento da perspectiva de John Rawls de sua obra *Uma Teoria da Justiça* e as atualizações da obra *Liberalismo Político*. A primeira enfoca a filosofia moral e a segunda, a filosofia política (WEBER, 2013).

cooperação e orientar sua conduta por meio deles. Tal aceção implica em ter personalidade moral, mas também significa ter dignidade. Ademais, a concepção política de pessoa é o fundamento da cidadania democrática (WEBER, 2013).

Sob essa perspectiva, é possível definir que o Estado Social possui duas categorias principais de responsabilidades sociais, as quais devem integrar o orçamento público como despesa pública de educação e saúde e das rendas de substituição e de transferência (PIKETTY, 2014).

Quanto a responsabilidade estatal vinculada à educação e à saúde, o objetivo é possibilitar a igualdade de acesso a esses bens fundamentais, garantindo, por exemplo, que toda criança deve ter acesso à formação, qualquer que seja a renda de seus pais, e que toda pessoa deve ter acesso a cuidados de saúde (PIKETTY, 2014).

A segunda responsabilidade estatal representa o que o poder público arrecada a partir de impostos e contribuições sociais e que são posteriormente transferidas na forma de rendas de substituição (pensões de aposentadoria, seguros-desemprego) e outras transferências monetárias (programas de renda mínima), de modo que a renda disponível total dos domicílios em conjunto não mude (PIKETTY, 2014).

Apesar de o gasto com saúde e educação, bem como com as rendas de substituição constituírem a maior parte das despesas públicas, são as transferências monetárias, quase insignificantes no orçamento público (cerca de 0,6% do PIB), que costumam ser contestadas. Trata-se de uma visão econômica liberal, que prega o afastamento do Estado e a liberdade de atuação do mercado, o que é incompatível com um cenário de extrema vulnerabilidade social (PIKETTY, 2014).

Nesse diapasão, é importante visualizar que todas as economias bem-sucedidas são mistas, utilizando tanto o setor público como o privado para conseguir o desenvolvimento econômico. Compreende-se que mercados e competição sozinhos não proporcionarão níveis eficientes de infraestrutura, conhecimento, gestão ambiental

e bens. Assim como isso é verdade para cada país, o mesmo vale internacionalmente. Sem cooperação, muitas economias nacionais não oferecerão níveis eficientes de investimento em infraestrutura supranacional, conhecimento, gestão ambiental ou bens de mérito entre os pobres do mundo (SACHS, 2005).

Contudo, é importante destacar que não é possível prescindir da atuação estatal, uma vez que o desafio do Estado Social do século XXI é, sem dúvida, a erradicação da pobreza. A pobreza é o maior dos flagelos que a humanidade enfrenta no início do novo milênio. Flagelo de enorme magnitude e complexidade, associada à exclusão e desigualdade social, ela se manifesta em todos os continentes, mas com rigor extremo na África, América Latina e Ásia (SCHMIDT, 2006).

Com efeito, em termos globais, os números são impressionantes: 1 bilhão de pessoas tenta sobreviver com menos de 1 dólar por dia e 2,5 bilhões com menos de 2 dólares por dia; 800 milhões de indivíduos passam fome, 8 milhões de pessoas morrem por ano em consequência da extrema pobreza, 10 milhões de crianças não chegam aos 5 anos de idade pela mesma razão, e assim por diante. A desigualdade entre os ricos e pobres é expressa na estimativa de que os 10% mais abastados usufruem 54% da renda mundial, enquanto os 40% mais pobres ficam com apenas 5% (SCHMIDT, 2006).

A transferência de renda como modelo de enfrentamento à extrema pobreza obteve vários êxitos no Brasil. Com o cadastro único da população abaixo da linha da pobreza, foi possível mapear e estudar de maneira mais precisa as verdadeiras necessidades das famílias vulneráveis. Com isso, questões como a garantia alimentar advinda da transferência de renda resultaram em inegáveis avanços sociais, sendo a redução da mortalidade infantil um dos mais importantes.

Estudo da Organização das Nações Unidas (ONU), publicado em maio de 2013, avaliou os efeitos do PBF sobre a mortalidade infantil de 2004 a 2009. O resultado da pesquisa foi que o PBF ajudou a reduzir em 17% a mortalidade geral entre crianças nos municípios

onde o programa tinha alta cobertura, sendo que esta redução foi ainda maior se considerada a mortalidade específica por algumas causas como desnutrição (65%) e diarreia (53%) (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2013).

Diante disso, compreende-se que o modelo de Estado coordenador de políticas públicas preocupadas em garantir condições básicas condizente com uma vida digna é o único possível quando pensamos em desenvolvimento humano, restando, particularmente às populações mais vulneráveis, como a única salvaguarda para sua sobrevivência digna.

5 CONCLUSÃO

A determinação sobre quais são as condições básicas de uma vida digna dependem da teoria de justiça eleita. Sob a óptica da justiça rawlsiana, distribuição dos bens primários determina se o patamar está inferior ao aceitável ou adequado. No entanto, como princípio léxico anterior à partilha dos bens primários, as pessoas devem dispor de condições materiais mínimas, inserindo-se aqui o protagonismo do PBF e dos demais programas de transferência de renda que visam estabelecer esse nivelamento material inicial, uma verdadeira terraplanagem para a construção da justiça social. Sem isso, não é possível pensar em iniciar a distribuição justa dos bens sociais.

Por conseguinte, os programas de transferência de renda têm obtido êxito nos indicadores sociais referentes à saúde, educação e mortalidade infantil. O estágio seguinte de uma sociedade justa, igualitária e estável consiste em firmar as condições políticas para que as pessoas realizem seus projetos de vida, como a elevação da qualidade do ensino, o tratamento igualitário na distribuição dos bens sociais, enfim, providências que possibilitem a participação efetiva de todos na cooperação social.

Outrossim, percebe-se que o papel atuante do Estado para alcançar os objetivos sociais não pode ser relegado às organizações privadas. No entanto, compreende-se que o Estado Social que tratou da quebra da bolsa de valores em 1929 não é o mesmo que trata da crise da bolha das hipotecas em 2008. Com isso, é necessário traçar o perfil desse novo Estado Social que lida com os desafios advindos do século XXI. A persistência da pobreza e das desigualdades sociais neste século impõe a maciça atividade estatal de forma mais efetiva e necessária do que os mais liberais previam.

A aspiração por justiça social fundamenta o consenso constitucional dos Estados Democráticos de Direito, restando às políticas públicas a determinação do caminho a ser percorrido para alcançar esse objetivo e às sociedades extremamente desiguais e compostas por um número significativo de indivíduos em situação de vulnerabilidade social iniciar o percurso com condições materiais mínimas aos cidadãos. Com efeito, o ensaio buscou justificar a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas para esse nivelamento inicial, justificando sua imperatividade no contexto social brasileiro. Diante disso, espera-se ter contribuído para cumprir o papel que cabe à academia, qual seja, acirrar o debate, refutar determinados mitos e teses equivocadas, explicitar as divergências, tudo com base em um pensamento crítico alternativo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. *Condicionalidades do Programa Bolsa Família: perguntas frequentes*. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/bolsa-familia/condicionalidades/beneficiario/codicionalidades>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

BRASIL. Lei n. 8222 de 05 de setembro de 1991. Dispõe sobre a Política Nacional de Salários, o salário mínimo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 set. 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8222.htm>. Acesso em: 01 abr. 2014.

BRASIL. Orçamento Federal de 2013. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/educacao-orientadora/arquivo-ofat-2013/Orcamento_Federal_2013_WEB.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2014.

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

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DRAIBE, Sônia Maria. *Avaliação da Descentralização dos Recursos da F.N.D. e da Merenda*. Brasília, DF: MEC/INEP, 1998.

MEYER, Dagmar Estermann (Coord.). *Saúde e sexualidade na escola*. 3. ed. Porto Alegre: Mediação, 2006.

MEYER, Dagmar Estermann; KLEIN, Carin; FERNANDES, Leticia Prezzi. Noções de família em políticas de “inclusão social” no Brasil contemporâneo. *Revista Estudos Feministas. Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 20, n. 2, maio/ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 abr. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Estudo avalia impacto do Programa Bolsa Família na redução da mortalidade infantil*. 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/estudo-avalia-impacto-do-programa-bolsa-familia-na-reducao-da-mortalidade-infantil>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Indicador avalia nova dimensão da pobreza*. 04 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=2425>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *História da filosofia moral*. Barbara Herman (Org.). Tradução Ana Aguiar Cotrim. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SACHS, Jeffrey. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, R.; REIS, J. R. *Direitos Sociais e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. t. 6.

THE WORLD BANK. *Poverty headcount ratio at national poverty line*. Disponível em: <<http://data.worldbank.org/indicador/SI.POV.NAHC/countries/BR?display=graph>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS E SUA RELAÇÃO COM A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO CONTROLE JURISDICIONAL

Fernando Roberto Schnorr Alves*
Vinícius Oliveira Braz Deprá**

RESUMO

Os direitos fundamentais sociais exigem do Estado prestações fáticas e regulamentação normativa para sua proteção, muitas vezes acarretando custos para o orçamento público. Vale lembrar que compete ao Executivo e ao Legislativo a alocação dos recursos para o atendimento de todas as necessidades da sociedade. No desempenho da fiscalização do cumprimento das obrigações constitucionais, cabe ao Judiciário assegurar o cumprimento dessas obrigações. A problemática é compreender de que forma esse controle de constitucionalidade interfere no planejamento orçamentário sem violar a competência dos demais Poderes. Para o desenvolvimento do estudo, adota-se o método de abordagem dedutivo. Além disso, como método de procedimento aplica-se o monográfico. Para o desenvolvimento da pesquisa, apresentam-se as leis orçamentárias. Em seguida, observa-se o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Constitucional sobre a intervenção judicial em sua elaboração e de que forma os magistrados vem garantindo a efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, observada a limitação orçamentária dos cofres públicos.

Palavras-chave: Controle jurisdicional. Direitos fundamentais sociais. Leis orçamentárias.

* Mestre e Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; fernandorsalves@hotmail.com

** Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera; Mestrando em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Avenida Independência, 2293, Universitário, 96815-900, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil; depra@mx2.unisc.br

1 INTRODUÇÃO

A atuação do Poder Judiciário e sua ascensão institucional, com a conseqüente judicialização de demandas que visam à concretização dos direitos fundamentais, em especial os de segunda dimensão, evidencia uma judicialização no campo das políticas públicas, que vem exigindo dos julgadores uma resposta para a ineficiência, omissão e descaso dos Poderes Políticos. São casos difíceis em que, uma vez provocado o Judiciário, o caso concreto exige um julgamento sobre situações previstas (ou não) em alguma política pública. Este obrigatoriamente deve estar respaldado em fundamentos jurídicos, embora a matéria seja de cunho político.

Assim, diante do aumento considerável das demandas que envolvem a concretização de direitos sociais e a procura pelo Poder Judiciário por uma resposta que, *a priori*, não seria de sua competência, busca-se não só uma reflexão sobre o tema, mas uma análise sobre o que deve também ser observado pelo julgador nessas decisões. Importante ressaltar que a justiciabilidade desses direitos, tendo em vista o grau de abstração que lhes é conferido no dispositivo legal, traz à tona o conflito entre a não intervenção judicial e a concretização de direitos individuais e/ou coletivos de caráter fundamental, quando estes dependem de uma ação dos demais Poderes para que lhes seja dada efetividade. E isso impacta diretamente no orçamento dos entes públicos, cujo planejamento da alocação de recursos ocorre a partir de três instrumentos legais, previstos no artigo 165 da Constituição, quais sejam: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, além dos créditos adicionais especiais.

Nesse panorama e considerando-se a inércia do Executivo e do Legislativo, é de salutar importância discutir o que deve ser observado pelo magistrado no momento de proferir uma decisão que envolve conteúdo político, considerando que sua decisão interferirá, ainda que indiretamente, na alocação dos recursos públicos. Dessa

forma, o próprio julgador encontrará as balizas que o impedem de um comportamento que extrapole sua função judicial, mantendo-se apenas como garantidor dos supracitados direitos, e não como criador desses. Ressalta-se que o desígnio aqui ambicionado não tem o intuito de avaliar a legitimidade do magistrado, mas sim de apontar algumas razões que fundamentam sua intervenção, para compreender o fenômeno da judicialização de questões políticas e identificar superficialmente os limites dessa atuação (de uma maneira ampla e abstrata, sem esgotar todos os seus alcances).

2 AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS E SEU CONTEXTO NO DIREITO FINANCEIRO

Para a consecução dos objetivos do presente artigo, mostra-se necessário contextualizar as leis orçamentárias no âmbito do direito financeiro. Nesse sentido, deve-se lembrar que o direito financeiro regula, dentre outras situações, as receitas não tributárias, o orçamento, o crédito público e a despesa pública, estando associado à compreensão da atividade financeira estatal (MACHADO, 2007, p. 82).

Além disso, o orçamento público se constitui em disposições constitucionais e legais e revela, a partir de uma concepção financeira, a maneira por meio da qual os recursos públicos são alocados, observando-se os competentes instrumentos de programação. Assim, o orçamento é um importante instrumento no planejamento do Governo, na medida em que reflete por meio da inovação legislativa as decisões políticas que firmam ações específicas para a execução orçamentária.

O Orçamento Público, portanto, é regido essencialmente por meio da Constituição Federal, Lei Federal n. 4.320/64 e também pela Lei Complementar n. 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Além disso, pode-se afirmar o orçamento é uno, porém “[...] disposto em três instrumentos diferentes que se harmonizam e se integram fina-

listicamente. Tais instrumentos são leis no sentido formal, todas de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.” (GUERRA, 2012, p. 53). Com isso, o planejamento da Administração Pública se dá por meio de três instrumentos legais, previstas no art. 165 da CF, instrumentos esses que se constituem em leis de iniciativa do Poder Executivo, a saber: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

A propósito, muito embora a Constituição preveja que a matéria orçamentária seja tratada por lei complementar (Art. 165, § 9º), em especial para dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, ela ainda não foi editada, motivo pelo qual permanecem operantes algumas regras dispostas no artigo 35, § 2º, incisos I a III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Impende referir que o dispositivo legal também estabelece os prazos para a apresentação desses instrumentos.

Cabe ressaltar que a importância do adequado planejamento manejado por meio dos mencionados institutos normativos configuram, em última análise, as “[...] condições para a transformação das estruturas econômicas e sociais do país, algo que se justificaria quase que exclusivamente frente ao histórico e à contemporaneidade das heterogeneidades, desigualdades e injustiças.” (CARDOSO JÚNIOR, 2013). Passa-se, neste momento, à análise individual desses instrumentos.

Previsto no artigo 165, I, da Constituição, o PPA é instituído por meio de lei que estabelecerá, “[...] de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.” (BULOS, 2014, p. 201). Trata-se de um planejamento de médio prazo, por meio do qual o administrador coordena suas ações, cuja finalidade é alcançar as metas e os objetivos fixados para um período de quatro anos, compreendido

entre o segundo ano de mandato até o primeiro do seguinte (RIO GRANDE DO SUL, 2013, p. 70).

Deve-se observar que o PPA destaca o planejamento da ação estatal, no sentido de que direciona a atividade financeira do Estado, especialmente por ter seu prazo de vigência de quatro anos. Mendes e Branco (2014, p. 1726) referem que:

Ao Plano Plurianual cabe dispor sobre as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. O PPA dá destaque ao aspecto do planejamento da ação estatal e aponta a mudança do significado orçamento público, que, longe de representar mera projeção de despesas para o Poder Público ou peça contábil, evolui para tornar-se instrumento de controle e planificação da atividade financeira do Estado. O projeto do PPA deve ser encaminhado até quatro meses antes (31 de agosto) do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa. Seu prazo de vigência é de quatro anos.

É importante, ainda, referir que se trata de lei em sentido formal, pois depende do orçamento anual para ter eficácia, justamente por se constituir em orientação que será observada pelo Poder Executivo na execução dos orçamentos anuais (GUERRA, 2012, p. 54).

Por sua vez, a LDO, prevista no artigo 165, II, da Constituição, “[...] precede à elaboração do orçamento, pois será ela própria que irá fornecer as metas e as prioridades que deverão constar no orçamento anual.” (BULOS, 2014, p. 201). Além disso, conforme art. 165, § 2º da Constituição, a LDO compreende as metas e prioridades da administração pública federal. Abrange também as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, bem como possui a função de orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo

sobre as alterações na legislação tributária e estabelecendo a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. Assim, a LDO trata das metas e prioridades da administração pública, especialmente as despesas de capital e a orientação para elaboração da LOA, como expõe Mendes e Branco (2014, p. 1726):

A Lei de Diretrizes Orçamentárias trata das metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, além de orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispor sobre as alterações na legislação tributária e estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. Na Constituinte, “a LDO foi objeto de polêmica nas votações da CS [Comissão de Sistematização] quando se discutiu, e se rejeitou, a transformação do Orçamento em uma peça de vigência bianual”. Em verdade, estava em discussão o papel do Legislativo no processo orçamentário e sua maior ou menor atuação na formulação do orçamento anual.

Assim, a LDO é um instrumento importante não apenas para a discussão referentes às prioridades do orçamento, mas também no que diz respeito à divisão das verbas desse poder. Desse modo, o processo de elaboração orçamentária é desenvolvido por ocasião da LDO (RIO GRANDE DO SUL, 2013, p. 72).

Já a Lei Orçamentária Anual está prevista no artigo 165, III, da Constituição Federal. Conforme consta nos parágrafos quinto e sexto desse mesmo dispositivo constitucional, a LOA deverá compreender três orçamentos: o fiscal referente aos Poderes da União, abrangendo os fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha poder de voto e participação majoritária no capital social; e, por fim, o orçamento da seguridade

social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. Além disso, a norma ainda deve estar acompanhada do demonstrativo regionalizado do efeito, onde constará as isenções, anistias, remissões, subsídios e outros benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

Além disso, o art. 2º da Lei n. 4.320/64 dispõe que a Lei do Orçamento discriminará a receita e a despesa, evidenciando a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, respeitados os princípios da unidade, universalidade e anualidade. Outrossim, o conteúdo da lei orçamentária caracteriza-se pela ausência de dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação de despesa, devendo haver simetria entre o disposto no PPA e LDO:

O terceiro elo dessa cadeia legislativa é a Lei Orçamentária Anual, que, apesar de una, compreende três seções: orçamento fiscal, orçamento de investimento das empresas públicas e orçamento da seguridade social. O conteúdo do orçamento é definido no texto constitucional pela negativa: “a lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei” (art. 165, § 8º, da Constituição Federal). O projeto da LOA deve ser encaminhado até 4 meses antes (31 de agosto) do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção. Trata-se de diploma legislativo subordinado ao PPA e à LDO. Os gastos autorizados na lei orçamentária anual devem estar de acordo com a LDO que, por sua vez, deve estar de acordo com o Plano Plurianual. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1726-1727).

Dessa maneira, pode-se afirmar que a LOA tem a finalidade de estimar as receitas e autorizar as despesas, em conformidade com aquilo que foi previsto na arrecadação, além de concretizar os objetivos apresentados no PPA, observando as diretrizes da LDO.

Uma vez contextualizadas as leis orçamentárias, passa-se a avaliar o conceito, alcance e finalidade dos créditos adicionais. Nesse sentido, deve-se lembrar ser necessária a dotação orçamentária para a realização da despesa pública (MONTEIRO; EUSTAQUIO, 2009, p. 71). Por seu turno, a abertura dos créditos adicionais advém justamente quando existam despesas não computadas ou insuficientemente dotadas, conforme preconiza o art. 40 da Lei n. 4.320/64.

Além disso, é importante destacar que os créditos possuem vigência apenas “[...] no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo os especiais e extraordinários, se o ato autorizativo se der no último quadrimestre, caso em que serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente.” (GUERRA, 2012, p. 97). Ainda, o art. 41 da Lei n. 4.310/64 identifica os créditos adicionais enquanto gênero a partir do qual se identificam três espécies: créditos adicionais suplementares (destinados a reforço de dotação orçamentária), especiais (destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica) e extraordinários (destinados a despesas urgentes e imprevistas, como em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública).

Frisa-se que os créditos adicionais especiais são importantes para atender a necessidades ou mudanças elencadas enquanto prioridades do poder Público. Tanto é assim que eles são abertos por ato do Poder Executivo, a partir de autorização legislativa, sendo necessário inclusive indicar os recursos necessários:

Os créditos especiais destinam-se a permitir a realização de despesas não previstas inicialmente no orçamento anual. São importantes, portanto, para fazer frente

a novas necessidades ou para atender a mudanças na pauta de prioridades do Poder Público. Tal como os créditos suplementares, são abertos por ato do Poder Executivo, com autorização legislativa que, nesse caso, precisa ser específica. Também devem conter indicação dos recursos necessários, geralmente decorrentes da anulação de outras dotações. Em princípio, tais créditos harmonizam-se plenamente com o postulado da reserva legal orçamentária, uma vez que são aprovados por lei formal. (BARROSO; MENDONÇA, 2013, p. 252-253).

Ocorre que a abertura dos créditos adicionais especiais não é irrestrita. Com efeito, ela depende da existência de recursos disponíveis e será precedida de exposição justificada, conforme preconiza o art. 43 da Lei n. 4.320/64. Desse modo, os recursos restam dependentes do superavit financeiro do balanço patrimonial do exercício anterior, do excesso de arrecadação, das anulações parciais ou totais de dotações orçamentárias ou créditos adicionais, ou ainda do produto das operações de crédito autorizadas.

Feitas essas observações, assenta-se a necessidade de se observar a maneira pela qual tem ocorrido o controle jurisdicional das leis orçamentárias, no sentido de aferir o alcance da intervenção judicial nas situações em que a lei orçamentária deixa de atender de forma suficiente os direitos fundamentais.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS

A partir do exercício da Jurisdição Constitucional, o controle de constitucionalidade pressupõe a identificação com os preceitos garantidores da harmonia do ordenamento jurídico. A inconstitucionalidade, por seu turno, advém justamente dessa incompatibilidade verificada entre as normas infraconstitucionais, ou mesmo as constitucionais não-originárias, em face da Constituição, cujo resultado é,

invariavelmente, a necessidade de se lançar mão de mecanismos que restaurem a harmonia normativa. Mostra-se relevante apresentar, neste momento, algumas linhas acerca da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange ao controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, no intuito de apreciar os contornos da intervenção do judiciário em tal temática.

Isso porque, como alerta Costa (2013, p. 28), a atuação judicial possui limites nem sempre tão claros e, mesmo sendo a Suprema Corte a responsável pela guarda da Constituição Federal, sequer ela possui plenos poderes ou ilimitada margem de autonomia para alterar os sentidos das normas do ordenamento jurídico. Assim, observa-se a existência de três marcos temporais distintos que refletem os diversos entendimentos exarados pelo STF sobre o controle de constitucionalidade de normas orçamentárias, e que demonstram a cadeia de evolução traçada pela jurisprudência da Corte, até o entendimento nos julgados atuais.

Esses marcos são identificados pela doutrina brasileira, que aponta a existência de “[...] três momentos na evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no tocante ao controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias: rejeição, admissão excepcional e admissão.” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1727). Assim, pretende-se expor e analisar os argumentos de decisões que se destacaram no âmbito do Supremo Tribunal Federal, delineando a evolução da jurisprudência da Corte máxima de nosso país para, em seguida, observar de que forma o controle jurisdicional para assegurar os direitos fundamentais sociais impacta nas leis orçamentárias.

O primeiro marco temporal observado vai até idos do ano 2003, período no qual se consolidou no seio do STF uma jurisprudência menos interventiva, ocasião em que não se apreciava a constitucionalidade de leis orçamentárias (como por exemplo: ADI 1.640, 2.057 e 2.484). Naquela época, a jurisprudência considerava inadmissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos de

natureza concreta, nos quais se enquadrariam as normas orçamentárias, visto possuírem objeto determinado e destinatários certos, sem contornos de generalidade e abstração. Mesmo que fossem esses atos estabelecidos em forma de lei - leis meramente formais -, não seriam passíveis de controle de constitucionalidade pela via abstrata (como afirmado na ADI 647), porque não apresentavam densidade normativa suficiente, o que os desqualificavam como objeto do controle (Cita-se, por exemplo, as decisões da ADI 842 e 767). Nesse sentido, é esclarecedor o magistério do Ministro Celso de Mello, citado no voto do Ministro Sidney Sanches no julgamento da ADI 1.640-1 (BRASIL, 1998):

Os atos estatais de efeitos concretos - porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata - não são passíveis de fiscalização, em tese, quanto à sua legitimidade constitucional.

[...] O controle concentrado de constitucionalidade, por isso mesmo, tem uma só finalidade: propiciar o julgamento, em tese, da validade de um ato estatal, de conteúdo normativo, em face da Constituição, viabilizando, assim, a defesa objetiva da ordem constitucional. [...] Não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de abstração, generalidade e impessoalidade. Esta Corte, em algumas oportunidades, já proclamou, sem maiores discepções, a impropriedade da ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto de impugnação fosse ato concreto, despido de qualquer atributo de abstração, generalidade ou normatividade.

Diante de tais razões, a norma orçamentária seria insuscetível de controle concentrado de constitucionalidade, de vez que estaria ela despida dos atributos de normatividade, generalidade e abstração. Este entendimento veio refletido no julgamento da ADI n. 2.057-9, onde o Governador do Estado do Amapá, à época, requereu ao Supremo Tribunal Federal a suspensão da eficácia de determinados artigos da lei de diretrizes orçamentárias para o ano de 2000, tendo

em vista a modificação do projeto de lei por emenda parlamentar que havia alterado os percentuais destinados aos Poderes Judiciário e Legislativo e do Ministério Público, em detrimento do percentual que seria destinado ao Poder Executivo.

No julgamento da matéria, entendeu a Corte que a emenda parlamentar se constituía em verdadeiro ato de natureza concreta, estando desprovida de abstração e de qualquer enunciado normativo. Em seu voto, o Ministro Maurício Correa assim manifestou sobre as razões de seu convencimento:

De fato não está em questão nenhuma norma que resulte qualquer carga de abstração a ser submetida ao controle constitucional desta Corte. Na verdade encerra a emenda impugnada tão-somente destinação de percentuais, ligeiramente alterados pela Assembleia Legislativa, sem conter, contudo, qualquer enunciado normativo, circunstância que a coloca na situação de ato de natureza concreta. (BRASIL, 1999).

Dessa forma, assumindo a norma orçamentária contornos de ato de caráter concreto, se absteve o Supremo Tribunal Federal, na hipótese, de exercer o controle abstrato de constitucionalidade da norma orçamentária, sendo possível visualizar a reiteração deste entendimento até o julgamento da ADI n. 2.925-8, no ano de 2003, quando a Suprema Corte reformou a ótica com que examinava este tema.

A partir do ano de 2003 sobreveio significativa modificação na jurisprudência do STF, a qual perdurou até meados do ano de 2008. O antigo entendimento da Corte foi reformado no julgamento da ADI n. 2.925-8, ocasião em que se assentou que as leis orçamentárias poderiam, efetivamente, ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, caso ostentassem densidade normativa suficiente, ou seja, apresentassem as qualidades de abstração e generalidade. A

aferição da existência dessa densidade normativa, a seu turno, deveria ser verificada caso a caso.

Na ocasião, o STF reconheceu o caráter normativo de disposições da LOA da União para o ano de 2003 (Lei n. 10.640/2003), que disciplinava, dentre outras medidas, a destinação da receita da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico dos Combustíveis - CIDE. A conclusão a que chegaram os ministros foi de que, na hipótese, se mostrava pertinente o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, pois a norma impugnada apresentava aspectos de abstração e generalidade que permitiriam o controle. Não obstante, demonstrava-se temerário blindar qualquer norma orçamentária do controle de constitucionalidade.

Do exposto, constata-se que nesse período vingou o entendimento que somente seria admitido o controle concentrado de constitucionalidade das leis orçamentárias que apresentassem, no caso concreto, de forma satisfatória e suficiente, os atributos da abstração e generalidade, o que lhe conferia densidade normativa.

Atualmente, observamos que o entendimento mais longínquo do STF foi integralmente superado. Independente da análise da densidade normativa e, assim, do âmbito material da lei, existe a possibilidade de controle de constitucionalidade abstrato da norma orçamentária, pelo simples fato da norma ter sido editada sob a forma de lei (exemplo desta jurisprudência são as decisões: ADI n. 4.048 e 4.049). A problemática que já se desenhava na antiga jurisprudência mais uma vez transpareceu no julgamento da ADI 4.048, em que Corte novamente enfrentou a preliminar de possibilidade de submissão de norma orçamentária ao controle de constitucionalidade em sede abstrata. Ao deixar de fora do âmbito do controle de constitucionalidade os atos de natureza concreta, mesmo que editados em forma de lei, restariam a salvo do controle um grande número de atos leis.

Ao contrário do que antes vinha decidindo a Corte, decidiu-se pela possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade das

leis orçamentárias, independente da presença de densidade normativa suficiente da norma impugnada, até porque, como referido pelo Ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2008):

[...] a lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade. Porque quando a Constituição diz, no art. 102, I, a, no âmbito da nossa competência originária, processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, quer dizer que a densidade normativa para efeito de controle abstrato de constitucionalidade se exige para ato que não seja a lei.

Nesse sentido, inclusive, a conclusão doutrinária, ao ratificar a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, por ser esse o estágio atual da jurisprudência, “[...] passando a aceitar o controle de constitucionalidade abstrato em relação a normas orçamentárias. Abre-se, dessa forma, a possibilidade de exercer-se controle jurídico sobre a legislação orçamentária.” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1730). Por tais razões, restou consolidado o entendimento de que, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato da norma, deve o STF exercer sua função de guarda da Constituição, realizando o controle concentrado de constitucionalidade da norma orçamentária impugnada, quando questionado seu caráter constitucional por meio de ADI.

Uma vez verificada a possibilidade de controle jurisdicional das leis orçamentárias, deve-se compreender o alcance dessa fiscalização. Com efeito, o que se observa é que muito embora seja possível a intervenção judicial no âmbito da legislação orçamentária, essa intervenção atua na condição de legislador negativo, retirando a eficácia das normas. A constatação dessa circunstância é importante porque em nenhum momento o STF tem cancelado a inclusão de dis-

posições orçamentárias, seja em qualquer lei, e tampouco legitima a inclusão de créditos que não estão no orçamento.

4 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS POR MEIO DA JUSTICIABILIDADE E A ANÁLISE DO CUSTO E ALCANCE DOS MESMOS

Inicialmente, deve-se consignar que o artigo 167, III, da Constituição Federal veda de maneira expressa a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, desde que aprovados pelo Legislativo por maioria absoluta. O comando constitucional para abertura de créditos adicionais especiais é bastante claro ao condicionar sua programação por meio do competente processo legislativo, não havendo possibilidade de intervenção judicial direta. Com efeito, os créditos especiais devem “[...] ser abertos por decreto do Poder Executivo, após autorização do Poder Legislativo por lei de caráter especial, que deve fixá-los e determinar seus valores e limites.” (GUERRA, 2012, p. 98).

Além disso, outorgar ao Poder Judiciário a intervenção direta no orçamento público, por meio de inclusão de créditos adicionais especiais configuraria usurpação da competência constitucionalmente prevista e exercida pelos demais Poderes. Alias, observa-se que a evolução da jurisprudência do STF ao permitir o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias não alcançam a possibilidade de inclusão de créditos orçamentários, limitando-se a atuar na condição de legislador negativo, retirando a eficácia de disposições orçamentárias normativas que estejam eivadas de inconstitucionalidade.

Contudo, consoante Barroso (2009, p. 22), a judicialização dos direitos fundamentais, em especial os sociais, provocou a busca do Judiciário para que este decida sobre questões de larga repercussão política ou social, que tradicionalmente competem aos Poderes

políticos, sendo que a própria Constituição prevê a pretensão, subjetiva ou objetiva, que cabe ao juiz conhecer e decidir. Assim, quando provocado a se manifestar, preenchidos os requisitos de cabimento, aquele deve decidir nos limites dos pedidos formulados, pois sua posição não decorre de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica, apenas se cumpre, de modo estrito, com o seu papel constitucional, conforme com o desenho institucional vigente. Isso porque mesmo as questões de cunho político não podem estar resguardadas de uma análise jurídica, pois a apreciação da constitucionalidade dos atos ou omissões resultantes da atuação política faz jus a controle exercido pelo Judiciário.

Verifica-se que a judicialização para a implantação e concretização dos direitos sociais, que requer do Estado uma ação, seja uma prestação direta, seja apenas a sua regulamentação, aproxima o debate jurídico do campo político. Tal omissão do dever que a Carta Magna impõe ao Legislativo e ao Executivo, ou a afronta exercida por um desses frente a um direito fundamental, quando provocado, judicializa questão que poderia ser sanada na seara política. Nesses casos é necessária a devida precaução para não ser infringido o princípio da separação de Poderes, uma vez que o julgador não pode desconsiderar uma opção política, sendo indiscutível judicialmente uma decisão discricionária dos Poderes políticos.

Resta inconcebível, no transcurso da evolução do direito brasileiro ao alcançar o *status* de Estado (Social) Democrático de Direito, restringir o papel do órgão julgador à simples tarefa de aplicar a lei. O magistrado deve concretizar o exposto no dispositivo legal, interpretando o seu texto de forma a materializar o abstrato para o deslinde do fato concreto. É exagero, portanto, afirmar que julgar uma demanda de cunho político necessariamente violará o princípio supracitado, quando na verdade será garantido o disposto na Carta Política do nosso país. Bem como é compreensível uma interpretação menos restritiva quando um direito está sendo negligenciado pelo

Estado, que tem a obrigação constitucional de oferecer os meios necessários a concretizar os direitos mínimos previstos, expressamente ou não, como fundamentais. Conforme Gervasoni (2011, p. 77, grifo do autor):

[...] habitualmente se reclama do Judiciário sem se dar conta de que os demais Poderes, muitas vezes, não têm capacidade de tomar decisões ou não têm coragem para fazê-lo, além dos casos em que as decisões tomadas colidem e acabam levando problemas ao Judiciário (ressalva-se que tais fatores talvez possam ser relacionados a um “mau-funcionamento” do sistema e, portanto, diferente de causas formais que ampliam, pelo próprio conceito de Estado Democrático, a “competência” da jurisdição). “Não é o Judiciário que escolhe os conflitos que tem de resolver, mas o Judiciário é provocado, é obrigado a responder aos conflitos que a ele são levados.” Eis um fator interessante: uma vez provocado, o Judiciário não pode se furtar de decidir, até mesmo em virtude da garantia constitucional de acesso ao Judiciário.

Assim, cabe mencionar que a função judicial vai além de ler para as partes o que consta positivado, sendo sua real função buscar dentro da normatividade (incluindo a força normativa dos princípios) a solução para a lide.

Embora deva ser respeitada a autocontenção (*self-restraint*) do julgador para não interferir no que toca à matéria discricionária para os Poderes Políticos, respeitando suas competências, isso não o impede de intervir - no sentido de que tanto a atuação como a argumentação restrinja-se à matéria jurídica em questão, apenas regulando os demais Poderes, sem análise das preferências políticas. Quando o que estiver em jogo for a garantia do mínimo existencial ou quando houver direito fundamental violado pela inação estatal, essa intervenção justifica-se pela adoção do “sistema de freios e contra-

pesos”, servindo assim o Judiciário como fiscalizador do efetivo cumprimento das obrigações constitucionais. Isso porque, nesses casos, não há permissão constitucional para que um Poder, mesmo que alegando a discricionariedade de suas decisões, atropеле os direitos constitucionais garantidos. Nesse sentido, Barcellos (2005, p. 12-13) refere:

[...] em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral. [...] Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não (Sic) haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas - que irá ou não realizar esses fins - deve estar totalmente infensa ao controle jurídico.

Dessa forma, os recursos do Erário devem prioritariamente assegurar um mínimo de condições de existência para promover o bem-estar cobijado pela Constituição. O poder reservado ao Executivo e Legislativo para organizar e alocar o dinheiro público de maneira autônoma, num modelo democrático pluralista, lhes permite por juízo de conveniência e oportunidade um grau de discricionariedade, contudo não exclui do Estado a responsabilidade do fornecimento daquelas condições e do cumprimento racional das prestações que lhe são atribuídas. Estas não podem ser apenas para uma parcela da população amplamente representada só por ser a maioria do eleitorado, há a necessidade de se assegurar um mínimo de prestações que visem a dar condições básicas também às minorias (para suprir as deficiências do modelo representativo). Ressalta-se, também, a noção de “mandamentos de otimização” de Alexy (2011, p. 90), que aborda

os direitos fundamentais em seu caráter principiológico, resolvendo as possíveis colisões de princípios de forma a cumpri-los em diferentes graus, diante das condições do caso e das possibilidades jurídicas, mas sempre buscando uma máxima eficácia possível.

Sendo assim, quando injustificadamente revelarem-se ineficientes os esforços ou ainda for inexistente qualquer ação do Estado para a garantia dos direitos, independente de sua dimensão (individuais, sociais, ou coletivos/difusos), como guardião da Constituição, a intervenção judicial preveniria a violação evidente e arbitrária de encargo assegurado na Lei Magna e asseguraria o seu cumprimento.

Urge mencionar que, uma vez previsto como direito fundamental, mesmo os direitos sociais gozam de aplicação imediata (conforme § 1º do artigo 5º da Constituição Federal), porém o Poder Público frustra o direito do particular ao restar silente. Embora aquele esteja vinculado com o texto constitucional, que determina a elaboração da norma específica, não há prazo para que efetue seu dever. Mas diante da inadimplência do Estado, resta ao particular a busca judicial pela concretização de seus direitos. Diante disso, embora algumas normas dependam de regulamentação para que se possa atingir sua plenitude ou existam direitos sociais garantidos por meio de normas programáticas que dependam da atuação prestacional do Estado, não há que se falar que os direitos sociais permaneçam reféns da ação deste. Embora dependentes de sua atuação, esses direitos devem sim ser efetivados, ocorrendo muitas vezes a busca judicial pela sua concretização. Importante ressaltar o que Sarlet (2012, p. 316, grifo do autor) leciona:

[...] o dever de outorgar às normas de direitos fundamentais sua máxima eficácia e efetividade convive, por sua vez, com o dever de aplicação imediata de tais normas, razão pela qual se fala [...] no que diz com a aplicabilidade imediata, em uma regra que enuncia tal dever. Em termos pragmáticos, o que importa destacar,

neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa. Para que os direitos fundamentais possam ser efetivamente “trunfos contra a maioria” também é preciso que se atente [...] de que é a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais e não o oposto.

Ainda, o referido autor coloca que é possível compreender do texto constitucional tanto um dever de maximização da eficácia e efetividade das normas que tratem de direitos fundamentais como a regra de sua aplicabilidade imediata das mesmas, do que deriva a exclusão do caráter meramente programático das normas de direitos fundamentais, “[...] que não podem ser reduzidas à condição de normas não autoaplicáveis, no sentido de normas destituídas de qualquer eficácia ou aplicabilidade.” (SARLET, 2012, p. 318). Portanto, a eficácia da lei não pode, em regra, impedir a aplicação da norma que garante o direito, pois se acaso esse fosse o entendimento, esvaziaria-se as normas a ponto de serem implementadas conforme a disposição política, em vez de uma garantia contra uma maioria.

Com a finalidade de garantir a proteção de tais direitos e evitar uma omissão inconstitucional, o ordenamento jurídico prevê remédios de controle abstrato e difuso de constitucionalidade. Por meio deles, há a possibilidade do controle judicial sobre os demais Poderes (entenda-se a função do Judiciário de fiscalizador e não uma distinção hierárquica entre os Poderes) e causando a justiciabilidade das demandas sociais e econômicas, como observado na Medida Cautelar da ADI n. 1.439-DF:

[...] Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...] A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental [...]** (BRASIL, 1996, grifo nosso).

As necessidades financeiras praticamente ilimitadas obrigam o Administrador a fazer escolhas trágicas (trade-offs), não sendo viável dispor do orçamento público para qualquer gasto. Devido às escolhas, não é razoável exigir toda e qualquer prestação. Dentro de um imenso leque de opções, as escolhas políticas ganham espaço, contudo isso não exige o administrador de garantir as condições básicas referidas. Graças ao forte posicionamento jurisprudencial, consoante exposto por Mânica (2010, p. 12, grifo do autor), a “[...] teoria da reserva do financeiramente possível tem sido afastada como panacéia apta a afastar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado.”

Portanto, o Administrador não pode se isentar de seus compromissos alegando a inviabilidade econômica de forma descomprometida, como uma escusa genérica que a tudo serve como resposta, exigido-se dele a comprovação de efetiva ausência de recursos

(exaustão orçamentária). Nesse ponto, é necessário entender que a escassez orçamentária é sim um impedimento para a concretização dos direitos, mas deve ser analisada de forma criteriosa, questionando-se quais os recursos materiais e para onde eles estão sendo direcionados, principalmente se os investimentos estão sendo administrados de forma inteligente e razoável que garanta as mínimas condições para a população, sendo possível, mesmo na inexistência de previsão orçamentária específica, para a efetivação de uma determinada política pública, bloquear os recursos públicos, como se constata da Apelação Cível n. 2009830200117756 (BRASIL, 2010).¹

No que tange à importância dos direitos fundamentais, Alcalá (2009, p. 41) refere que seu conteúdo essencial constitui a substância ou propriedades básicas do direito que não podem ser afetadas pelo legislador. Assim, o conteúdo essencial dos direitos é uma fronteira, um limite, que o legislador não pode ultrapassar, pois se o fizer acarretará na sua inconstitucionalidade. Assim, há um mínimo exigível da atuação do Estado, uma vez que todos os Poderes encontram-se abaixo da Carta Magna. Nenhum desses pode violar seus dispositivos, o que implica inferir que a atuação do Judiciário, ao concretizar uma

¹ “[...] A jurisprudência pátria, no exercício da missão de compatibilizar os princípios constitucionais, tem aberto exceções à regra do art. 100 da CF/88 e do art. 730 do CPC, admitindo em determinadas circunstâncias, com base num juízo de ponderação, a possibilidade de bloqueio de recursos públicos com vistas a satisfazer obrigação de pagar indispensável à concretização de direitos fundamentais do cidadão. Precedentes do STJ e do STF. II - Se os Tribunais Superiores, inclusive o STF, que exerce o mister de guardião mor da Constituição, autoriza o bloqueio de valores para assegurar o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos “como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde”, pela mesma razão se revela possível a adoção de medida no presente caso, em que se postula o cumprimento de obrigação, pela FUNAI, de entrega de cestas básicas e de pagamento de aluguéis aos apelantes. Os direitos à alimentação e à moradia vinculam-se igualmente aos direitos à vida e à dignidade, revelando-se essenciais à sobrevivência digna dos cidadãos. São, portanto, tão fundamentais quanto o direito à saúde [...]” (BRASIL, 2010, grifo nosso).

prestação que deveria ter partido dos demais Poderes, está unicamente realizando aquilo que a Constituição determina.

O autor chileno Alcalá (2009, p. 57) também aponta que os direitos sociais fundamentais exigem do Estado, seja por seus órgãos ou instituições, a proteção desses direitos. Constatada uma omissão estatal que lese eminentemente o direito de determinado ser humano, sem que haja justificação para tanto, caso não se assegure o seu direito social estar-se-ia violando o próprio texto constitucional. Portanto, a diferenciação entre os direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais não pode ser senão em questão de alcance dos respectivos direitos, pois todos possuem natureza de direito fundamental.

5 CONCLUSÃO

No que diz respeito à intervenção jurisdicional das leis orçamentárias, o Supremo Tribunal Federal possui uma evolução jurisprudencial, permitindo, atualmente, esse controle. Ocorre que a intervenção jurisdicional se dá na qualidade de legislador negativo quando se trata da análise desses instrumentos legais, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias não permite a possibilidade de inclusão de créditos orçamentários, na medida em que limitam o órgão julgador apenas a retirar a eficácia de disposições orçamentárias normativas que estejam eivadas de inconstitucionalidade.

Nota-se que não cabe ao Judiciário a realização de reformas sociais em grande escala, pois isso constitui papel dos Poderes políticos, mas sua atuação serve como reguladora destes, uma vez que assegura às minorias e à população em geral a efetividade mínima exigida pelo ordenamento jurídico. Embora não tenha como assegurar uma razoável distribuição dos recursos (pois tal tarefa é dos demais Poderes), devido à limitação do orçamento público, possibilita que o Judiciário, ao agir como fiscal no caso concreto, perante as

omissões inconstitucionais dos demais, garanta a defesa de um conteúdo essencial. Desse modo, é possível condenar o Estado, na figura dos demais Poderes, a realocar o necessário para a garantia da sua efetividade mínima.

Assim, o Judiciário atua na garantia dos direitos fundamentais sociais ao obrigar, por meio do pronunciamento jurisdicional, a implementação desses direitos. Todavia, não se impõem diretamente alterações às leis orçamentárias, função essa desempenhada pelo administrador público. Observou-se que os Poderes políticos, sob o argumento da discricionariedade e da exaustão orçamentária, não podem se omitir de garantir os direitos fundamentais, ao menos, em seu conteúdo essencial.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: derechos sociales fundamentales*. Santiago: Librotecna, 2009. t. 3.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. O Sistema Constitucional Orçamentário. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de Direito Financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 18, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.048-1*, de 31 de março de 2008. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.640-7*, 12, de fevereiro de 1998. Ação direta de inconstitucionalidade da utilização de recursos da C.P.M.F. Relator: Ministro Sidney Sanches. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.057-9*, de 09 de dezembro de 1999. Emenda parlamentar a projeto de lei, modificativa dos percentuais propostos pelo governador, sem alterar os valores globais da proposta. Ato de efeito concreto. Inviabilidade do controle abstrato de constitucionalidade. Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.439*. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 25 maio 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação Cível n. 2009830200117756*. Relator Desembargador Federal Leonardo Resende Martins. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARDOSO JÚNIOR, José Celso Pereira. *Estado, Planejamento, Gestão e Desenvolvimento: Balanço da. Experiência Brasileira e Desafios do Séc. XXI*. Brasília, 2013.

COSTA, Alexandre Araújo. *Judiciário e interpretação: entre Direito e Política*. Fortaleza: Pensar, 2013.

GERVASONI, Tássia Aparecida. *A jurisdição constitucional brasileira entre judicialização da política e ativismo judicial: a (auto)compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca desses conceitos e dos seus limites de atuação em face do princípio da separação dos poderes: uma análise teórica e jurisprudencial*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2011.

GUERRA, Evandro Martins. *Direito Financeiro e Controle da Atividade Financeira Estatal*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 21, mar./maio 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Igor de Matos; EUSTAQUIO, Leandro. *Direito Financeiro: Lei n. 4320/60*. Salvador: Podvum, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Fazenda. *Manual do Gestor Público: Um guia de orientação para o gestor público*. Porto Alegre: CORAG, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES EM PAUTA NO JULGAMENTO DO RE-580252 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marcelo Dias Jaques*

RESUMO

O artigo versa acerca da aparente aporia concernente à busca por uma solução satisfativa para a oposição entre a realidade do sistema penitenciário brasileiro e o dever de garantia do direito fundamental à dignidade pelo Estado. Tendo como pano de fundo o julgamento do RE-580252, a discussão perpassa temas secundários como o protagonismo do judiciário e o princípio da separação dos poderes, buscando responder ao problema que consiste em se controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao sistema carcerário está sendo realizado de forma adequada, para, ao final, concluir que apesar da relevante importância desse controle no cenário jurídico nacional, quando a intervenção do Judiciário em atos que incumbem ao Executivo e Legislativo excede as raias do razoável, poderá haver o comprometimento da estabilidade da harmonia do sistema. A pesquisa possui caráter qualitativo e a metodologia a ser adotada consistirá fundamentalmente em pesquisa bibliográfica de textos e/ou documentos que contemplem o tema abordado.

Palavras-chave: Controle jurisdicional de políticas públicas. Dignidade. Direitos Fundamentais. Sistema penitenciário brasileiro.

* Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Advogado; marcelo.jaques@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo parte da observação do conflito entre o dever do Estado de garantir a observância de direitos fundamentais constitucionalmente previstos - como a dignidade da pessoa humana - e a cruel realidade encontrada no sistema penitenciário brasileiro. Para tanto, busca-se analisar o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 580252 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mais especificamente no tocante ao voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, tendo como pano de fundo a discussão acerca da importância do controle jurisdicional de políticas públicas e os limites de intervenção entre os poderes.

A partir dos aspectos teóricos observados ao longo da pesquisa, bem como da observação das particularidades do caso concreto originado do ajuizamento do litígio atinente à matéria junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (TJ/MS) sob o processo¹ nº 0005157-18.2003.8.12.0008 - cuja decisão final certamente consolidará o entendimento da Suprema Corte brasileira sobre o assunto -, buscar-se-á uma resposta ao problema central inerente ao tema que ora se propõe reflexão, qual seja, se o controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao sistema carcerário está sendo realizado de forma adequada no cenário jurídico nacional, especialmente quanto à possibilidade de violação do princípio da separação dos poderes.

¹ Os termos ação, processo e procedimento muitas vezes se confundem ou são utilizados como sinônimos, todavia, este estudo científico utiliza o conceito de ação como o direito pertencente a cada cidadão de buscar a prestação jurisdicional de seus conflitos de interesses, processo como o instrumento utilizado para invocar o Poder Judiciário a aplicar a legislação vigente e dirimir o conflito - como método pelo qual se opera a jurisdição, com vistas à composição dos litígios - e procedimento como o modo através do qual os atos processuais se manifestam e desenvolvem no decorrer do processo.

Como hipóteses prováveis se apresenta uma assertiva positiva, no sentido de que, diante da omissão estatal quanto à implementação de políticas públicas eficazes na tutela da dignidade dos indivíduos encarcerados, é dever do Poder Judiciário lançar mão de todos os meios visando à garantia desse direito fundamental; entretanto, agora sob o viés negativo, a possibilidade de intervenção em atos que incumbem ao Poder Executivo - e até mesmo ao Legislativo - estaria excedendo as raias do razoável, o que poderia desestabilizar a harmonia do sistema.

Para além de atingir o objetivo geral quanto à verificação da adequação do controle jurisdicional de políticas públicas e separação dos poderes, é preciso cumprir com alguns objetivos que, embora secundários, favorecerão a compreensão do tema e a consolidação do debate aqui proposto. Eles serão abordados nas três subdivisões do desenvolvimento do texto e consistem em:

- a) compreender o cenário de crise no sistema penitenciário brasileiro, principalmente no que aflige aos direitos humanos e fundamentais, em especial no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana;
- b) observar o julgamento do RE-580252, examinando os fundamentos de fato e de direito apontados no voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso;
- c) analisar o controle de políticas públicas e o protagonismo do Poder Judiciário na atualidade.

A pesquisa possui caráter qualitativo e a metodologia a ser adotada consistirá fundamentalmente em pesquisa bibliográfica, que tem como pressuposto a leitura, a análise e a interpretação de textos e/ou documentos que contemplem o tema abordado.

A justificativa para o estudo do tema igualmente decorre do fato de que, apesar do esgotamento do sistema penitenciário brasileiro e da superlotação dos presídios se constituírem em dilemas já há muito discutidos pela sociedade - muito embora permaneçam sem qualquer solução -, agora o assunto volta à baila sob outro viés, o da responsabilização do Estado diante das condições degradantes impostas aos encarcerados, que indubitavelmente lhes violam em seus direitos fundamentais, eis que, muito além de restringir sua liberdade, igualmente lhes são tolhidas garantias concernentes à sua dignidade.

Face ao exposto, acredita-se que o presente trabalho contempla a busca por delimitar uma temática de estudo de relevante importância social, reiterando a preocupação com a garantia aos direitos dos apenados e analisando a viabilidade e adequação de uma decisão que poderá servir de paradigma para que outras centenas de milhares de encarcerados busquem seu direito a serem indenizados pelo Estado - seja de forma pecuniária ou não - face ao mal sofrido quando do cumprimento de suas penas privativas de liberdade, ou mesmo quando em prisão provisória.

2 CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE

A pena consiste em uma sanção penal de caráter aflitivo, que resulta na restrição ou privação de um direito ao indivíduo considerado culpado pela prática de um ato considerado como infração penal. É aplicada pelo Estado na execução de uma sentença e tem como finalidade a aplicação de uma retribuição punitiva, promover a readaptação social e prevenir novas transgressões através da intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2014, p. 379-380). A presente pesquisa versará especificamente das penas privativas de liberdade, cujos regimes penitenciários são: o fechado; o semiaberto; o aberto.

A Lei nº 7.210/84, conhecida como Lei de Execução Penal (LEP), é o diploma legal responsável por estabelecer as diretrizes para o cumprimento de cada um dos regimes, determinando que a penitenciária será o estabelecimento prisional destinado ao indivíduo condenado à pena de reclusão em regime fechado (art. 87), devendo o mesmo ser alojado em cela individual que contenha dormitório, aparelho sanitário e lavatório, bem como as adequados requisitos básicos de salubridade do ambiente e área mínima de 6,00 m².

Para o cumprimento no regime semiaberto o dispositivo estabelece como estabelecimento a colônia agrícola, industrial ou similar (art. 91), onde o apenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, desde que observada também a salubridade do ambiente, assim como a seleção adequada dos presos e o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

O regime aberto, por sua vez, deveria ser cumprido em casa do albergado, instalada em prédio situado em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, caracterizando-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Cada região deveria contar com, ao menos, uma casa do albergado, contendo, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para a realização de cursos e palestras, bem como para a realização dos serviços de fiscalização e orientação dos condenados (arts. 93 a 95).

Ocorre que a realidade cada vez mais se distancia da teoria, provocando um abismo vertiginoso entre o plano do dever ser e o plano do ser.² Contendo a quarta maior população carcerária do mundo, atualmente o Brasil possui mais de 607 mil pessoas reclusas a

² Aqui se utiliza a distinção entre o plano do ser e do dever ser proposta por Hans Kelsen em sua obra Teoria pura do direito na qual a conduta humana, o ser, somente assume significação jurídica quando coincide com uma previsão normativa válida, o dever ser. Ao passo que a conduta humana pode se conformar ou contrariar uma norma - o que permite uma valoração da mesma como positiva ou negativa - as normas, por sua vez, são estabelecidas

um sistema prisional em estado de superlotação que apresenta déficit superior a 231 mil vagas. São os dados divulgados pelo Ministério da Justiça em 23 de junho de 2015, constantes no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen).³

O encarceramento em celas superlotadas em condições degradantes e desumanas desvirtua a finalidade da pena - que como foi visto, excede a esfera da mera punição -, sendo manifesto que a realidade atual não permite ao apenado alcançar a ressocialização. Agrava a situação o fato de que a superpopulação e a precariedade das condições dos presídios são problemas estruturais e sistêmicos que evidenciam a situação de deficiência crônica do sistema prisional brasileiro, fato que não é exceção, pois está presente em todo o país.

Colônias agrícolas, industriais ou similares, assim como as casas do albergado são verdadeiras raridades no país e a precariedade das estruturas e instalações nos presídios apresentam cenários marcados por celas em péssimo estado de conservação, completamente insalubres, nas quais os apenados precisam realizar um sistema de revezamento para dormir, pois não há espaço para todos. Há problemas no fornecimento do material básico de higiene e a alimentação muitas vezes é insuficiente e de baixa qualidade.

Evidencia-se, assim, o total descumprimento do que prevê a LEP. Ademais, importa destacar acessoriamente os constantes casos de violência física e sexual havidos no interior dos estabelecimentos prisionais. Nesse ponto merece destaque negativo o uso excessivo

através de atos de vontade humana, possuindo, portanto, valores arbitrários e relativos (KENSEN, 2006).

³ O Relatório Infopen é o documento oficial que contém os dados mais atualizados sobre a matéria. Tomando como data-base o mês de junho de 2014, oferece informações completas para subsidiar administração do Sistema Penitenciário Nacional, sintetizando os dados dos estabelecimentos penais dos estados com o objetivo de contribuir para um diagnóstico da situação prisional do país (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL/MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

da prisão provisória no Brasil, que contribui em larga escala para a crise no sistema prisional, afinal, segundo os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação. Ademais, os presos provisórios, em grande parte dos casos ocupam o mesmo espaço que os encarcerados que tiveram sua condenação transitada em julgado.

Ocorre que a dignidade da pessoa humana é direito que encontra tutela na esfera internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada no dia 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas reconhece a dignidade como um direito inerente a todos os membros da família humana e como um fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial.

A importância e amplitude dos direitos sociais consagrados pela referida Declaração, resta evidenciada quando Bobbio afirma que tal declaração representa uma consciência histórica da humanidade, constituída de uma síntese do passado e uma aspiração para o futuro, no entanto o autor também destaca que a luta pelos direitos humanos ainda está em um momento inicial sendo apenas o início de um longo caminho cuja etapa final a humanidade ainda não consegue ver com exatidão (BOBBIO, 2004).

A dificuldade narrada por Bobbio em visualizar o final do caminho evolutivo dos direitos humanos ocorre não apenas por consistir em um processo complexo de conquista de direitos até então suprimidos ou inexistentes, mas também em razão das inúmeras violações ainda presentes aos direitos fundamentais, como é possível perceber nitidamente no exemplo do sistema penitenciário brasileiro em relação com as condições de dignidade dos apenados como seres humanos.

A dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como uma qualidade própria, irrenunciável e indissociável da condição de ser humano, tendo como pressuposto de validade a necessidade do seu reconhecimento, respeito, proteção e promoção. A dignidade, por ser uma qualidade inerente a cada homem, não pode ser criada,

concedida ou até mesmo retirada, porém recorrentemente á alvo de violação (SARLET, 2005, p. 19).

O ser humano somente possui condições de se desenvolver plenamente quando sua existência se viabiliza em um ambiente comprometido com as modificações sociais, onde se possa verificar uma aproximação entre Estado e sociedade, visando adaptar o Direito de forma adequada aos interesses e às necessidades básicas e vitais da coletividade.

Influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e por Constituições alienígenas⁴ pautadas na tutela dos cidadãos como a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Federal brasileira de 1988 já no seu primeiro artigo determina que a República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito, deverá estar lastreada em cinco pilares fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana. Além disso, também prevê uma relação de direitos e garantias fundamentais, compreendidos entre o artigo 5º ao 17.

Segundo a doutrina de Moraes (2007, p. 60):

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico: deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana se apresenta em dupla concepção, pois se, em um primeiro momento,

⁴ Dentre elas merece destaque a Carta dos Direitos dos Estados Unidos - *Bill of Rights* (1791), afinal, segundo Grimm (2006a) na terminologia moderna, os direitos fundamentais são obra dos efeitos decorrentes da revolução americana.

prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos, em uma segunda etapa estabelece um verdadeiro dever fundamental de tratamento em condições de igualdade dos próprios semelhantes. Esse dever está conectado à ideia da necessidade do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante, assim como a Constituição Federal exige que respeitem a sua própria dignidade.

Sarlet (2012, p. 62), ao conceituar a dignidade da pessoa humana afirma que essa consiste em uma:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além, de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim, o conceito de dignidade humana traz consigo um conjunto de valores que não se restringe tão somente à defesa dos direitos individuais do homem, mas a toda uma gama de direitos, liberdades e garantias, que dizem respeito à vida humana, sejam esses direitos pessoais, sociais, políticos, culturais ou econômicos.

O princípio da dignidade humana, analisado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, coloca o homem em uma posição central em relação à organização política e ao Direito, afinal, não é correto entender que o homem é quem está a serviço do aparelho Estatal, e sim o contrário, pois é o Estado que se encontra a serviço do homem com o objetivo da consecução integral do desen-

volvimento de sua personalidade, de forma que assim possa atingir seus ideais de vida e realização pessoal.

Ocorre que, em paralelo com a determinação da tutela da dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado democrático brasileiro surge o dilema do esgotamento do sistema penitenciário, questão diretamente relacionada à superlotação, problema que não parece ter solução em curto prazo.

Dentre os principais problemas do sistema carcerário no país estão os assassinatos, a superlotação, a falta de infraestrutura e higiene, os maus-tratos, a atuação do crime organizado e os motins, o que fez com que o atual ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, o classificasse como medieval (BBC, 2014). Nesse sentido, Rolim (2003, p. 121) afirma que:

O Brasil como a maioria dos países latino-americanos, assiste imobilizado ao desenvolvimento de uma crise crônica em seu sistema penitenciário. Especialmente nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras demonstram de maneira incontestemente um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos como a superlotação carcerária, a escalada de violência entre os internos, as práticas de abusos, maus-tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos direitos humanos.

Um dos fatores apontados como motivo para o esgotamento do sistema carcerário brasileiro é a falta de observância dos direitos do apenado previstos na LEP, considerada um dos maiores avanços jurídicos da história brasileira. O grande desafio reside em como aproximar os ideais formalizados pelo legislador através desse dispositivo legal com a realidade fática encontrada no cárcere.

A reincidência também é característica que preocupa quando se analisa os aspectos de direito penal, mais especificamente a função da sanção penal, em relação à crise no sistema penitenciário. A dificuldade de introdução dos apenados no trabalho ou estudo e a quase que inexistente ressocialização dos mesmos é responsável por alta reincidência.

No século XIX Foucault (2001) já demonstrava ceticismo em relação às prisões por desacreditar na missão de regeneração desses estabelecimentos penais, afirmando que além de não diminuir a taxa de criminalidade poderiam aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, pois a quantidade de crimes e de criminosos permanecia estável, ou, ainda pior, aumentava. Assim a prisão, que deveria devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalharia na sociedade delinquentes perigosos.

A superlotação consiste no principal problema que afeta o sistema carcerário brasileiro, e o Estado tem encontrado grande dificuldade na tentativa de reverter tal quadro. Indubitavelmente há um descaso por parte da sociedade com a pessoa dos apenados, eis que o senso comum não consegue distinguir a sanção penal da mera punição, seja ela o quão cruel for. No entanto, a política criminal precisa estar pautada na adoção de formas de evitar a reincidência e, conseqüentemente o aumento da criminalidade, visando não apenas coibir a prática de ilícitos penais, mas ressocializar aqueles que já os cometeram para que possam ser reincluídos no convívio social como cidadãos comuns que também possuem direitos e garantias fundamentais.

Diante dessa realidade, surge a necessidade da implementação de políticas públicas eficazes, contudo, a realidade que se observa atualmente no país evidencia que as políticas públicas são escassas e muitas vezes não encontram padrões adequados de eficácia, o que resulta na violação das garantias fundamentais dos presos, o que pas-

sou a originar processos judiciais como o que se passará a analisar no tópico seguinte.

3 DA CONSTRUÇÃO DO *DECISUM* NO PROCESSO Nº 0005157-18.2003.8.12.0008 TJ/MS: DO JULGAMENTO EM PRIMEIRO GRAU AO VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

No ano de 2001, Anderson Nunes da Silva foi condenado a vinte anos de reclusão pelo crime de latrocínio - roubo seguido de morte - previsto no artigo 157, § 3º do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, o Código Penal (CP).

Em consonância com o artigo 33 do mesmo diploma codificado, o regime inicial de cumprimento aplicado à pena superior a oito anos é o fechado e, como visto anteriormente, a LEP, especialmente em seus artigos 87 e 88, reza que a penitenciária será o local destinado ao cumprimento da pena de reclusão nesse regime, sendo regra que o condenado seja alojado em cela individual com área mínima de 6m², contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, bem como requisitos mínimos de salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana.

Entretanto, os indivíduos em estado de privação de liberdade, recolhidos ao Estabelecimento Penal Masculino de Corumbá eram submetidos a uma realidade bem diversa da teoria legalmente prevista e sobreviviam em situação de calamidade, à medida que a referida penitenciária, com capacidade para abrigar cento e trinta presos, à época contava com trezentos e noventa e três, ou seja, o triplo da capacidade máxima (DEFENSORIA PÚBLICA DE MATO GROSSO DO SUL, 2014).

Tal excesso evidenciava existência de superpopulação carcerária, submetida a condições insalubres, o que obrigou a Defensoria Pública sul-mato-grossense a ajuizar ações ordinárias de reparação de danos morais em favor de diversos indivíduos encarcerados nesse

estabelecimento prisional por entender que eram vítimas da violação dos mais elementares direitos garantidos na LEP, bem como das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos elaboradas pelas Nações Unidas em 1955.⁵

Um desses apenados, patrocinados pela Defensoria Pública de MS, é Anderson Nunes da Silva, que teve seu processo distribuído na data de 22 de julho de 2003 junto à Justiça Estadual, postulando por uma pensão mensal no valor de um salário mínimo a perdurar enquanto o mesmo estivesse submetido aos danos decorrentes da situação desumana experimentada na penitenciária, fazendo cessar o pensionamento tão logo cessarem os danos.

Transcorrida a fase de instrução processual, foram os autos conclusos para sentença na 2ª Vara Cível da comarca de Corumbá/MS e, na data de 12 de julho de 2005, o feito foi julgado improcedente. A decisão foi consubstanciada sob o fundamento de que incumbe ao Estado utilizar os meios à sua disposição para assegurar os direitos, agindo tão somente nos limites da medida do possível, com vistas a assegurar a existência e o funcionamento do sistema penitenciário.

Irresignada diante da interpretação legal atribuída ao caso concreto, em 20 de março de 2006, a Defensoria Pública ingressou com a Apelação Cível nº 0005157-18.2003.8.12.0008 junto ao TJ/MS com o escopo de ver reformada em sua integralidade a decisão de 1º grau, com a consequente procedência da ação e condenação do estado de Mato Grosso do Sul nos termos do pedido.

Vencido o relator, o recurso foi provido por maioria, nos termos do voto do Revisor, entretanto o artigo 530 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, o Código de Processo Civil (CPC), prevê que

⁵ As Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos foram adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes - realizado na cidade de Genebra no ano de 1955 - e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

há um recurso a ser manejado caso um acórdão não unânime venha reformar, em grau de apelação, a sentença de mérito. Trata-se dos Embargos Infringentes, dirigidos ao próprio Tribunal que pronunciou a decisão a ser impugnada.

Tendo havido divergência entre o voto do Relator e os votos do Revisor e Vogal no julgamento da Apelação Cível, a prerrogativa recursal contida na lei foi utilizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul que opôs os Embargos Infringentes com o objetivo de fazer prevalecer o voto vencido, mantendo-se a sentença de 1º grau.

O julgamento deu provimento, por maioria, aos Embargos Infringentes manejados pelo Estado. Assim, apesar de terem sido reconhecidas pelo TJ-MS as condições degradantes experimentadas pelo apenado na Penitenciária de Corumbá, tal condição não resultou no provimento da Apelação, fato que levou a Defensoria Pública a interpor o RE-580252, contra o acórdão que manteve a sentença de 1º grau, junto ao STF.

Na data de 05 de março de 2008 o RE-580252 chegou ao STF, mas somente em 18 de fevereiro de 2011 foi reconhecida a existência de repercussão geral quanto à questão constitucional suscitada, ou seja, o mérito da questão será analisado pelo STF e a decisão da análise é aplicada, posteriormente, pelas instâncias inferiores em casos idênticos.

Após mais de seis anos de tramitação, o processo foi colocado em pauta de julgamento para a data de 03 de dezembro de 2014. Em seu voto o Relator Min. Teori Zavascki concluiu da análise dos autos que não há qualquer controvérsia a respeito dos fatos da causa nem quanto à configuração do dano moral, haja vista que sua existência é reconhecida quando o acórdão do TJ-MS admite ser fato notório que a situação de precariedade do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica.

Sob essa fundamentação propôs como tese de repercussão geral que, considerando o dever do Estado de manter os presídios

em padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, será sua responsabilidade - nos termos do art. 37, § 6º da Carta Magna de 1988 - a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Por fim, manifestou seu voto no sentido de dar provimento ao Recurso Extraordinário, restabelecendo o juízo condenatório nos termos e nos limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes. Contudo, o julgamento foi suspenso após o pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

O julgamento foi retomado em 06 de maio de 2015 com a apresentação do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, um verdadeiro tratado sobre o tema, contendo 62 laudas, e que ganhou destaque pela propositura de um mecanismo de reparação alternativo para o enfrentamento da crise no sistema carcerário brasileiro.

Inicialmente o Ministro destacou que existem outras ações em tramitação no STF - todas com repercussão geral reconhecida e cujo tema central reside nas deficiências e disfunções do sistema penitenciário brasileiro -, das quais destacou o RE-641320, que versa sobre a possibilidade da autorização de cumprimento da pena em regime prisional menos gravoso, diante da impossibilidade do Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime estabelecido na condenação penal; o RE-592581, que discute se o Poder Judiciário pode determinar aos governos estaduais que ampliem ou construam novos presídios, com o objetivo de garantir a observância dos direitos fundamentais dos indivíduos em privação de liberdade; e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.170, que igualmente discute a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos.

Salientou a necessidade de uma conscientização acerca da questão penitenciária, pois, em que pese a preocupação da sociedade brasileira com o aumento progressivo da criminalidade, asso-

ciada a uma sensação difusa de impunidade, o país apresenta uma das maiores populações carcerárias do mundo, que segue em curva ascendente. Ocorre que as precárias condições de grande parte dos presídios do país se tornam um ônus para toda a sociedade ao passo que resultam, principalmente, na realimentação da criminalidade e da violência, nos altos índices de reincidência decorrentes da incapacidade do sistema em promover a ressocialização.

Como uma das causas dessa frustrante sensação de impunidade, elencou a falta de estabelecimentos para o cumprimento da pena nos regimes semiaberto e aberto, o que acaba levando a uma decisão judicial no sentido da prisão domiciliar, o que raramente ocorre com o adequado monitoramento. Coloca em pauta a discussão já abordada nessa pesquisa quanto à divergência entre o que prevê a LEP e o que realmente ocorre no mundo dos fatos. Como solução pontual para a questão inerente à impunidade, apontou pela necessidade de investimentos na construção de presídios e a consequente abertura de novas vagas.

Ao longo da fundamentação, defendeu que a responsabilidade civil do Estado resta comprovada diante do conteúdo probatório constante dos autos, que demonstrou a existência de danos morais causados ao apenado em decorrência da violação à sua dignidade provocada pela superlotação prisional e pelo encarceramento em circunstâncias desumanas ou degradantes.

Asseverou que o descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento está diretamente relacionado a uma deficiência crônica quanto à implementação de políticas públicas prisionais adequadas e eficazes, fato que atinge grande parte da população carcerária e cuja superação é complexa e custosa.

Quanto ao princípio da reserva do possível, sustentou que sua invocação não pode ser considerada legítima haja vista que se presta para negar, a uma minoria estigmatizada, a titularidade de seus direitos elementares à integridade física e moral, à não submissão a

tratamento desumano ou degradante e a penas cruéis, em frontal violação à Constituição. Também ponderou acerca do fato de que o Estado não se desincumbiu do ônus da prova da insuficiência de recursos para custear a indenização pleiteada pelo apenado.

No entanto, afirmou que, diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a condenação do Estado a pagar uma indenização pecuniária representa uma resposta pouco efetiva quando comparada aos danos morais suportados pelos detentos. Afinal, o detento que postular a indenização continuaria submetido às mesmas condições desumanas e degradantes mesmo após a condenação do Estado e o valor pecuniário que porventura viesse a receber teria pouca serventia para minorar as lesões existenciais sofridas. Ademais, tal medida tornaria ainda mais escassos os recursos públicos a serem empregados em favor da melhoria das condições de encarceramento.

Como três principais causas interligadas da crise do sistema carcerário nacional, relacionou a superlotação, a lógica do hipercarceramento, e as deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios. Para cada uma delas elencou ações que podem ser implementadas ou fomentadas, considerando que esse conjunto de medidas deveria compor uma agenda mínima de discussão em torno de uma nova política prisional.

Indicou que o problema demanda uma atuação coordenada, pois a inexistência de soluções simples para o enfrentamento da questão exige a implementação de um conjunto complexo e planejado de medidas, articulado por todos os órgãos relativos ao sistema carcerário e esferas de poder com o objetivo de que as políticas públicas a serem tomadas sejam eficazes. Remete-se, nesse aspecto,

a relação do voto do Ministro com a metodologia dialógica⁶ proposta por Gargarella (2014).

Diante de todas as premissas apontadas, propôs a adoção de um mecanismo de reparação alternativo pautado na primazia do ressarcimento in natura ou na forma específica dos danos - reparação não pecuniária do dano moral -, através da remição de parte do tempo de cumprimento da pena, utilizando como analogia o art. 126 da LEP. Desse modo, a indenização na forma pecuniária assumiria caráter tão somente subsidiário, aplicando-se apenas nas hipóteses em que o preso tenha cumprido integralmente a pena ou quando não seja possível aplicar a remição.

Ponderou que a solução é benéfica sob o ponto de vista do encarcerado, à medida que atende de forma mais plena os seus interesses na mitigação do dano e na proteção dos direitos da personalidade, como também sob o prisma do sistema prisional, ao passo que reduz a superlotação e não compromete os cofres públicos.

Diante de toda a fundamentação exposta votou pelo provimento ao recurso extraordinário interposto no sentido de reconhecer o direito do apenado a ser indenizado pelos danos morais sofridos, em decorrência da superlotação e do encarceramento em condições desumanas e degradantes, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena, conforme quociente a ser fixado pelo Juízo da Execução de um dia de pena por cada três a sete dias de

⁶ Para Gargarella (2014) por diversas razões a utilização de práticas dialógicas pode ser considerada muito interessante, mesmo para pessoas com posicionamentos opostos, pois a linguagem do diálogo conduz a uma conotação emotiva favorável, à medida que parte da premissa de uma resolução de conflitos civilizada e respeitosa em momentos de antagonismo político. Nesse aspecto reside um dos principais benefícios desse tipo de solução: a possibilidade de diferentes poderes do governo alcançarem acordos consensuais se afasta das críticas relacionadas com a imposição de uma solução vinda de cima, situação muitas vezes relacionada à revisão judicial de constitucionalidade.

pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana. Subsidiariamente, para os casos nos quais o detento já tenha cumprido a pena em sua integralidade ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a fixação do valor pecuniário da indenização por danos morais fica a cargo do juízo cível competente.

O mecanismo de reparação alternativo proposto no voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso recebeu o reconhecimento de ambos os Ministros que já haviam proferido seus votos em favor da condenação do Estado de Mato Grosso do Sul, Teori Zavascki (relator) e Gilmar Mendes. No entanto, diante da complexidade inerente à questão e da inovação proposta no voto houve controvérsia, quanto à possibilidade da criação de uma nova forma de remição penal, não prevista em lei, eis que, segundo entendimento contrário, tal tarefa caberia somente ao Poder Legislativo.

Na mesma sessão plenária, de parte do presidente do STF e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministro Ricardo Lewandowski, foi destacada a importância de ações que estão sendo desenvolvidas pelo CNJ, como o programa Cidadania nos Presídios, e informada a propositura de um estudo para a redação de resolução no sentido de indicar medidas administrativas para mitigar a situação adversa de presos nos presídios brasileiros, dentre elas a viabilidade e efetividade da utilização da remição.

O julgamento foi então outra vez suspenso em razão de um novo pedido de vista, nessa oportunidade, realizado pela Ministra Rosa Weber, que solicitou mais tempo para a análise do caso. Ainda pode haver a reversão do quadro, eis que ainda devem votar mais seis Ministros, no entanto, a partir dos três votos já manifestados até o momento - todos em favor do provimento do Recurso Extraordinário - é possível vislumbrar o entendimento, ainda que parcial do STF no tocante ao relevante problema social em pauta no país.

4 O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO: A SEPARAÇÃO DOS PODERES EM XEQUE?

A concepção do contrato social tinha, evidentemente, como objetivo justificar o nascimento da sociedade civil e da política. As três linhas principais surgem a partir dos jusfilósofos Hobbes, Locke e Rousseau. O primeiro, Hobbes (2009), se propõe a justificar principalmente a dominação política, que apresenta como a única garantia de paz e estabilidade. Seu pacto social é de união civil e de dominação política mediante a coercibilidade do soberano. Diferente era o posicionamento de Locke (1994) que, invocando o direito natural, para marcar o mínimo de onde partir - direitos naturais já no próprio estado de natureza - se propôs a justificar a necessidade de limitar e controlar o poder político. Já Rousseau (2010) se baseou em um acordo consensuado - o contrato social - que permitia conservar a igualdade e a liberdade, características do estado de natureza, para construir uma sociedade civil de homens livres e iguais.

Desde então, e até hoje, o acordo fundamental que se sustenta neste contrato social foi concretizado, tanto nos antigos como nos modernos Estados em uma Constituição. A Constituição é o resultado de uma deliberação política - quando não uma simples negociação - em um momento histórico-social determinado, entre forças e valores desiguais, dentro de um amplo espaço democrático formal. Daí que o resultado de tais negociações e coerções, mais ou menos invisíveis, seja necessariamente parcial e induzido a uma ideologia, embora suficientemente válido e legítimo para fundar e dirigir um regime democrático, sancionado e, ademais, e isso é decisivo, referendado pelo povo (GORCZEWSKI; MARTIN, p. 76-77).

O alargamento do Estado liberal em Estado democrático se constituiu em um processo de emancipação da sociedade civil que fez com que a mesma se tornasse uma inesgotável fonte de demandas,

cada vez mais numerosas, urgentes e onerosas, dirigidas ao governo, ficando a cargo desse a obrigação de dar as respostas adequadas. No entanto, a quantidade e rapidez dessas demandas são de tal ordem que nenhum sistema político, por mais eficiente que seja, pode a elas responder adequadamente (BOBBIO, p. 48).

As exigências de atuação do estado, originadas dos direitos fundamentais tem elevado o número de intervenções na área protegida por esses, conduzindo a um enfraquecimento de sua força protetora. Assim, os críticos responsabilizam à compreensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais pela elevada discricionariedade na interpretação desses direitos, assim como pela consequente perda de racionalidade da aplicação jurídica, vendo nisso a causa principal da usurpação das competências políticas pelos tribunais (GRIMM, 2006b).

Ocorre que as mudanças sociais passaram a se intensificar e o direito deixou de dar as soluções que dele se esperava, gerando assim uma crise de legitimação e a perda do consenso de sua base de verdade. Tal cenário tornou necessária uma mudança jurídica buscando reestabelecer o nexo que havia se perdido entre as exigências esperadas pela sociedade e as soluções jurídicas fornecidas pelo ordenamento (GRIMM, 2006b).

Mudanças jurídicas também são importantes, haja vista que não é a lei a última instância de referência, mas a Constituição e seu intérprete, nesse cenário os Tribunais Constitucionais passaram a assumir um renovado protagonismo (GORCZEVSKI; MARTIN 2011). Essas alterações também tentem a repercutir sobre o funcionamento do Estado e do governo, reclamando maior eficiência das políticas sociais (BUCCI, p. 31).

O Tribunal Constitucional ganhou grande destaque no contexto do Estado Constitucional, à medida que é responsável por garantir a observância da Constituição e dos direitos fundamentais. No entanto, no exercício de tal função os tribunais constitucionais vêm sendo criticados e indagados acerca dos limites, bem como da legi-

timidade do poder de sua intervenção (LEAL, 2012). Atualmente o problema não reside apenas em saber qual é o papel do Estado em um país que sofreu inúmeras mudanças e deixou de ser tão periférico como era no passado, mas o dilema está em apontar quais são os modos de atuação para a realização adequada e bem-sucedida dos objetivos democraticamente escolhidos (BUCCI, p. 27).

A demanda pelo Estado, especialmente nos países em desenvolvimento, tende a ser mais específica, reclamando um governo coeso e em condições de articular a ação necessária para a modificação das estruturas que reproduzem o atraso e a desigualdade. Nesse sentido, recai sobre o governo a função de organizar a alocação dos meios públicos, dirigir e executar a Administração Pública, além de coordenar e planejar a ação coletiva em diversos níveis e abrangências (BUCCI, p. 33). O que tem ocorrido é que, atuando com a finalidade de tentar cumprir com seus deveres constitucionais, o Poder Judiciário tem sido acusado de invadir competências reservadas para o Executivo e Legislativo (LEAL, 2012).

Nessas circunstâncias seria possível encontrar uma alternativa limitando a sentença judicial à constatação do dever estatal de atuação, deixando ao legislador a tarefa de cumprir tal dever. A lei, ao positivar um direito considerado mínimo indispensável não atua de modo constitutivo, mas sim declaratório. Assim, em caso de omissão do legislador, a administração ou os tribunais de justiça devem conceder diretamente o mínimo indispensável de direitos fundamentais. A dogmática dos direitos fundamentais se ajusta, então, à tarefa de preparar o mínimo indispensável de conteúdo positivo para qualquer direito fundamental concreto, isso diminuiria ao mínimo risco a discricionariedade na interpretação (GRIMM, 2006a).

A sistematização teórica da abordagem das políticas públicas deve contribuir para a criação de fórmulas de organização e estruturação do Poder Público capazes de melhorar a sua intervenção, o que lhe conferirá um caráter mais efetivo, racional e compreensível

aos olhos do cidadão, acelerando o processo de modernização, de redução da desigualdade e de inclusão social (BUCCI, p. 37), afinal os direitos sociais custam dinheiro, e custam muito dinheiro (CANOTILHO, 2004), mas precisam ser tutelados pelo Estado.

Ao moderno Estado de bem estar social corresponde à tarefa de velar ativamente pela prosperidade e justiça, servindo-se de todos os meios indiretos de controle para evitar as crises e estruturar a sociedade (GRIMM, 2006a).

5 CONCLUSÃO

A partir dos aspectos percorridos ao longo do texto e, tendo como objetivo para essas considerações finais a tarefa de propor uma reflexão acerca de qual a melhor resposta para o problema relacionado à presente pesquisa, inicialmente cumpre destacar que a temática envolve uma questão consideravelmente polêmica, o que de forma compreensível justifica que ao olhar de grande parte da sociedade - tomada pelas notícias diárias de violência e corrupção - tal discussão possa causar indignação e repulsa.

Pode parecer inadmissível que um cidadão que tenha causado um dano à vida de outrem, por exemplo, possa vir a receber uma indenização do Estado, no entanto, há que se analisar as funções da pena, bem como os direitos inerentes à pessoa unicamente pelo fato dela ser um ser humano, condição essa que não lhe é ceifada quando da imputação de uma condenação penal, ou seja, ainda nesses casos seus direitos precisam ser observados.

O entendimento - até então parcial - manifestado através dos primeiros três votos dos Ministros do STF, seguem no sentido de decidir pelo dever do Estado em indenizar o apenado que porventura tiver sua dignidade violada pelas condições precárias do sistema penitenciário, no entanto, parece que, utilizando esse paradigma, o Estado também deveria indenizar todos os cidadãos atendidos em situa-

ção precária na rede de saúde, em macas nos corredores sob as quais muitas vezes transitam ratos e baratas, dividindo um único banheiro, sem qualquer condição de higiene e dignidade. As situações podem ser projetadas em analogia e, realizado esse exercício mental, não parece haver diferenças relevantes que tornem esses indivíduos mais ou menos merecedores quando comparados entre si.

Volta-se à questão relacionada à análise qualitativa da prestação do direito fundamental pelo Estado, e da linha tênue que separa sua caracterização dentro da esfera do mínimo existencial e sua adequação à disponibilidade de recursos - reserva do possível. O limite entre o possível e o suficiente recai sobre critérios subjetivos de difícil apreciação, especialmente quando utilizada a analogia com outras situações de violação da dignidade e demais direitos fundamentais como ocorre, por exemplo, no caso caos da saúde pública.

Há que se ponderar que o ato de indenizar não fará cessar a violação, muito pelo contrário, a oneração dos cofres públicos poderá prejudicar ainda mais a garantia dos direitos prestacionais de forma geral, não apenas os relacionados aos indivíduos em situação de privação de liberdade, mas também a toda a coletividade.

Alguns aspectos pontuais visualizados na análise do julgamento do processo nº 0005157-18.2003.8.12.0008 TJ/MS são merecedores de crítica, pois ao passo que o Judiciário cobra do Estado uma postura mais ativa rumo a uma solução para a crise no sistema carcerário, alegando que há anos a situação se posterga no país, em contrapartida a tramitação desse único processo versando sobre a matéria já perdura por mais de dez anos sem uma decisão final. Destaca-se, nesse aspecto, que Anderson Nunes da Silva - o autor do processo - inclusive já teve a progressão para o regime aberto no ano de 2008 e hoje se encontra em liberdade condicional. O mal pelo qual ele postulava indenização, almejando que fosse cessado, perdurou ao longo de todo o período no qual esteve encarcerado sem solução, seja de parte do Executivo, seja de parte do Judiciário.

A possibilidade aventada quanto à concessão de benefícios que possibilitem a soltura antecipada dos apenados depois de realizado o cumprimento da pena - ainda que parcial - reinserindo-os no convívio social antecipadamente, seja através de mais uma forma de remição, seja através de outras prerrogativas, além de representar um ônus para o próprio apenado, que na maioria dos casos não encontrará condições para sua inclusão no mercado de trabalho e, conseqüentemente, na sociedade, restando-lhe como alternativa provável retornar ao mundo do crime - o que se comprova pelos elevados índices de reincidência -, também representará um risco iminente para a sociedade.

Se atualmente o ponto a ser criticado é que da dupla finalidade da pena somente o Estado somente tem cumprido a punição, e o dever de ressocialização parece inócuo, a soltura antecipada de presos não solucionará a segunda e ainda prejudicará a primeira, podendo inclusive acentuar a ideia de impunidade. Outro ponto que merece destaque consiste no fato de que a análise dos votos dos Desembargadores e dos Ministros - com exceção do voto do Ministro Luís Roberto Barroso - evidencia um esvaziamento do foco na questão dignidade da pessoa humana para o protagonismo acentuado dos reflexos financeiros.

Quando a discussão deveria se dar de maneira contundente na esfera da verificação das condições desumanas às quais estava submetido aquele indivíduo, o cerne da discussão se deu no que diz respeito ao embate entre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. Dessa forma, acaba se perdendo o principal objetivo que devem pautar as políticas públicas relacionadas ao sistema carcerário brasileiro, o resgate da condição humana nas penitenciárias, passando a uma análise fria sobre a possibilidade de destinar recursos para tal, seja a título de investimento na estrutura dos estabelecimentos prisionais, seja a título de indenização aos que lá tiveram seus direitos violados.

Para um adequado equilíbrio do Estado Democrático de Direito brasileiro, a separação entre os poderes deve ser mantida. Cabe ao Judiciário o poder de dar a jurisdição, interpretando a lei quando aplicada ao caso concreto, no entanto, o poder de legislar deve caber tão somente ao Legislativo. Nesse sentido, a criação de nova forma de remição penal parece um exagero, extrapolando os limites do razoável. O que precisa ser inaugurado é uma cultura dialógica, para estreitar os laços entre os Poderes, fazendo-os atuar em cooperação.

Talvez uma alternativa que possa ser interessante é a realização de políticas públicas com vistas à criação de vagas ou ainda a construção de presídios privados, ou públicos administrados pela iniciativa privada através de concessões por determinado lapso temporal.

Iniciativas como o programa Cidadania nos Presídios e o projeto Audiência de Custódia são extremamente importantes nesse cenário, pois permitem resgatar a dignidade do preso que está sob a custódia do Estado e combater a criminalidade.

Por fim, diante da reflexão proposta ao longo do texto, conclui-se que o controle de constitucionalidade das políticas públicas possui relevante importância no cenário nacional, no entanto a essa atividade precisa ser agregada uma cultura dialógica de cooperação entre os poderes sempre norteados pela busca da satisfação dos direitos fundamentais. Assim, a intervenção do Judiciário em atos que incumbem ao Executivo - e até mesmo ao Legislativo como é o caso da propositura de uma nova forma de remição penal - excede as raias do razoável, podendo desestabilizar a harmonia do sistema.

Entretanto, a complexidade e atualidade da questão - ainda em apreciação pelo STF - permite que outras respostas possam ser propostas ou procuradas de forma permanente ou, pelo menos, discutidas em busca de soluções para a crise do sistema prisional no Brasil.

REFERÊNCIAS

- BBC. *Prisões-modelo apontam soluções para crise carcerária no Brasil*. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/03/140312_prisoas_modelo_abre_lk>. Acesso em: 07 jul. 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Barueri: Manole, 2009.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 jul. 2015.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 07 jul. 2015.
- BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 580252*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961>>. Acesso em: 05 jul. 2015.
- CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Metodologia ‘fuzzy’ e camaleões normativos. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL/MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006a.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006b.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente “un activismo” o “el” activismo? *Estudios constitucionales*, n. 2, p. 429-454, 2012.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia limites e possibilidade para a reforma prisional no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Rio Grande do Sul, n. 12, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Glossário Jurídico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acesso em: 08 jul. 2015.



Capítulo III

Seguridade Social e Direito do Trabalho

DIREITOS FUNDAMENTAIS DA SEGURIDADE SOCIAL E OS POSTULADOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Adilso Antonio Santin*

RESUMO

Uma verdadeira simbiose das garantias constitucionais que endossam a prática da análise jurisdicional dos atos normativos pode ser vislumbrada no conteúdo da cláusula do devido processo legal, que tradicionalmente é visto como de índole meramente procedimental, mas que, não obstante, ostenta uma evidente concepção substantiva, que se mostra apta a autorizar a análise judicial da razoabilidade, da proporcionalidade e da motivação dos atos estatais. Nesse âmbito, uma decisão polêmica do Supremo Tribunal Federal acerca da extensão de novos parâmetros legais da pensão por morte aos benefícios anteriormente concedidos serve bem para fim de averiguação da forma pela qual a Corte tem se conduzido em relação a esse debate, no que se destaca uma clara divisão ideológica e a prevalência de uma linha de pensamento que não se coaduna com as exigências dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Seguridade social. Devido processo legal substantivo.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 9.032/1995 modificou o regime do benefício da pensão por morte, de modo que, entre outras alterações, o mesmo passou a ser equivalente a cem por cento do salário de benefício do segurado, contra os oitenta por cento anteriores. Essa alteração legislativa levou os pensionistas cujas concessões se deram anteriormente

* Graduado em Direito; adilsosantin@gmail.com

à vigência da mesma a procura de uma equiparação junto ao Poder Judiciário, discussão que chegou ao Supremo Tribunal Federal por via do Recurso Extraordinário 415.454, de iniciativa do Instituto Nacional do Seguro Social. O recurso acabou provido por maioria, em que pesem as eloquentes manifestações dos Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda pertence, que o desproveram a partir de importantes argumentações vinculadas à doutrina dos direitos fundamentais.

Ainda que o resultado do julgamento tenha sido contrário aos pensionistas, este caso serve bem para que se analise o possível reconhecimento da concepção substantiva do princípio do devido processo legal e o conseqüente atendimento de seus postulados no âmbito dos votos dissidentes, especialmente o proferido pelo Min. Ayres Britto, que colocou a questão de uma maneira tal que o consagrou para efeitos futuros. No mesmo sentido, o voto condutor também se presta à mesma análise, ainda que para efeito contrário, ou seja, de demonstrar seu distanciamento para com a aptidão substancial da garantia do devido processo legal.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA SEGURIDADE SOCIAL E A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O art. 6^o da Constituição Federal elenca, dentre outros direitos sociais reconhecidos, a saúde, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados como direitos fundamentais. Pela dicção do art. 194² da Carta de

¹ “Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

² “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

1988 se nota que a saúde, a previdência e a assistência social formam um conjunto de iniciativas de titularidade dos poderes públicos e da sociedade que se convencionou chamar de seguridade social; ainda que de maneira um tanto imprópria, posto que não se trate de uma palavra típica da língua portuguesa, o que a deixa um tanto vazia de significado; orientado por princípios tais como universalidade de cobertura e atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços para as populações urbanas e rurais e irredutibilidade do valor dos benefícios e diversidade da base de financiamento, além do caráter democrático e descentralizado da administração, que deve ser realizada por representantes de todos os envolvidos. Mesmo a inegável didática do texto constitucional, que faz menções pontuais à saúde, à previdência e à assistência social, não impede a confusão frequente entre esses três conceitos, muito porque as bases de custeio são as mesmas, em que pese o aspecto direto das contribuições para a previdência social, que revertem em benefícios como aposentadoria, auxílio-doença e pensão por morte, cujos valores decorrem de fórmulas que consideram, inclusive, as contribuições realizadas pelo próprio segurado e por seu empregador, além de outros detalhes particulares, como a idade ou a incapacidade para o exercício de atividades rotineiras, enquanto que, ao contrário, não existe tal correspondência no âmbito da saúde e da assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - eqüidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.” (BRASIL, 1988).

Para Alexy (2009, p. 433 e 439), os direitos sociais são direitos de defesa do cidadão em face do Estado, mas também podem caracterizar direitos que colocam o indivíduo em posição de obter do Estado aquilo que obteria do particular se dispusesse de recursos financeiros suficientes e se houvesse uma oferta bastante no mercado, como os direitos à saúde, trabalho, moradia etc. Ou seja, desse ponto de vista pode-se afirmar que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjetivos exigíveis em face do Estado, afirmativa que implica uma vinculação com toda a complexidade que circunda a atuação estatal e sua conturbada relação com o indivíduo, o que se torna ainda mais drástico em épocas de recursos escassos, pois é pertinente considerar as necessidades orçamentárias inerentes à realização dos ditos direitos.

Em se falando na defesa de direitos fundamentais, que protegem o indivíduo do Estado e também de outros particulares, há que se considerar desde logo uma garantia internacionalmente reconhecida, inscrita no artigo 5º, LIV,³ da Constituição Federal, que atesta que ninguém será preso ou privado de seus bens sem a observância do devido processo legal, ditame visto prioritariamente como uma garantia de natureza formal/procedimental/adjetiva, que implica, basicamente, na garantia dos parâmetros processuais legais para fim de análise do alcance de alguma prerrogativa vinculada aos clássicos direitos gerais de vida, liberdade e propriedade, nos quais se inclui, por diversos e intuitivos motivos, os direitos da seguridade social.

³ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (BRASIL, 1988).

Segundo afirmado por Castro (2010, p. 383), a cláusula do devido processo legal foi inserida na Constituição Federal de 1988 com o intuito de suprir a inexistência de disposição similar nas Cartas anteriores, o que, se não impedia sua observância, principalmente no âmbito jurisprudencial, caracterizava-a tão-somente como uma “garantia inominada”, de índole processual, e, portanto, sempre sujeita às vicissitudes que envolvem cada análise judicial.

Na linha de concordância com o reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos e também no sentido de dar ênfase à aplicação dos elementos da garantia do devido processo legal aos mesmos, Abramovich (2011, p. 228-239) destaca a evidente necessidade da incidência da ideia da razoável duração do processo, a possibilidade da revisão judicial das decisões administrativas e a paridade de armas processuais como corolário do princípio da igualdade, acrescentando que também é necessária a verificação da presença de certas condições vinculadas ao princípio da legalidade, como a existência de lei anterior, a prévia notificação ao segurado e a possibilidade de discussão em nível administrativo.

De toda forma, importa destacar a fundamentalidade reconhecida aos direitos da seguridade social pelo texto constitucional brasileiro, que o fez a partir de previsões internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana sobre Direitos Humanos e as convenções emanadas da Organização Internacional do Trabalho.

Do viés do devido processo legal, merece especial destaque a Convenção 102 da OIT, que faz previsões pioneiras acerca dos direitos de reclamação junto ao órgão administrativo encarregado da gestão da seguridade social e de apelação a um órgão judiciário independente desse organismo (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p. 190). Além desses e outros direitos básicos, a OIT recomenda a observância dos princípios decorrentes da garantia do devido processo legal, que pressupõe a igualdade processual entre

as partes litigantes, o tratamento dinâmico do ônus probatório e as demais garantias dispostas nos arts. 8^o e 10^o da Declaração Universal de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p. 199).

Este breve apanhado já se mostra suficiente para que; tendo em vista os circunscritos fins deste estudo; se confirme a subjetividade dos direitos fundamentais da seguridade social e se reconheça a amplitude da aplicabilidade da cláusula do devido processo legal aos mesmos, tanto no âmbito administrativo quanto judicial.

3 A CONCEPÇÃO SUBSTANTIVA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E O CONTROLE DA RAZOABILIDADE DOS ATOS NORMATIVOS

Conforme leciona Martel (2005, p. 1-2 e 39), o princípio do devido processo legal surgiu como uma garantia procedimental, com a cláusula *law of the land* da Magna Carta inglesa, e adquiriu uma concepção substantiva, cuja origem obscura, remonta a algum momento inespecífico entre a edição da Magna Carta inglesa e a aprovação da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, período em que surgiram seus elementos pré-condicionais, quais sejam, Constituição escrita com declaração de direitos fundamentais, supremacia da Constituição e possibilidade do controle jurisdicional da constitucionalidade de todos os atos normativos.

⁴ “Art. 8^o. Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2014).

⁵ “Art. 10. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2014).

O conceito de supremacia da Constituição quer que a mesma seja escrita, rígida e hierarquicamente superior aos atos dos poderes constituídos, ao qual se vincula a ideia do devido processo legal substantivo, como uma cláusula que permite aos Tribunais a análise da razoabilidade dos atos normativos impostos pelo Estado em face dos direitos de vida, liberdade e propriedade (MARTEL, 2005, p. 40-46).

Tem-se, por certo, que o reconhecimento da versão substantiva do devido processo legal implica na existência de algumas condições que a sustentam, e que tal depende em muito de uma concepção geral que coloca a Constituição como uma norma superior a todas as demais, que lhes serve tanto de guia quanto de limite. Essa assertiva parece sugerir enfaticamente que a tradição constitucionalista de um Estado traz influência direta para o maior ou menor reconhecimento da relevância do conteúdo da cláusula do devido processo legal na sua aceção substantiva, da mesma forma que antecipa certa proeminência do Poder Judiciário, pois lhe é dada a faculdade de negar vigência a determinados atos do Legislativo e mesmo de orientar certas atitudes do Executivo, o que, em se considerando os parâmetros da tradicional doutrina da separação das funções do poder, soa um tanto despropositado.

Acerca do destaque exercido pelo Poder Judiciário no cenário norte-americano, Pound (2011, p. 78) afirma que os tribunais daquele Estado exercem poder maior do que seus pares na medida em que o princípio do devido processo legal traz consigo a inafastável garantia de uma interpretação tradicional do direito consuetudinário, além de uma histórica aversão à contrariedade do direito comum e à razão e, ainda, a persistência da arraigada prática colonial de declaração de invalidade de normas impostas em face do direito comunitário pela Administração Pública. Ele continua acrescentando que os tribunais podem exercer esse poder por força da detenção da prerrogativa de constante reinterpretação da Constituição, que lhes garante a decla-

ração de invalidade de atos que se mostrem contrários ao texto assim atualizado (POUND, 2011, p. 94).

No Brasil, segundo Yoshikawa (2007, p. 226-233), o Supremo Tribunal Federal vislumbrou a versão substantiva do princípio do devido processo legal logo após a promulgação da Constituição de 1988, passando quase que imediatamente a entender como atribuição sua a averiguação da razoabilidade das leis, o que, a bem da verdade, já era realizado sob a vigência das Cartas anteriores, ainda que pela aplicação de outros princípios constitucionais. O mesmo autor (YOSHIKAWA, 2007, p. 234-235) refere que alguns, porém não muitos, abalizados doutrinadores nacionais também aderiram à ideia contida na substancialidade da cláusula do devido processo legal, citando os exemplos dos eminentes juristas San Tiago Dantas e Ada Pellegrini Grinover.

Portanto, no que importa ao presente estudo, o reconhecimento de uma versão substantiva da garantia do devido processo legal implica em autorização para que o Poder Judiciário avalie se um ato normativo se reveste de inconstitucionalidade sob o ponto de vista material; ou seja, afora as questões procedimentais, se tal norma encontra respaldo no texto constitucional interpretado no contexto específico do debate travado. Isso, no dizer de Castro (2010, p. 393), quer significar que a aptidão substantiva do devido processo legal mantém estreita relação com a razoabilidade e a proporcionalidade, além de exigir a devida motivação dos atos estatais.

4 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 415.454: IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MAJORAÇÃO DA PENSÃO POR MORTE AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 9.032/1995

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS fez chegar ao Supremo Tribunal Federal pretensão direcionada à impossibilidade da incidência imediata do disposto na Lei 9.032/1995; que modificou o

art. 75⁶ da Lei 8.213/1991 para efeito de elevar o benefício de pensão por morte para cem por cento do salário de benefício do segurado; aos benefícios concedidos na vigência do texto original do art. 75 da Lei 8.213/1991, que previa que tal benefício seria de oitenta por cento do salário de benefício do segurado, acrescido de tantas parcelas de dez por cento quantos fossem os dependentes, limitadas, contudo, ao máximo de duas.

O histórico do caso mostra que a sentença emanada do Juizado Especial Federal Cível de Florianópolis - SC foi pela improcedência do pedido de incidência da alteração legislativa consubstanciada na Lei 9.032/1995 relativamente a um benefício de pensão por morte concedido na vigência da antiga previsão do art. 75 da Lei 8.213/1991. Essa decisão se disse embasada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando que a nova disposição não determinara expressamente sua incidência aos casos de benefício concedidos anteriormente à sua vigência, que o § 1º, do art. 6º,⁷ da Lei de Introdução ao Código Civil inadmitia a revisão de benefícios concedidos há mais de cinco anos, porquanto se tratasse de ato jurídico perfeito já consumado, que caberia a aplicação do conteúdo da Súmula 359⁸ do Supremo Tribunal Federal, que era evidente a aplicação do princípio *tempus regit actum* e, ainda, que o Supremo Tribunal Federal não

⁶ “Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei.” (BRASIL, 1991).

⁷ “Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.” (BRASIL, 1942).

⁸ Súmula 359: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.” (BRASIL, 2008).

admitia a retroatividade mínima da lei, mesmo porque, vedada textualmente pelo disposto no art. 5º, XXXVI,⁹ da Constituição Federal.

Em que pesem tais argumentos, a Turma Recursal da Seção Judiciária de Santa Catarina reconheceu o direito à majoração prevista da nova regra, ao argumento principal de que a concepção objetiva da aplicação da lei no tempo indicava que a mesma pudesse alterar efeitos futuros, sem que isso implicasse em retroatividade. Foram mencionados posicionamentos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça na mesma linha decisória, além de disposições constantes das Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969, tudo no sentido de que a retroatividade era proibida em atenção à segurança jurídica e à confiança dos cidadãos e que, ademais, o Supremo Tribunal Federal decidira, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 605-DF, que a irretroatividade decorria de previsão expressa e taxativa e que visava inibir a adoção de restrições gravosas por parte do Estado em face do cidadão. A comentada decisão ainda asseverou que se tratava de direito fundamental, que exigia do Estado, além da abstenção de ingerência na liberdade individual, a adoção de medidas tendentes à realização das previsões constitucionais inerentes e, por fim, disse que, considerando a questão da fonte de custeio necessária à suposta majoração do benefício, que se tratava de ônus da Administração Pública a prova do alegado desequilíbrio financeiro que seria gerado pela eventual extensão dos efeitos da nova lei aos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência.

⁹ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (BRASIL, 1988).

O Relator do caso no Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, iniciou sua exposição dizendo que o acórdão recorrido estava em consonância com recente orientação adotada pela Primeira Turma da Corte, mencionando algumas decisões que corroboravam com o afirmado, ainda que não fossem concordes com o seu posicionamento. Ele também trouxe esclarecimentos acerca de questões pertinentes à evolução normativa do benefício de pensão por morte, enfatizando a diferença entre seu regime originário, decorrente da disciplina da matéria na Constituição de 1988, e a alteração trazida pela Lei 9.032/1995, inclusive em relação ao fato de que a nova norma não distinguia o acidente de trabalho do acidente ocorrido em ambiente ou circunstâncias alheias ao mesmo e ainda pontuou que na nova previsão legal o critério para cálculo do benefício passava a ser o salário de benefício, em detrimento dos ditames anteriores.

Diante de tais premissas, poder-se-ia resumir o debate que chegou ao Supremo Tribunal Federal a partir da busca pelas respostas aos seguintes questionamentos:

- a) se a produção de efeitos de uma lei nova sobre situações ainda pendentes e originadas em momento que vigorava outra lei caracterizaria a irretroatividade vetada constitucionalmente;
- b) se a inscrição da irretroatividade da lei no rol das garantias fundamentais exigiria sua aplicação em prol do cidadão e contra o Estado;
- c) se o sistema de seguridade social teria condições de fazer frente ao acréscimo de despesas no caso de garantia dos novos parâmetros aos benefícios concedidos anteriormente;

d) se a impossibilidade da extensão dos novos parâmetros aos benefícios anteriores era compatível com o princípio da igualdade.

Apresentado o relatório, o Min. Gilmar Mendes passou a defender o provimento do recurso extraordinário, frisando que:

a) não havia previsão legal para a extensão das alterações aos benefícios concedidos anteriormente à vigência da nova lei;

b) que os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito não protegiam posições jurídicas de mudanças de institutos ou estatutos jurídicos;

c) que a mudança legislativa em questão viera acompanhada de medidas que garantiam o equilíbrio atuarial do sistema, conforme exigido pelo disposto no § 5º¹⁰, do art. 195, da Constituição Federal, o que não contemplava a repercussão de sua eventual extensão aos benefícios anteriormente concedidos;

d) que a invocação do princípio da isonomia não socorria a pensionista por dois motivos: porque se tratava de uma exigência de caráter operacional do sistema previdenciário, contingenciado pela realidade financeira e atuarial, e por-

¹⁰ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.” (BRASIL, 1988).

que a única possibilidade hermenêutica indicava a imposição das leis gerais do sistema previdenciário.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ellen Gracie acompanharam o Ministro Relator sem acréscimos importantes para os fins do presente estudo. Já os Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence negaram provimento ao recurso extraordinário, de modo que o resultado do julgamento apontou para o provimento do mesmo por seis votos a favor e quatro contra. Todavia, é importante notar desde já que, como é comum ocorrer em decisões colegiadas acerca de temas de extrema importância, os votos vencidos podem trazer reflexões tão ou mais relevantes do que o voto condutor para efeitos futuros, e, neste caso, os mesmos são de inegável conteúdo e qualidade técnica.

Depois do relatório e do voto do Relator, o Ministro Eros Grau pediu vista dos autos para fim de bem analisar algumas afirmações que lhe teriam causado certa perplexidade, mesmo porque afirmou que já se posicionara favoravelmente à incidência da Lei 9.032/1995 relativamente aos benefícios concedidos antes de sua vigência. Em seu voto-vista ele diz não ter sido convencido pelo voto do Relator, reportando-se a seu próprio voto na ADI 3.105 para fim de afastar a aplicação do princípio *tempus regit actum*, pois a tutela do disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal abarcaria situações manifestas nos planos da existência, da validade e da eficácia, no que interessariam, para o julgamento em curso, apenas os fatos pendentes para fim de incidência da nova Lei, que sobre eles se aplicaria imediatamente. No mesmo sentido, acrescentou que a necessidade de indicação expressa de fonte de custeio total também não merecia guarida, posto que a Lei 9.032/1995 também não o fizera e, por isso, seria ela mesma inconstitucional, embora o debate não permitisse tal

análise, que, todavia, colaborava para que se chegasse facilmente a essa conclusão.

Também em voto-vista, o Ministro Carlos Ayres Britto fez uma resenha dos votos até então proferidos para depois elencar os principais contornos da previdência social, no que destacou se tratar de um direito fundamental do tipo “substantivo ou material”, cujo desfrute dependia de políticas públicas, cuja onerosidade para o Estado é elemento implícito. Considerava-se, portanto, um conjunto de direitos subjetivos oponíveis em face do Estado, qualificados constitucionalmente como de trato sucessivo e irredutíveis por força do disposto no inciso IV¹¹ do art. 194 da Constituição Federal. Prosseguiu colocando a previdência social “como um subsistema constitucional” que compõe a seguridade social, cuja estruturação entre fontes de custeio e concessões de benefícios é evidente, como é visível sua natureza de “regime” e não de contrato, o que sugeriria a questão de como resolver sua convivência com a garantia constitucional do ato jurídico perfeito. A partir daí, o voto passa a considerar que a garantia da “irretroatividade danosa” foi concebida contra o poder normativo do Estado, por onde se vedava ao INSS a arguição em seu favor da garantia constitucional do ato jurídico perfeito, mas, por outro lado, garantia à Lei 9.032/1995 um alcance condizente com os ditames constitucionais, mesmo porque, uma das orientações da mesma era alcançar aos segurados da previdência social um tratamento semelhante ao conferido aos vinculados ao sistema de previdência pública dos servidores federais. Na mesma linha de raciocínio,

¹¹ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

[...]

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios.” (BRASIL, 1988).

o Min. Ayres Britto afirmou que o silêncio da nova Lei implicava a necessidade de um tratamento isonômico a todos os pensionistas e não apenas àqueles cujos benefícios fossem concedidos na sua vigência. Por fim, o voto atenta para o fato de que a Lei 9.032/1995 trouxe consigo o firme propósito de reestruturar o sistema previdenciário e, conseqüentemente, melhor servir o segurado, especialmente quanto à isonomia entre eles, tanto ao incrementar benefícios tradicionais como a pensão por morte quanto ao instituir novas fontes de custeio e reduzir ou extinguir despesas; ou seja, o novo diploma foi pensado em irrestrita observância das previsões constitucionais inerentes ao equilíbrio financeiro e atuarial, inclusive no intuito de alcançar de maneira benéfica os efeitos pendentes dos benefícios já concedidos. Essas e outras considerações secundárias levaram o Ministro a concordar com a decisão recorrida e, por conseqüência, manifestar-se contrariamente ao provimento do recurso do INSS.

Por sua vez, o Ministro Cezar Peluso antecipou o desprovisionamento do recurso por convicções que o levaram a decidir em conformidade com o acórdão recorrido, aduzindo que o Ministro Eros Grau bem analisara as questões atinentes aos conflitos legais intertemporais e à necessidade de prévia disponibilidade orçamentária, acerca da qual a exposição de motivos da Lei 9.032/1995 já esclarecera a existência de fontes suficientes, o que contraindicava a necessidade da criação de outras para fim de extensão das novas previsões aos benefícios concedidos preteritamente. Ao final, asseverou que o provimento do recurso do INSS implicaria numa discriminação inaceitável para com os pensionistas, que, assim, teriam reconhecidos benefícios desproporcionais porque o evento morte ocorrera em data anterior ou posterior à vigência da Lei 9.032/1995.

Concordando em maior ou menor proporção com os votos que negaram provimento ao recurso extraordinário, especialmente no que dizia respeito à fonte de custeio, o Min. Sepúlveda Pertence enfatizou que o voto do Min. Carlos Ayres Britto garantia a atualidade

do conteúdo da Súmula 654¹² do Supremo Tribunal Federal; que previa que a entidade estatal que editasse uma lei não poderia invocar sua irretroatividade; e, por conta de sua elevada técnica e substância, se revestia de enorme importância para o Direito e também para a Literatura, de modo que deveria ser aplaudido e seguido.

Do voto do Min. Eros Grau é extremamente relevante destacar a argumentação acerca de que não se tratava de irretroatividade da lei, pois que, se a lei é vigente, seus efeitos devem ser produzidos sobre a base fática prevista, sem restrições e de imediato, o que implicava dizer que os efeitos da nova lei seriam apenas e tão somente verificados relativamente aos fatos ainda não ocorridos, ou seja, aos valores que se vencessem a partir do vigor da nova lei. No mesmo sentido, o Min. Ayres Britto disse que, por se tratar de um regime e não de um contrato de efeitos pontuais, certamente havia consequências sérias para a temática do direito adquirido, porque poder-se-ia vislumbrar duas categorias de fatos daí decorrentes, os pretéritos em relação à vigência da norma analisada e, por isso, alcançados pela impossibilidade de retroação dos efeitos da mesma e os ainda não verificados, aqueles que ocorreriam posteriormente à vigência da nova lei, e que por certo deveriam ser alcançados pelas novas disposições, o que não implicava na irretroatividade da lei, mas na sua vigência imediata apenas e tão somente acerca dos fatos ocorridos sob sua égide.

O voto do Min. Ayres Britto parte do correto entendimento dos direitos da seguridade social como direitos subjetivos e exigíveis do Estado, ademais, caracterizados pelo trato sucessivo e pela impossibilidade de redução, garantida por um princípio constitucional específico, além da óbvia onerosidade implicada, que, todavia, encontrava respaldo nas fontes de custeio legalmente estabelecidas.

¹² Súmula 654: “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é intocável pela entidade estatal que a tenha editado.” (BRASIL, 2015).

Esse aspecto do voto parece concordar com uma ideia explícita no princípio do devido processo legal, a da necessidade de lei prévia para fim de privação de liberdade ou de bens, o que decorre do tradicional aspecto procedimental dessa garantia. Ora, não pode ser outra a interpretação da necessidade de lei para fim de restrição a direitos de vida, liberdade e propriedade senão que a mesma seja prévia, e mais, que aí se fixe um alicerce para fim da segurança jurídica do jurisdicionado. Ou seja, que se proíba a retroatividade da lei que se mostre contrária ao direito tutelado, o que o Min. Ayres Britto chamou de “irretroatividade danosa”. Por essa lógica, o INSS não poderia utilizar-se da arguição de irretroatividade da lei, baseada na garantia constitucional do ato jurídico perfeito, em seu favor, enquanto que, o contrário se mostrava viável, pois a Lei 9.032/1995 trazia um avanço que conferia aos beneficiários um tratamento condizente com os ditames constitucionais; mesmo porque, a falta de previsão legal expressa de impossibilidade de retroação confirmava essa lógica. Nesse ponto, convém lembrar que o Min. Sepúlveda Pertence enfatizou que se tratava de questão vinculada ao Conteúdo da Súmula 654 do STF, que, como bem dissera o Min. Ayres Britto, consubstanciava o entendimento do Excelso Pretório no sentido de que o órgão administrativo não podia se beneficiar do pretexto de que a lei não podia retroagir.

Também é oportuno enfatizar que os votos divergentes se pautaram pela ideia de que a extensão das novas regras aos benefícios anteriores não contrariava a previsão constitucional que proibia a concessão de benefícios sem a indicação específica da fonte de custeio, pois a lei o fizera ao criar nova sistemática de custeio, já considerando essa possibilidade. Aliás, o Min. Cezar Peluso frisou que a exposição de motivos da nova lei deixava claro que a questão dos custos decorrentes das previsões que trazia foram bem consideradas, com o que concordou o Min. Ayres Britto, que disse ainda mais, pois enfatizou que se tratava de uma mudança que se incluía em um contexto de melhorias direcionadas para os segurados e beneficiários da

seguridade social, que, de forma evidente, partira das fontes de custeio para a melhoria dos benefícios para todos os beneficiários. Não custa lembrar que a decisão recorrida bem pontuara que a questão da repercussão no custeio pela extensão das novas disposições aos benefícios anteriores era, na verdade, ônus que deveria ser imposto ao órgão previdenciário, pois não existia previsão legal expressa no sentido de que as mudanças não se aplicavam aos benefícios anteriores e menos ainda de que se isso ocorresse deveriam ser criadas novas fontes de custeio.

Por fim, outro ponto de especial relevância; visível, aliás, nos quatro votos divergentes; se encontra na consideração de que a lei se pautara pelo princípio da igualdade, pretendendo dar tratamento isonômico a todos os pensionistas, pois o objetivo geral da norma consistia em uma nova sistemática relativamente à pensão por morte e que, aceitar o contrário significaria entender como razoável a percepção de um benefício que alcançava oitenta por cento do salário de benefício do segurado para os casos anteriores à vigência da Lei 9.032/1995 e cem por cento do mesmo parâmetro para os casos de benefícios concedidos a partir da vigência da mesma, o que atentava até mesmo contra uma lógica comum, independentemente dos parâmetros jurídicos aplicáveis.

5 CONCLUSÃO

A primeira conclusão possível dá conta de que não se vislumbra adesão expressa dos componentes do Supremo Tribunal Federal à doutrina da substancialidade do devido processo legal, mesmo nos votos vencidos, que, todavia, contêm indicativos suficientes para que se identifique alguns dos seus postulados, no que cabe destacar ao menos a postura que salientou a fundamentalidade dos direitos da seguridade social, o adequado posicionamento relativamente ao ônus da prova em desfavor do INSS no que diz respeito às questões

orçamentárias e as eloquentes defesas do igual tratamento diante da lei. Ademais, também foram evidenciados aspectos procedimentais, como a ausência de previsão da nova lei acerca da extensão de seus efeitos aos benefícios anteriores, o que deveria ser interpretado de maneira a se concluir que tal fosse possível, pois se não fosse o texto deveria tê-lo especificado.

Sobre esse mesmo ponto, insta lembrar que o alegado “princípio” *tempus regit actum*; que foi elevado pelo voto condutor à categoria de máxima insuperável; não passa de uma ideia típica do direito civil e, por isso mesmo, que não pode ser considerada no âmbito das discussões sobre direitos sociais, que, afora não serem de índole dispositiva, apresentam outras características que os afastam conceitualmente dos primeiros e, especialmente, não admitem a incidência de valores que já se encontram obviamente superados pela mesma evolução social que trouxe consigo profundas alterações na lógica que orienta as relações entre o Estado e o cidadão.

Outra conclusão evidente mostra que uma interpretação conforme a Constituição indica que os efeitos gerados pela nova lei sobre as situações pendentes não ofende a ideia da irretroatividade da lei. Na realidade, a nova lei não estaria gerando efeitos extravagantes caso seus preceitos fossem aplicados aos benefícios anteriormente concedidos, mas tão somente gerando seus exigíveis reflexos sobre fatos ocorridos sob sua égide, o que nada mais significa do que lhe dar plena vigência. Essa abordagem sugere que toda a discussão se fundava em um debate que não partia de uma base propriamente constitucional, porque, segundo o INSS, o dispositivo constitucional que fora violado era exatamente aquele que previa a irretroatividade da lei.

Quanto ao fato de a previsão da irretroatividade da lei estar inserta no rol das garantias fundamentais, parece certa a conclusão de que a mesma exige sua aplicação em prol do cidadão e, conseqüentemente, contra o Estado, assertiva que decorre da concepção de que os direitos fundamentais são, mais do que, tudo; mas não

apenas; direitos que impõe limites à atuação do Estado em face do particular. Essa linha de raciocínio também se apoia em uma realidade geral relativamente à Constituição, que, além de organizar a estrutura estatal, traçando as grandes linhas de atuação dessa organização, propõe, de maneira geral, a observância de certos valores, que, quando alçados à categoria de fundamentais, se mostram suficientemente importantes para que não sejam interpretados a partir daqueles preceitos originais.

De outro lado, impor ao INSS o ônus da prova acerca da inexistência de base de custeio se mostra adequado, tanto porque a lei não fez menção pontual à impossibilidade do alcance dos benefícios anteriores; de maneira que se pode intuir exatamente o contrário; quanto porque houve uma reformulação do sistema, de maneira que somente o órgão estatal teria condição técnica de demonstrar o desequilíbrio causado se tal ocorresse. Além disso, tal exigência obedeceria inclusive a lógica geral acerca do ônus da prova, porquanto tenha sido o INSS a alegar a impossibilidade do alcance das novas regras aos benefícios cuja concessão se dera sob a vigência de outros preceitos legais.

Por fim, pode-se dizer que a decisão adotada afrontou o princípio da igualdade, pois que a mesma criou duas categorias de pensionistas, os que tiveram o benefício concedido na vigência da antiga redação do art. 75 da Lei 8213 e, portanto, continuarão recebendo oitenta por cento do valor do suposto salário de benefício do segurado, e aqueles cuja concessão se deu sob a vigência das novas disposições, que lhes garantiram cem por cento do salário de benefício do segurado falecido. Ora, não se duvida que a evolução social se mostra presente nas mudanças legislativas, o que pode, muitas vezes, elevar um direito a um novo patamar, mais adequado às circunstâncias atuais, o que, todavia, quando considerados os direitos de trato sucessivo, exige uma atenção redobrada do legislador, porque a ideia geral de igualdade não se coaduna com alterações que, de uma ou outra forma, criem, enfatizem ou facilitem parâmetros

discriminatórios, mormente em se tratando de direito da seguridade social, cujos escopos englobam, inclusive, a inclusão social, a melhor distribuição da renda e a redução das desigualdades sociais, tudo no sentido da realização do supremo ideal constitucional da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução Luís Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/.../constituicao/constituicao88.htm>>. Acesso em: 13 out. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 06 out. 2014.

BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 06 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 359, de 13 de agosto de 2008. Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 08 set. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_31_capSumula359.pdf>. Acesso em 06 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 415.454-4*. Ementário n. 2295-6. Theresia Pflanzil Gil Rimbau e Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 654*, de 26 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stf&num=654#topo>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 06 out. 2014.

LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA PRIMACIA DEL DERECHO. *Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 2011.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade - A linha decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

POUND, Roscoe. *The developmet of constitutional guarantees of liberty*. University of Florida Libraries, 2011. Disponível em: <<http://www.archive.org/details/developmentofconOOpoun>>. Acesso em: 09 ago. 2015.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Origem e evolução do devido processo legal substantivo: o controle da razoabilidade das leis do século XVII ao XXI*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2007.

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL BRASIL

Silvana Barros da Costa*

RESUMEN

El objeto de este artículo es plantear las características básicas del sistema de protección social y seguridad social de la Unión Europea, sus instrumentos protectivos y cómo se han desarrollado durante las últimas décadas y un análisis en los instrumentos formales adoptados por la EU. Esa investigación presenta también cómo se desarrolla la protección social y la seguridad social en Brasil. La metodología se fundamentó, básicamente, en pesquisa doctrinaria y normativa. Los resultados de la investigación dibujan una situación muy distinta: cuál es la valoración de los documentos internacionales que son dados por la Unión europea y por Brasil.

Palabras clave: Protección social. Seguridad Social. Sistemas.

1 INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es presentar una comparativa del funcionamiento de los sistemas de Seguridad Social y Protección social existentes en la Unión Europea y en Brasil, así como los instrumentos formales protectivos de cada uno y cómo se han desarrollado durante las últimas décadas; la existencia de un sistema

* Máster en Dimensiones Materiales y Eficaciales de Derechos Fundamentales por la Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista en Derecho Social y Relaciones Laborales Comparadas por la Universidade Autónoma de Barcelona (España); Profesora de Derecho Constitucional y Derecho Previsional en la Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; silvanabarros871@gmail.com

contributivo y no contributivo; la diversidad de la nomenclatura; lo que engloba la seguridad social en la UE y lo que engloba la Seguridad social en Brasil. Apuntando las diferencias entre los dos sistemas, para, al final, apuntar sus diferencias en la forma de funcionamiento.

2 LA CONCEPCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea tiene un sistema de seguridad social de proyección mundial en materia de protección social en el que se miran muchos países fuera de la UE. Los sistemas existentes aceptan encarar situaciones de fragilidad del trabajador como salud, desempleo, familia, vejez o discapacidad, permitiendo al trabajador el acceso a muchos servicios que le ofrece el Estado, que son imprescindibles para la protección de la dignidad humana, aunque la financiación y la organización de los sistemas (seguridad social) sean de responsabilidad de cada uno de los Estados miembros. La Unión europea tiene el deber de fomentar a los Estados miembros para que hagan mejoras en sus sistemas de seguridad social y actualizar de modo creciente sus sistemas y así cómo los retos existentes en toda la comunidad europea, de modo que incluyan todos los trabajadores en situación de necesidad o desventaja social, como desempleo, con oferta de prácticas en materia de empleo, exclusión social y pobreza, coordinando y supervisando las políticas sociales, supervisando y legislando tanto la aplicación de las normativas del derecho del trabajo cómo la coordinación de los sistemas de seguridad social. De modo que el sistema de protección en la UE es mucho más amplio que el sistema de la seguridad social.

Lo que se observa es que la Unión europea y los Estados miembros se reparten las responsabilidades en la creación de acciones de seguridad social y políticas de empleo o inclusión social. La Unión Europea financia y coordina las acciones de los Estados miembros para que hagan políticas de salud, educación, empleo, reinser-

ción en el mercado laboral, y también, y mucho más importante, la reforma de sus sistemas de protección social.

En los documentos escritos por Beveridge (1942, p. 6), él definió la Seguridad social de forma amplia, con la necesidad de ser discutida como

[...] parte de una política general del Estado, con la finalidad de promover el desarrollo social, y esta afiliación de un mayor número de personas y un mejor trato con miserias sociales, de las que sólo se pueden ver con un sistema de seguridad social en el lado de operación es que el problema de la pobreza se resolverá y la exclusión social.

Sin embargo, fue después de la segunda guerra mundial cuando los países empezaron con mayor fuerza a establecer programas de protección social para sus ciudadanos, tal y cómo se puede comprobar en los términos utilizados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y por la OIT en los “Convenios y Recomendaciones”.

Los sistemas de derechos de la seguridad social (*seguridad social, social security, securité sociale*) tienen un propósito contemporáneo, ya que son derechos de sistemas cuya efectividad depende de una compleja organización de las políticas públicas, los derechos legales y la asimilación de los principios posliberales de la justicia, es decir, a favor de la igualdad de la libertad de todo, la consideración universal de los intereses y la distribución equitativa de los bienes colectivos fundamentales (DWORKIN, 2010; RAWLS, 1997).

También, en los principios clásicos de la Seguridad Social, Beveridge señala que debe haber: a) protección continuada de los que perdieron sus rendimientos; b) la contribución permanente para garantizar la financiación estable del sistema; c) la unificación administrativa de la gestión de las prestaciones y servicios de seguridad social; d) los valores adecuados para los beneficios; e) el sistema de

cobertura universal y f) la adecuada clasificación de los contribuyentes y beneficiarios (BEVERIDGE, 1942, p. 10).

Se debe tener en cuenta que, en el campo de la política social, los instrumentos normativos preferentes son las directivas, frente al reglamento, teniendo la posibilidad de exigir el cumplimiento por parte del Estado miembro (por ser de carácter obligatorio) e inmediatamente aplicable. Mientras tanto, las decisiones y las resoluciones también se utilizan con frecuencia en el ámbito de las políticas sociales, pero de este modo, la capacidad de actuación (competencia) de la EU se ve muy limitada (BAR CENDÓN, 2012, p. 26-46).

No existe en la Unión Europea un sistema propio de Seguridad Social que se pueda exigir de los Estados miembros, una vez que cada Estado miembro mantiene en sus sistemas nacionales el sistema que cree adecuado. El hecho de existir múltiples sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea, hace que ésta aliente a los Estados a tener políticas públicas que ofrezcan este sistema.

3 LOS DIFERENTES MODELOS DE SEGURIDAD SOCIAL

El derecho a la seguridad social en la Unión Europea es un sistema extremadamente complejo, con fuentes de derecho público y privado, donde encontramos el derecho al trabajo regulado por las normas que tienen relación con el trabajo¹ y el derecho a la Seguridad Social que es totalmente público y exigible al Estado,² con la combinación de los niveles contributivos (profesionales, financiados por las cuotas del sistema del seguros) y un nivel asistencial (con destinación social), para los carentes de rentas, sin ingresos o excluidos sociales.

¹ Por ej. empleo, desempleo, creación de normas individuales y colectivas, representación sindicalista.

² Exigibilidad privada solo de naturaleza complementar.

Aquí encontramos las normas de carácter internacional que son observadas por la Unión europea,³ las normas comunitarias,⁴ las normas internas de cada Estado miembro⁵ que deben ser utilizadas para la formación, organización y coordinación de cada Estado miembro.

Las herramientas de protección social en la Unión Europea son establecidas para la reducción de la pobreza, impulsar el dialogo social y civil, incluso la creación de nuevos plazas de empleo que reduzcan las diferencias sociales entre los pueblos, porque los gastos en seguridad social son muy grandes en los distintos Estados miembros. Podemos considerar que los gastos en vejez y viudedad, asistencia sanitaria, los gastos de invalidez y desempleo, los gastos en infancia y familia, maternidad, los gastos en enfermedad, vivienda y exclusión social, en ese orden, son los mayores gastos de protección social en la Unión europea como un todo (CABELLO MARTINEZ, [200-], p. 19-20). La Unión europea tiene como reto combatir la exclusión social y la pobreza.

Como manifiesta Cendón (2012, p. 26-46), lamentablemente la competencia de la Unión Europea en ámbito de las políticas sociales es más de carácter de orientación, coordinación e indicación, dado que legislar es una responsabilidad “compartida”, en los exactos términos referidos en el art. 4 del TFUE. Además, se debe mencionar como de muy importante, el artículo 153.1 del TFUE, que trata de que la UE en el campo de apoyo y complemento deberá apoyar y complementar las acciones de los Estados miembros en los ámbitos de mejora en el todo o entorno del trabajo, con el objetivo de: proteger la salud y la seguridad de los trabajadores, incluyendo en esto las condiciones de trabajo y de empleo de los nacionales, terceros legalmente residentes en la UE y de las personas excluidas del mercado

³ OIT, ONU, PIDESC, DHDH.

⁴ Tratado de la Unión Europea (TUE), Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), Directivas e Reglamentos.

⁵ Constitución, Ley general del seguridad social, normativas, reglamentos, negociación colectiva.

laboral, la protección social y su desarrollo y modernización, la recisión laboral, la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, promoviendo la cogestión, la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado laboral y al trato en el trabajo.⁶

En la catalogación del continente Europeo el cumplimiento internacional de derechos fundamentales sociales fue de la responsabilidad del Consejo de Europa (organización de países europeos CEDH), cuyo objetivo fuera la protección de los derechos humanos, y hacer valer la democracia pluralista como base de todo el fundamento del Estado Democrático de Derechos (HOHNERLEIN, 2003, p. 266).

Como opción de la organización de los Estados, y con un objetivo inicial de la integración económica la Comunidad Europea (CE) que, aunque no explícitamente los derechos sociales en sus actos jurídicos consecutivos, confirman algunos de los derechos sociales. La práctica ha demostrado que el reconocimiento de otros derechos sociales fundamentales se ha dado a través de la sentencia en casos particulares por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que desde la década de 1990, se ha hecho una búsqueda para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fuera más utilizado para la protección efectiva de los derechos sociales, lo que hubo resultados con la creación de la alternativa de peticiones individuales (HOHNERLEIN, 2003, p. 268-269).

⁶ TFUE - 1. La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6.

2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado;

4 LAS POLÍTICAS EUROPEAS DEL PROTECCIÓN SOCIAL

Los principales programas de políticas sociales y empleo existentes en la Unión Europea son los responsables de las políticas sociales y las políticas de empleo, y la responsabilidad de la UE en este ámbito está limitada al apoyo con los siguientes órganos y programas: el Fondo Social Europeo (FSE); el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización; el Programa para el empleo y la Solidaridad Social (PROGRESS), que es un programa que defiende el desarrollo y la organización de las políticas de la Unión europea para el empleo, condiciones de trabajo, la no discriminación, la igualdad de género, la protección social e inclusión social; el Servicio Europeo de Empleo (EURES), que es una red de coordinación y cooperación de la Comisión Europea y de los servicios públicos de empleo de los Estados que hacen parte de UE, y que poseen movilidad de los trabajadores; y la Micro financiación y Emprendimiento Social, que tiene por objeto reforzar la disponibilidad de microcréditos a personas físicas para la creación y desarrollo de nuevas y pequeñas empresas. Mientras tanto, en todos los documentos internacionales adoptados por la OIT y la ONU refieren que toda la persona posee derecho a la seguridad social, así como las Directivas y Reglamentos adoptados por la Unión europea.

La Unión Europea se regula también por el Código Europeo de Seguridad Social (1964); por el Convenio n. 48 (1935) que dispone sobre el derecho de pensiones a los inmigrantes (1935) y por el Convenio n. 137 (1975) que dispone sobre la conservación de los derechos en materia de Seguridad social de los trabajadores portuarios; por la Carta Social Europea(1961); por la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (art. 10/1989), que tuvo la intención de ser un documento jurídico vinculante, pero se hizo sólo como una mera declaración de carácter político, aunque sea un documento innovador, añade un Protocolo sobre la Cohesión Económica y Social (BAR CENDÓN, 2012, p. 26-46); por el Tratado Constitutivo

de la Unión Europea (1992); por el Libro blanco de la Comisión europea (1993); por el Tratado de Ámsterdam (1997); por la Constitución Europea (2004); por las Directivas comunes del derecho del igualdad: por la Directiva del Consejo 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; Directiva 86/378/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social; Directiva del Consejo 86/613/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como la protección de la maternidad; el Reglamento de coordinación (CEE) 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y sus familiares que estén en movimiento dentro de la comunidad, con varias modificaciones, siendo la más importante el Reglamento del Consejo 859/2003, donde se amplían las disposiciones del reglamento 1408/71 a los nacionales de terceros países. Adicionada al Reglamento 1408/71, está el reglamento de su aplicación, el Reglamento (CEE) 574/1972, donde se establecen las modalidades de aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena que se desplacen dentro de la comunidad; los Reglamentos 1408/1971 y Reglamento 574/1972 y el Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social.

Hay algunas o muchas lagunas en el mecanismo de cobertura, la escasez y el control de cumplimiento, que son incompatibles con el compromiso de la Unión Europea corroborado por los dictámenes de la OIT con la comunidad internacional sobre los derechos de la seguridad social. Con el fin de disuadir la inobservancia y el incumplimiento de estos derechos, las Naciones Unidas han creado los Convenios y las Recomendaciones dirigidos a los Estados miembros.

Dada la multitud de tratados, acuerdos y legislación realizadas por la Unión Europea desde hace mucho tiempo, vamos centrarnos en los más significativos para nuestro trabajo de investigación, ya que no es el objeto del presente trabajo hacer un estudio profundo sobre esos documentos en materia de protección social.

La Carta Social Europea fue adoptada en 18 de octubre de 1961 (Turín), estableciendo los grandes principios sobre los que se basa el modelo europeo de los derechos de los ciudadanos y cuando se trata de derechos sociales, forman un conjunto de los principios mínimos (*estándares mínimos*) comunes a todos los Estados miembros de la Unión Europea y se aplican a los ámbitos de la protección social,⁷ complementando el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), en conformidad con las disposiciones del Tratado de Lisboa (artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la UE) y con más de fuerza después de la Carta de los Derechos Fundamentales (NIZA, 2000). El documento es basado sobre los valores universales e indivisibles de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se funda en lo principio de la democracia y en el principio del Estado del derecho.

En la Carta de la UE se adoptó, de acuerdo con el preámbulo del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que se reconoce la necesidad de trabajar para “[...] la mejora constante de las condiciones de vida y empleo de los ciudadanos europeos” y tiene aplicación a los Estados miembros de la UE, en cumplimiento del

⁷ Art. 11 - derecho a protección a la salud; art. 12 - derecho a la seguridad social; art. 13 - derecho a la asistencia social y médica; art. 14 - derecho a los beneficios de los servicios sociales; Artículo 15. Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social; art. 16. derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica; art 17 - derechos de las madres y los niños a una protección social y económica; art. 19 - derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y a asistencia.

principio de subsidiariedad. El documento tiene el fundamento de una mayor protección de los derechos fundamentales, desde el ojo síncrono de la evolución de la sociedad, del progreso y los avances de la modernidad, con respecto a los avances de la tecnología y de la ciencia. Allí está puesta la lista de los derechos básicos que la Unión ha de respetar, en esto mismo sentido los Estados miembros han que respetar, cuando aplican el Derecho de la Unión.

Puede ser que algunos de los derechos allí garantizados estén también en otros documentos, sin embargo, la legislación comunitaria de la UE puede contemplar una protección aún más amplia y los Estados miembros de la UE deberán observar en un hecho concreto, la legislación que proponga el nivel de protección más elevado. Los derechos provenientes de las tradiciones constitucionales comunes de cualquiera de los países de la Unión Europea deberán interpretarse de conformidad con dichas tradiciones.

La Carta Social de la UE es justiciable, lo que significa decir que tanto el Tribunal de Justicia cuanto los jueces internos de los Estados miembros tienen el deber de aplicar los estándares de protección mínimos otorgados por la Carta Social a los derechos en ella reconocidos. Y acaso eso no venga ocurrir, el titular del derecho puede buscar su derecho en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea o en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Cabe señalar, además, que su análisis debe ser hecho como parámetro de interpretación - obligada interpretación de los derechos allí consagrados - y como origen de interpretación de las normas. Ninguna de las disposiciones de la Carta de la UE podrá ser interpretada como limitativa o lesiva a derechos humanos y libertades fundamentales.

En la Carta Social de la Unión Europea existe la lista de los derechos básicos que la Unión ha de respetar, en esto mismo sentido los Estados miembros han que respetar, cuando aplican el Derecho de la Unión. Desde el punto de vista conceptual, la Carta de la Unión Europea debería ser una herramienta jurídicamente vinculante,

una vez que hecho para reconocer formalmente y dar mayor claridad al papel que ejercen los derechos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Con todo, o que parece es que la Carta no tiene una eficacia vinculante, pero, un inmenso valor programático y sirve como punto de partida de análisis por parte de los Estados miembros, para los órganos estatales e instituciones de la comunidad Europea. Por otro lado, mismo no teniendo efecto vinculante, la Carta abre la posibilidad de justiciabilidad para garantizar los derechos en ella contenidos, así como en los demás documentos - Tratados y Cartas comunes de la UE - que traigan materia de derechos comunes a los países de la UE.

El Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en 07/02/1992, también conocido como Tratado de Maastricht, por el motivo de tener sido firmado en esa localidad holandesa, tuvo su vigor a partir noviembre/1993. Este Tratado es el resultado de varios elementos externos e internos.

A nivel externo, el hundimiento del comunismo en Europa del Este y la perspectiva de la reunificación alemana dieron lugar al compromiso de reforzar la posición internacional de la Comunidad. A nivel interno, los Estados miembros deseaban prolongar los progresos realizados por el Acta Única Europea a través de otras reformas. (TRATADO DE MAASTRICHT SOBRE LA UNIÓN EUROPEA, 1992).

El Tratado de la Unión Europea señala un nuevo ciclo en la integración europea ya que autoriza la puesta en marcha de la integración política. Establece una Unión Europea formada por tres ejes: las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común de los países miembros. En el Tratado quedó establecida la ciudadanía de la gente europea, reforzando las competencias del Parlamento

Europeo y con gran objetivo de acelerar en la unión económica la economía de sus países miembros.⁸

Todas las acciones ejecutadas por la Unión Europea están basadas en Tratados que hayan sido aprobados (voluntaria y democráticamente) y ratificados por “todos” los Países miembros de la UE. Es decir que, una vez que haya sido aprobado por todos os Países miembros, este documento es considerado un acuerdo vinculante, que determina las normas aplicables y el modo como se toman las decisiones y la relación existente entre la UE y sus países miembros. La transformación de los tratados ocurre para aumentar la posibilidad de concretización de los derechos y la posibilidad de que siempre con nuevos ámbitos de actuación y cooperación, tenga la capacidad de introducir nuevos países miembros.

Los derechos y obligaciones previstos en los tratados de la UE regulan el funcionamiento de los Estados miembros y no sólo deberían incumbir a los Estados miembros, sino ser aplicables directamente a los ciudadanos y las empresas privadas en casos y situaciones específicas. Sin embargo, los Estados miembros deben ser los primeros responsables de interpretarlo y aplicarlo de manera correcta.

El objetivo esencial del Tratado de la UE, en suma, expresa el refuerzo de la legitimidad democrática de las instituciones, la mejora de la eficacia de las instituciones, la instauración de una unión económica y monetaria, el desarrollo de la dimensión social de la Comunidad, la institución de una política exterior y de seguridad común.

⁸ Parece a mí que la institucionalización de la ciudadanía europea en el TUE ha sido, sin duda, un gran impulso de modo a aproximar los órganos estatales y la gente (ciudadanos), para que ellos se dan cuenta que la existencia y construcción de la unión europea es algo que les atinge más allá de las reglas administrativas y económicas, que la unión europea hace referencia a sus derechos y deberes, y debería hacer parte de su identidad. El resultado aún no es bueno, porque hay mucha desinformación y no ha se desarrollado el sentimiento de identidad europea por parte de la gente.

En análisis allá de una perspectiva conceptual, pero dentro de una perspectiva mucho más ágil, podemos observar que el objetivo principal y material de la UE y de los Estados miembros es de que estos hagan una búsqueda de modo conjunto no sentido de armonizar sus sistemas de derecho con los objetivos de los instrumentos disponibles, Carta, sea en que documentos formales se encuentren (BARCENDÓN, 2012, p. 32).

Desde el punto de vista conceptual, el Tratado de la UE es u - o menos - debía ser una herramienta jurídicamente vinculante, hecho para reconocer formalmente los derechos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Con todo, lo que se verifica es que así como la Carta de la UE, tiene un inmenso valor programático y sirve como punto de partida de análisis por parte de los Estados miembros, para los órganos estatales e instituciones de la comunidad Europea. Mientras tanto, existe la posibilidad de justiciabilidad para garantizar los derechos en el concretado, lo que expresa una cierta desilusión por el tratamiento dado a los derechos fundamentales y en nuestra línea de pesquisa, a los derechos sociales y de seguridad social. En la UE es considerado el documento más fuerte hecho hasta hoy, así como suyas alteraciones.

Lo que se puede verificar es que desde su creación existen una docena de tratados y actos básicos como ya se mencionado antes, cuyo objetivo es plantear la simplificación de los tratados y documentos creados por la UE, que tienen un *sistema abierto de coordinación* para que los Estados miembros puedan tomar las decisiones con lo que quieran, en materia de políticas sociales, aunque, todavía, la protección social de los ciudadanos sean uno de los objetivos jurídicos y estratégicos perseguidos por la UE y que puedan añadir otros documentos de mejoría de los derechos de los ciudadanos europeos. Eso muestra de manera clara que el objetivo concreto de la UE siempre fue la creación de normas de protección de las políticas de protección social, que deben ser reguladas de modo conjunto, y con

miras a la consolidación de los documentos existentes, que no sean sólo regulación conjunta y sistemática (arts. 7-17 del TFUE) y el comprometimiento de los Estados miembros.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) es uno de los documentos que representan la constitución material de la Unión Europea, y constituye uno de los tratados que fundamentan jurídicamente la actual Unión Europea. Tuvo desde entonces diversas reformas y ha cambiado de denominación por diversas veces también. Firmado en Roma en 25 de marzo de 1957, con el nombre de Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2007), cuando pasó a llamar Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea.⁹

Si puede decir que el Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea es el texto que tiene mayores detalles y contenido pormenorizado del marco jurídico donde están puestos los principios constitucionales que rigen el ordenamiento jurídico y donde se desarrollan las políticas y acciones de la Unión Europea en materia de políticas de protección social. Cabiendo subrayar que el TFUE tiene el mismo rango jurídico que el Tratado de la Unión europea. Además, lo que se verifica es que el TFUE tiene una aplicación práctica considerablemente más frecuente y visible que los demás, en razón de ser más especializado y su contenido más detallado y pormenorizado.

El texto de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, proclamada el 7 de diciembre de 2000, y que substituí, a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2007), sin duda es novedoso y avanzado en su regulación y prevé derechos referidos a la libre circulación, el empleo

⁹ Firmado en Roma datado de 25/03/1957 con el nombre de Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, aunque con los cambios del Tratado de Lisboa 2007, cuando pasó a llamar Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea.

y la remuneración, la protección social, la libertad de asociación y negociación colectiva, la formación profesional, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la información, consulta y participación de los trabajadores, la protección de la salud y de la seguridad en el lugar de trabajo, la protección de los niños y de los adolescentes, las personas de edad avanzada, y los minusválidos.¹⁰ Lo que significa que reconoce una serie de derechos personales de los ciudadanos de la UE, añadidos los sociales y los económicos, en su legislación comunitaria. Este documento reunió los derechos que estaban repartidos en diversos instrumentos legislativos.¹¹

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados (LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, 1999). El documento inserta y trae en su bojo una mayor claridad y transparencia a los derechos fundamentales, trayendo una mayor seguridad jurídica para los países y ciudadanos de la UE. La Carta deberá ser aplicable a todas las instituciones públicas y privadas de la UE, todavía, no puede ultrapasar los límites y competencias antes definidos por los Tratados, siempre debiendo ser observado el cumplimiento del principio de subsidiariedad. Es más una norma de carácter programático que trae una línea de pensamiento a ser seguido, por los países miembros, con suyos estándares mínimos, y no una legislación

¹⁰ El Título IV que compone la Solidaridad, tiene artículos tales como el derecho a la información y a la consulta de los trabajadores en la empresa, derecho a la negociación colectiva, derecho de acceso a los servicios de colocación, protección en caso de despido laboral, condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, vida familiar y vida profesional, seguridad social y ayuda social, protección de la salud, acceso a los servicios de interés económico general, protección del medio ambiente y protección de los consumidores.

¹¹ Entre ellos las legislaciones nacionales de cada país miembro, los convenios internacionales del Consejo de Europa, los Convenios de la ONU (Naciones Unidas) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT);

a ser seguida, incluyendo la solidaridad como principio en la política social.

En realidad, mientras exista una amplia gama de legislación de la Unión Europea, no resulta tan eficaz como lo que está dispuesto en los documentos hasta ahora analizados, debido a ser un sistema abierto de coordinación donde cada Estado pueda tomar decisiones a su manera en las políticas de empleo, políticas sociales y en la política económica, aunque las políticas sociales sean un objetivo jurídico y estratégico de la UE. Podemos añadir que desde la creación del PIDESC aparecieron muchos instrumentos normativos con el objetivo de proteger y dar eficacia a las políticas sociales, con una demostración clara del objetivo concreto de la UE, observándose que las políticas de empleo han tenido especial predilección sobre los demás temas sociales en los últimos años (BAR CENDÓN, 2012, p. 26-46).

Se observa, que en los últimos años hubo un cambio radical en los elementos básicos caracterizadores del modelo social europeo, con nuevos parámetros para el derecho laboral, sobre bases de flexiseguridad. La crisis financiera ha traído la degradación de los derechos laborales y la reducción y asistencialización de los niveles de protección social en la sociedad, con efecto degradatorio de los estándares de vida, de trabajo y de la ciudadanía en toda a Europa, con el desmantelamiento y desguace de derechos laborales y de protección social. Se verifica con ello el aumento de la desigualdad social y la crisis de la política, con una desvirtualización del proyecto político imaginado por el pueblo. En este espacio, el sindicalismo europeo se consolida como una afirmación de su vertiente sociopolítica con interés en preservar un proyecto político cívico-social e igualitario ante los caprichos del capital especulativo y en relacionarse con él de manera soberana, es decir, en busca de nivelación social (GRAU, 2010).

Sin embargo, en medio de todo esto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tiene grandes atribuciones con respecto a la reducción de las desigualdades, principalmente con respecto a

los hombres y mujeres en el mercado laboral, a la creación de nuevas directivas, a la revisión de las directivas hasta ahora existentes, a la lucha contra la violencia y al fomento del diálogo y cooperación con los Parlamentos de los Estados miembros, siendo posible verificar que hubo una evolución en las sentencias del TJUE (SCHULZE, 2014).

Es mínima la concretización de los derechos de la seguridad social y asistencia, puestos de modo muy genérico, en los documentos de la UE, con el deber de solo del comprometimiento, no obstante algunos de ellos sean observados.¹²

Los Acuerdos de derecho internacional, del mismo modo que las Convenciones de Derechos Humanos del Consejo de Europa, son internalizadas en lo ordenamiento jurídico del Estado parte por medio de leyes nacionales.

5 LA CONCEPCIÓN DE PROTECCIÓN SOCIAL EN BRASIL

El término protección social es utilizado habitualmente para referirse a la protección ofrecida por los sistemas de seguridad social en casos de riesgos y necesidades sociales. La protección social también tiene un significado mucho más amplio que el término “seguridad social”, ya que abarca la protección de los miembros de la familia o de los miembros de una comunidad. Este concepto también se utiliza en algunos escenarios con un significado más reducido que el término “seguridad social” cuando se trata de acciones dirigidas a las personas más pobres y vulnerables o excluidos del mundo social (BRASIL, 2013, p. 19).

La protección social también es vista como una herramienta necesaria de las políticas públicas, que se utiliza en la lucha contra la exclusión social, la pobreza y la desigualdad social, y comprende tan-

¹² En esto sentido ver art. 13 del CUE - las obligaciones de la asistencia médica y social, son jurídicamente imposibles de ser exigibles, aunque garantizadas a todas las personas carentes y que los países sean compelidos a erradicar la pobreza;

to la seguridad social (sustitución de ingresos), y la asistencia social (prestaciones sustitutorias o servicios sociales), que se refiere más al aspecto no contributivo de la Seguridad Social, como ya se ha dicho, dirigida a los pobres, vulnerables y excluidos del contexto social.

Como política pública de gran dimensión, la protección social se distingue de otras políticas públicas en que su campo de acción tiene conexión directa con la resolución de los problemas de los individuos que tienen necesidades de dependencia o una enfermedad temporal o permanente, propia de la esfera del ser humano.

Después de insertar la seguridad social en la Declaración de Filadelfia en 1944 y su fuerza internacional, la OIT ha comenzado a desarrollar técnicas de estimulación a la inserción de los derechos de seguridad social en los sistemas de los Estados miembros. Aunque en 1944 se editó la Recomendación n. 67 con las normas de carácter de protección social, garantizando el sueldo en situaciones de fragilidad de lo trabajador empleado y autónomo, así como a sus dependientes y de la Recomendación n. 69 que tratan sobre la salud médica.

En 1948 se aprobó por parte de los Estados, sin reservas o votos en contra, la Declaración Universal de Derechos Humanos que, con sus principios y disposiciones, llegó ajustando con precisión el conjunto de estos derechos humanos y las libertades fundamentales, cumpliendo el requisito de la promoción de las mismas, constante que también aparecen en la Carta de las Naciones Unidas.

Cassin (1974, p. 374) define la Declaración Universal de los Derechos Humanos por su extensión y universalidad, ya que abarca importantes derechos y facultades en el desarrollo físico, mental e intelectual de la persona humana o de todas las personas humanas, sin distinción de raza, color, origen nacional, sexo, religión o del sistema político adoptado por la comunidad donde incida.

De este modo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), al consagrar los valores básicos fundamentales y al afirmar que sólo la condición de ser persona te hace titular de dere-

chos, tuvo el objetivo de esbozar una orden pública mundial basada en el respeto a la dignidad humana.

Dispone la declaración:

Art. 25 -

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Por lo tanto, la protección de los derechos humanos y de los ciudadanos en el ámbito de la Unión Europea es esencialmente responsabilidad de las instituciones estatales y sociales creadas por ella, sea voluntariamente o bajo la presión de las organizaciones sociales y el contenido de los derechos humanos cuya garantía está determinada por cada Estado, por su tradición histórica y cultural, lo que refleja las necesidades sociales de un pueblo o tan sólo la voluntad del Estado, por la definición del contenido de los derechos que desean proteger (CASSIN, 1974, p. 400-404). A nadie se puede negar el ejercicio de un derecho garantizado por la legislación nacional o internacional, pudiendo la persona utilizar, sin embargo, la judicialización de estos derechos.

El Convenio n. 102 (1952) de la OIT que trata del establecimiento de normas mínimas de seguridad social, es considerado la herramienta internacional más importante para comprobar y reconocer los derechos de la seguridad social y es un hito en la historia de la Se-

guridad Social, ya que fue el primer documento que trató de forma autónoma sobre la Seguridad Social y sobre los pisos de protección social.

El Convenio n. 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ocupa del establecimiento de normas mínimas de seguridad social. Es considerado la herramienta internacional más importante para comprobar y reconocer los derechos sobre la seguridad social. Innova sobre la Seguridad Social, con las disposiciones que se ocupan de la salud (enfermedades mórbidas de cualquier naturaleza, embarazo, nacimiento, dirigidas a cuestiones específicas sobre la Seguridad Social (concesión de enfermedad, prestaciones de vejez, baja por accidente de trabajo, prestaciones familiares -subsídios familiares-, maternidad, prestaciones de invalidez y muerte a personas dependientes en el caso de fallecimiento del asegurado). Se puede observar que se trata de una amplia lista de derechos a la salud y a la seguridad social (prestaciones sociales).

El texto del Convenio n. 102 establece un conjunto de obligaciones de los Estados miembros y tiene un gran valor explicativo, ya que ofrece la oportunidad de conocer con claridad los derechos que pertenecen a la categoría de derechos fundamentales de la seguridad social. Además, el Convenio n. 102 también tiene una preocupación por garantizar que estos derechos de seguridad social sean exigibles en los tribunales. Los Estados miembros deben asegurar los medios administrativos y legales para que los individuos puedan ir a juicio, en los casos en que estén siendo inobservados sus derechos a las prestaciones positivas por parte del Estado. El texto podría parecer bastante vago al principio, sin embargo, esta abstracción deja espacio para permitir la flexibilidad en la adaptación de las normas establecidas en el Convenio, el sistema legal de los Estados y la realidad social de cada Estado miembro de la OIT.

La norma expresada en el Convenio n. 102 tuvo como objetivo garantizar a los trabajadores y sus dependientes las prestaciones mínimas de seguridad social (norma mínima), debiendo cada Esta-

do miembro, en función de su realidad social, añadir derechos que consideren justos, necesarios y posibles, teniendo en cuenta la protección contra el desempleo, riesgo de vejez, discapacidad, muerte, de accidentes de trabajo y enfermedades resultantes del trabajo (enfermedades profesionales), los beneficios de atención médica, las prestaciones familiares y cuidados con la maternidad.

Aunque ni la Unión Europea ni Brasil están en el nivel ideal del reconocimiento y ratificaciones de seguridad social, han hecho esfuerzos para aumentar la participación social y el diálogo en busca de mejores condiciones de vida y trabajo para toda la sociedad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) en 1966 fue un hito importante en la fundación de varios derechos asociados a la Seguridad Social. El PIDESC ha surgido como una forma de garantizar una mayor eficacia de los tratados internacionales con fuerza legal impuesta por la ley y fuerza vinculante a fin de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y libertades garantizados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

En su exposición de motivos, el PIDESC también reafirma su compromiso con la *universalidad e indivisibilidad* de los derechos, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP).

Establece el PIDESC:

Artículo 2.º - 1. Cada Estado miembro en el presente Pacto se compromete a actuar, ya sea con sus propios esfuerzos o con la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente en el plan económico y técnico, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el presente Pacto por todos los medios

apropiados, incluso en particular la adopción de medidas legislativas.

Artículo 9°. Los Estados miembros en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2015).

El Pacto establece normas que abordan la aplicación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, los derechos que determinan obligaciones prestacionales resultan obligatorios para el Estado y son derechos de exigibilidad inmediata. Las normas del Pacto determinan que el Estado tiene la obligación de tomar todas las medidas posibles, observando siempre el mínimo y la disponibilidad de recursos para la aplicación y el cumplimiento de los derechos sociales en un plazo razonable, mediato e inmediato.

El PIDESC tuvo como función principal la aplicación gradual de los derechos basados en la disponibilidad de los recursos existentes y de los derechos establecidos por la Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH), que desde su creación (1985) empezó a generar un gran número de documentos que ayudan al esclarecimiento del sentido de algunos derechos, así como la responsabilidad de los Estados para cumplir con ellos (COURTIS, 2012, p. 83-86), con el deber del Estado de examinar qué tipo de derecho subjetivo (general) a las normas del Pacto traen con ellos y la mejor manera de darles efectividad y validez.

El Pacto dispone que los Estados “[...] se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles” para aplicar progresivamente los derechos reconocidos en el Pacto, afirma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, aunque algunas de las obligaciones tienen “efecto inmediato”, como la *obligación de garantizar la no discriminación* (art. 2.2) y la *obligación de adoptar las medidas 2.1. el párrafo 1* (COURTIS, 2012, p. 100), para

asegurar el éxito de la eficacia global de los derechos estos pueden ser implementados gradualmente. Esta afirmación nos lleva a creer que la obligación de las reglas establecidas por el PIDESC a los Estados miembros tiene en cuenta las diferencias en diversos sistemas sociales de los Estados, de sus tradiciones culturales, los niveles de desarrollo económico, los sistemas sociales existentes, implementando, mientras tanto, las normas mínimas de protección y el bienestar del grupo, con el fin de obligar a los Estados miembros a implementar estos derechos, aunque de forma gradual. Asimismo, trajo consigo la creación de un sistema de informes que deben ser hechos periódicamente por los Estados miembros y remitidos al Consejo Económico y Social o de las Naciones Unidas (art. 16 y 25 del PIDESC), a ser hecho por el Comité.

El Comité prepara una síntesis de todas las interpretaciones del sistema y prepara la sistematización y el consenso entre los países que han firmado el Pacto, que describe el consenso de Seguridad Social entre los países que forman parte, considerándolo un documento descriptivo y normativo, que se rige por el principio de progresividad (aplicación progresiva). Los avances son vinculantes y sólo puede avanzar en la seguridad social, aunque, en tiempos de crisis pueden, siempre y cuando sea justificadamente, retroceder.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) tiene un sistema de indicadores para demostrar a los Estados miembros la capacidad del Estado para promover y garantizar los derechos humanos, y su responsabilidad para utilizar estos indicadores para verificar el contenido de los derechos, por ejemplo, el derecho a la salud. No hay sólo un derecho esencial mínimo que debe tenerse en cuenta. Es cierto que un segmento de la población, incluso en tiempos de crisis, necesita el apoyo del Estado para tener acceso a sus derechos económicos y sociales (COURTIS, 2012, p. 115). Y los pareceres del Comité, aunque no tengan fuerza de ley, son una im-

portante herramienta que sirve para ejercer presión sobre la garantía y protección de los derechos humanos sociales.

El PIDESC contiene un sistema de protección social amplio: garantizar el derecho a la seguridad social de los individuos, con garantías como el derecho a la seguridad social (artículo 9); protección de las madres (vacaciones pagadas) (artículo 10.2); protección y asistencia a la infancia y adolescencia (artículo 10.3); mejora continua de las condiciones de vida (art. 11); protección de la salud física y mental de todas las personas (artículo 12.1); prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas y profesionales, así como la asistencia médica y los servicios para el tratamiento en caso de enfermedad (artículo 12.2.ced).

Así que lo que se comprueba es que el PIDESC sirve para demostrar que el derecho internacional está legítimamente preocupado por proteger y promover los derechos humanos universales, para que vengan a ser reconocidos, sean los derechos civiles y políticos o sociales, económicos y culturales, con el fin de exigir a los Estados miembros la protección de estos derechos, y en caso de violaciones, que hayan sanciones.

El término “protección social” en Brasil se utiliza más en el aspecto de carácter no contributivo, desde el surgimiento de las políticas públicas que se produjeron después de la Constitución Federal de 1988, por los profundos cambios producidos por ésta, con el fin de desarrollar las obras y acciones dirigidas a las necesidades sociales que llegaron a esa capa de la sociedad cuyos derechos sociales estaban oprimidos u omitidos.

Con la aprobación de la Carta Constitucional de 1988 en Brasil, la protección social se positivó, dejando de ser un derecho humano para pasar ser uno de los derechos fundamentales, por estar incorporado al Capítulo de los derechos fundamentales.¹³

¹³ los derechos humanos son un término utilizado en los documentos de derecho internacional, en referencia al ser humano como tal, los derechos humanos tiene que

6 LA CONCEPCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN BRASIL

El concepto de seguridad social abarca todas las acciones que proporcionan beneficios positivos por parte del Estado (situaciones de fragilidad de los trabajadores debido a una enfermedad, accidente del trabajo, muerte de un familiar, discapacidad, maternidad, desempleo, vejez, ausencia o insuficiencia de recursos financieros para cubrir la atención de salud, la pobreza y la exclusión social, la insuficiencia de ingresos, especialmente para los niños, adolescentes o adultos dependientes (BRASIL, 2013, p. 20).

La Seguridad Social en Brasil es un sistema que tiene el objetivo de garantizar los derechos fundamentales de las personas, así como las oportunidades para cada uno, con el objetivo de promover el bienestar social para todas las personas que están en el país. Es parte del sistema de cobertura amplia, que abarca el sistema contributivo y el sistema no contributivo. Tratada en la Constitución Federal de Brasil (1988) en el Capítulo de la Orden Social, con su contenido en el artículo 194 de la Constitución como “[...] el conjunto integrado de acciones de iniciativa de los poderes públicos y la sociedad, para garantizar los derechos a la salud, el bienestar y la asistencia social.” Y la Orden Social ha apuntado a lo dictado en la Constitución (art. 193),¹⁴ con respecto a establecer el bienestar y la justicia social, basada en la solidaridad, como una referencia frente un derecho social.

La seguridad social existente en Brasil es actualmente el resultado de un largo proceso de luchas y victorias en tres grandes áreas: Salud, Bienes-

ver con una concepción jusnaturalista, mientras que la expresión de los derechos fundamentales, aprobada por el original Constituyente fue inspirado por la Ley Fundamental Alemana y 1976 en la Constitución Portuguesa, se refiere a una perspectiva positivista, es decir, que nacen, desarrollan y terminan en las Constituciones que han sido garantizados y positivados. Una Carta Constitucional que no traiga en su interior que los derechos humanos son derechos fundamentales es no una constitución legítima, por lo tanto, los derechos fundamentales son derechos humanos (SILVA, 2005, p. 176; BONAVIDES, 2004, p. 560; SARLET, 2007, p. 34; ALEXY, 2000, p. 37).

¹⁴ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social;

tar y Previsión Social con el fin de proteger al individuo, con el objeto de la protección de la ciudadanía. La salud está garantizada por el Sistema Único de Salud (SUS) y no depende de la contribución. La asistencia social es administrada por el Consejo Nacional de Bienestar Social y tampoco depende de las contribuciones. Mientras que la Previsión Social funciona como un seguro social contributivo, es decir, tiene por objeto garantizar un ingreso mínimo para el contribuyente asegurado en el momento de baja laboral o pérdida de empleo (desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, maternidad y reclusión).

La Constitución Federal de 1988 incrementó la cobertura del sistema de seguridad social brasileña y convirtió en menos rígida la admisión de nuevos beneficiarios, reconociendo la asistencia social como política pública de carácter no contributivo que administra los servicios, así como beneficios financieros, y estableció el sistema de salud universal a través de la aplicación el Sistema Único de Salud (SUS). Así, la Seguridad Social vincula las políticas de seguridad social, salud, asistencia social y seguro de desempleo y se fundamenta en un conjunto de políticas de interés universal (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2008, p. 17).

Verificamos que el derecho fundamental a la seguridad social, expresado en la Constitución Federal del Brasil (art. 6),¹⁵ es conformado por los derechos a la Salud, Bienestar y Seguridad Social, que en conjunto forman el sistema de seguridad en el país. Y, debido al hecho de ser un derecho fundamental garantizado por la Constitución en el bloque de las garantías fundamentales, debe ser garantizado por el Estado y toda la sociedad, y si no se garantiza el derecho, puede ser reclamado por el pueblo, sea de forma individual o colectiva.

El derecho a la seguridad social también está garantizado en los documentos internacionales que disponen el respeto de los derechos humanos, que tratan de los derechos a la salud, al bienestar y

¹⁵ Art. 6º Son derechos sociales a la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección de la maternidad y la infancia, y la asistencia a los indigentes, de acuerdo con esta Constitución;

a la seguridad social como derechos humanos. Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) trajeron consigo preceptos que se refieren, de forma explícita, al derecho a la seguridad social para todos los individuos.

Por lo tanto, con el eje que conforma la Seguridad Social (salud, asistencia y la previdencia social) al derecho fundamental social para todas las personas que están dentro del territorio nacional, el Estado debe implementar las normas que garanticen estos derechos, aunque de una manera progresiva (art. 2.1. PIDESC), con la cooperación de la sociedad (art. 195 de la Constitución),¹⁶ de lo contrario, cualquier persona cuyos derechos sean violado pueden exigir su cumplimiento, aunque en lo judicial.

7 CONCLUSIONES

Verificamos que existen dos modelos de protección social en la Unión Europea y que estos son distintos (un modelo contributivo y un modelo no contributivo) y que la Unión Europea tiene poca influencia en los modelos de Seguridad social de cada Estado miembro. La actividad de la Unión Europea se limita más a la información y a la coordinación de las políticas nacionales que a imponer leyes para el cumplimiento por parte de los Estados, debido al carácter abierto del Tratado de la UE, de la Carta de la UE y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que son los documentos utilizados como base para el entendimiento y análisis de los derechos de los ciudadanos y los deberes Estatales.

Constatamos que la competencia de los Estados miembros en materia de seguridad social es casi plena, pero que su funcionamiento sigue las directivas y reglamentos de la Unión Europea.

¹⁶ Art. 195. La seguridad social está financiada por toda la sociedad, directa e indirectamente, en virtud de la ley, con fondos del presupuesto de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios.

Comprobamos que tanto la Unión Europea como Brasil siguen las reglas dictadas por la Organización de las Naciones Unidas a seguir la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a seguir el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a seguir los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, principalmente el convenio n. 102.

Conferimos que Brasil tiene una Carta Constitucional que asegura un modelo de Seguridad Social de gran nivel, dividido en Salud, Asistencia y Previsión Social (sistema contributivo y no contributivo) y que la concreción es una cuestión pendiente de las políticas públicas para que llegue a ser un sistema eficaz.

Por otro lado, para que esta pesquisa pudiera ser completa, habría la necesidad de un análisis de las cartas constitucionales de cada uno de los Estados miembro y no solo de la UE como un todo.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. A Institucionalização dos Direitos Humanos en el Estado Constitucional Democrático. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, p. 21-41, enero/jun. 2000.

BAR CENDÓN, Antonio. La Política social de la Unión Europea. *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Sevilla: Universidad Pablo Olavide, n. 2, p. 26-46, jul./dic. 2012.

BEVERIDGE, William. *Social Insurance and Allied Services*. London: Majesty's Stationery Office, 1942.

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

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Por uma cultura de Direitos Humanos*. Direito a Seguridade Social. Brasília, DF: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

CABELLO MARTINEZ, Maria Josefa. *Protección social y Mercado de Trabajo*. Madrid: Ministerio del trabajo y asuntos sociales. Universidad de Madrid, [200-]. Disponible en: <<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097539.pdf>>. Acceso en: 20 abr. 2015.

CASSIN, René. El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal. In: CASSIN, René. *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

COMISIÓN EUROPEA. *Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. Comunicación de la comisión. Bruselas, 03 marzo 2010. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF>>. Acceso en: 20 abr. 2015.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 11., 2008, Brasília, DF. SEDH/PR; IPEA, 2008.

COURTIS Christian, A. V. *Direitos Sociais são Exigíveis*. 1. ed. Tradução L. C. Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote. 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GRAU, Antonio Bailos. La quiebra del modelo social europeo y la crisis de la política como acción colectiva. *Revista de estudios*, dic. 2010. Disponible en: <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NPcd/GestorPublicacionesVis?cod_primaria=1442&cod_publicacion=884>. Acceso en: 05 mayo 2015.

HÖHNERLEIN, Eva Maria. A Proteção Internacional dos Direitos Fundamentais Sociais na Europa: A Carta Social e a Convenção de Direitos Humanos do Conselho da Europa. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263-300.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Conquistas, Desafios e Perspectivas da Previdência Social no Brasil Vinte Anos Após a Promulgação da Constituição Federal de 1988*. 2008.

LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, 1999. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l33501>>. Acceso en: 17 sept. 2015.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acceso en: 15 abr. 2015.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La seguridad social y la primacía del Derecho*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

PARLAMENTO EUROPEU. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponible em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>>. Acceso en: 16 sept. 2015.

PARLAMENTO EUROPEU. *Tratado da União Europeia*. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012M/TXT>>. Acceso en: 16 sept. 2015.

PARLAMENTO EUROPEU. *Tratado de Lisboa*. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12007L/TXT>>. Acceso en: 16 sept. 2015.

PARLAMENTO EUROPEU. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>. Acceso en: 16 sept. 2015.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução L. M. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHULZE, Erika. *La Igualdad entre el hombre y la mujer*. Fichas Técnicas de la Unión Europea, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TRATADO DE MAASTRICHT SOBRE LA UNIÓN EUROPEA. 07 fev. 1992. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:xy0026>>. Acceso en: 15 sept. 2015.

A SEGURIDADE SOCIAL - RELAÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL -CONTRAPONTO COM A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Elda Miranda Russo*

RESUMO

A Seguridade Social visa proteger o cidadão das contingências sociais, como a doença, a idade avançada, a invalidez, sendo esses alguns dos direitos fundamentais que ainda carecem de maior proteção jurídica e é dever do Estado promover o bem-estar social, bem como o mínimo existencial para que as pessoas possam viver com dignidade. Palavras-chave: Seguridade Social. Proteção. Contingências Sociais, Mínimo Existencial. Garantia Constitucional. Paz social.

1 INTRODUÇÃO

Provavelmente, a ideia de assistência mútua emergiu no momento em que os homens passaram a viver em sociedade, reconhecendo que o respeito ao próximo era uma questão de sobrevivência da própria espécie. A própria família já exercia o papel de assistência mútua entre seus familiares, como na proteção de seus dependentes, filhos menores e idosos. A globalização mudou o modo das pessoas se relacionarem, por conta da intensificação da circulação de capital, de pessoas, de trabalho e informação. Com isso, surge também a noção, nos Estados, da proteção das pessoas no âmbito da Seguridade Social que compreende a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social.

* Pós-graduada em Direito Previdenciário e do Trabalho pela Escola Paulista de Direito; Graduada em Direito pelo Centro Universitário FIEO; Graduada em Enfermagem pela Universidade Bandeirante de São Paulo; mestranda em Direitos Humanos Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO; Advogada; elda.advogada@gmail.com

A cada dia aumenta a necessidade dos povos de se relacionarem e trabalharem, pois o trabalho, além de visto como direito fundamental, integra a dignidade da pessoa humana fazendo com que os Estados promovam uma maior proteção social, não só aos trabalhadores, mas também aos hipossuficientes e a todo cidadão que dele necessitar. É por este motivo que a Seguridade Social visa proteger o cidadão de contingências sociais, como a doença, a idade avançada, a invalidez, sendo esses alguns dos direitos fundamentais que ainda carecem de maior proteção jurídica.

De outro lado, a sociedade passou a exigir uma maior atuação estatal, o qual, apesar de “Social”, diante do contingenciamento orçamentário; diante das dificuldades e limitações materiais do Estado, não concretiza esses direitos constitucionais.

Assim, levando-se em consideração as limitações materiais do Estado Nacional, pretende-se discutir a possibilidade de se concretizar o direito à Seguridade Social, a partir do real sentido do conceito de “Mínimo Existencial”.

Neste contexto, surge, então, a necessidade da Seguridade Social para a proteção dos indivíduos, buscando o equilíbrio das desigualdades sociais, como mínimo existencial para propiciação de uma vida digna, permitindo acesso à a viver com saúde e uma justa e correta prestação da Previdência Social, por meio de benefícios e serviços, previstos em lei, assegurando a paz social e o interesse geral e comum. Diante disso, o intuito deste artigo é analisar a Seguridade Social como garantia ao direito mínimo existencial em contraponto à reserva do possível refletindo sua aplicabilidade.

2 CONCEITO DE SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social está definida na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), no artigo 194, *caput*, como um “[...] conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos

e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

É um sistema de proteção social que abrange três programas sociais de maior relevância, sendo eles a previdência social, a assistência social e a saúde, e que somente se deu com a Constituição de 1988, tendo, por esta razão, sido denominada por alguns doutrinadores como “Constituição Cidadã”. Em que pese algumas falhas e críticas, foi ela que ampliou o conceito de Seguridade Social no Brasil.

A par disso, diante do que prescreve o artigo 194 da CRFB/88, entendemos que a Seguridade Social é um gênero e suas espécies são os objetivos de assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social.

O direito à saúde, descrito no artigo 196 da CRFB/88, é um direito fundamental e de segmento da Seguridade Social com mais ampla proteção pelo legislador, tendo em vista que é obrigação do Estado a assistência à saúde para todas as pessoas, independentemente de contribuição e de sua condição social. Sendo assim, se uma pessoa rica quiser ser atendida no sistema público de saúde, esse direito lhe é assegurado, pois a própria Constituição diz que é a saúde um direito de todos.

A assistência social, prevista no artigo 203 da CRFB/88 como um segmento e espécie da seguridade social, trata somente dos hipossuficientes, ou seja, daqueles que realmente não possuem condições de prover sua subsistência, também não exigindo contribuições do cidadão, sendo uma função do Estado de reduzir as desigualdades sociais e dar uma maior proteção aos necessitados. Este artigo preleciona os objetivos da assistência social, quais sejam:

São objetivos da assistência social:

- I - proteção da família, da maternidade, infância, adolescência e velhice;
- II - amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III - promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência e a promoção da sua integração à vida comunitária;

V - garantia de 1 salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a sua própria subsistência, nem de tê-la provida por sua família. (ANGHER, 2012).

Sendo assim, a assistência social visa garantir um mínimo de dignidade para o indivíduo que necessita de amparo e proteção do Estado, pois como várias leis são lacunosas, faz-se importante manter a igualdade entre as pessoas e condições mínimas para uma vida digna.

Já no tocante à previdência social, também previsto na CRFB/88, nos artigos 201 e 202, percebemos que há tratamento diferenciado, pois esta espécie da seguridade social promove a proteção somente aos trabalhadores e seus dependentes, não se estendendo a todos como dito antes. É um sistema contributivo e de filiação obrigatória, ou seja, só terá a proteção quem contribuir e for filiado, como se fosse uma seguradora. Mas vale lembrar que o direito à saúde e à assistência social é independente de contribuição.

A previdência social tem natureza de um seguro social, por isso exige-se uma contribuição. Assim, caso o indivíduo necessite de uma proteção previdenciária terá ele que ter contribuído, nos moldes do sistema de uma seguradora privada.

2.1 RELAÇÃO ENTRE MÍNIMO EXISTENCIAL E A SEGURIDADE SOCIAL

No Brasil com a Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana é fundamento constitucional que exige do Estado não só a proteção, mas garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes. Assim, toda a pessoa é sujeito de direitos e deveres e como tal deve ser tratada.

E nesse desiderato, constata-se que a Constituição Federal ampliou, de forma significativa, o rol de direitos sociais; incluídos nesses, o direito à Seguridade Social.

Tais direitos têm previsão no artigo 6º, da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

De outro lado, a sociedade passou a exigir uma maior atuação estatal, o qual, apesar de “Social”, diante do contingenciamento orçamentário; diante das dificuldades e limitações materiais do Estado, não concretiza esses direitos constitucionais.

É de verificar-se que para se concretizar o direito à Seguridade Social, a partir do real sentido do conceito de “Mínimo Existencial”, devemos ter como parâmetro a dignidade humana.

Com o Estado Constitucional de Direito, todas as normas constitucionais passaram a ser dotadas de supremacia jurídica, providas, que são, de eficácia jurídica; notadamente, as normas definidoras de direito, dotadas de aplicação imediata, como se pode depreender do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal.

Desse modo, a partir da concepção terminológica que entende os princípios como *mandamentos de otimização*, defendidas por Robert Alexy, quer se delinear um conceito de dignidade da pessoa humana, considerando a noção de “Mínimo Existencial” em contraponto à noção de “Reserva do Possível” (ALEXY, 2014).

A princípio, quando falamos de um “mínimo existencial” estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais. A ideia que norteiam os direitos fundamentais refere-se à preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna. Isso significa dizer que o direito ao mínimo existencial está alicerçado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento e a promoção da dignidade é uma conquista da história, mas ao mesmo tempo é uma construção da razão. Indica um dever ser. É uma qualidade intrínseca da pessoa humana. Além disso, os direitos fundamentais, entre eles, os direitos sociais, são, nesse caso, a expressão do conteúdo da dignidade humana e a sua realização efetiva nas instituições sociais.

É, portanto, a dignidade como fundamento constitucional, que se justifica o reconhecimento do direito ao mínimo existencial. Porém, definir o conteúdo desse mínimo existencial, capaz de garantir uma vida com dignidade, não é tão simples.

O que nos faz pensar na garantia de uma vida com dignidade, talvez, seja, pelo fato das vastas experiências de humilhação da pessoa humana que ocorreram em décadas e séculos passados, através de reivindicações e lutas sociais. Com certeza a humanidade ao longo dos séculos tiveram que aprender e entender o que é dignidade, como seu núcleo é formado, qual a sua essência e como concretizá-la. Por isso, colocar a dignidade como um fundamento constitucional é colocar um indivíduo como sujeito de um direito mínimo para sua existência.

A nosso pensar, se para um indivíduo ter um direito mínimo a sua existência, pensamos que este deverá ter as necessidades básicas vitais atendidas, como saúde física e mental, e para ter saúde deve ter alimentação adequada, meios adequados de sobrevivência, como trabalho, salário digno, meio de ambiente de trabalho saudável, proteção à vida, proteção contra as insurgências sociais.

Nessa esteira, não quer dizer que o direito à garantia desse mínimo existencial tem somente a ver com necessidades básicas físicas, também, diz a respeito às prestações suficientes para assegurar uma vida digna, não podendo reduzir o mínimo para existência da pessoa humana.

Em síntese o mínimo existencial apresenta uma vertente garantística e uma vertente prestacional. Na vertente garantística deve-se impedir uma agressão aos direitos, vinculando o Estado e o

particular. Na versão prestacional, temos o caráter exigível frente ao Estado, que deve ser no mínimo, suficiente para cumprir com os ideais de um Estado Democrático de Direito (GUERRA; EMERIQUE, 2006).

Posta assim a questão o direito mínimo existencial é uma exigência para o exercício da democracia, pois o Estado além de promover garantias para suprir as necessidades físicas para a sobrevivência natural da vida, também, deve garantir às pessoas o mínimo existencial para que as pessoas exerçam seu direito de cidadãs, como titulares de direitos e deveres.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEGURIDADE SOCIAL

Na Antiguidade a proteção de contingências sociais não era obrigação do Estado e cada um buscava particularmente se proteger dos riscos sociais. Essa forma de proteção de riscos sociais era fornecida por instituições privadas ou religiosas, de caridade, onde se buscavam proteger e dar assistência para os necessitados, e muitas dessas instituições eram comandadas pela Igreja Católica.

Ainda na Antiguidade temos os colégios grego e romano onde, numa lei de Sólon, conservada no Digesto, Livro XLVII, Título XXII, “*de collegiis et corporibus*” - tradução livre: “sobre associações e corporações” - informando que eram instituições de livre associação, de natureza mutualista, que além de buscas de finalidades religiosas, também tinham como escopo a ajuda recíproca (SERAU JUNIOR, 2011, p. 134).

Já na Idade Média a ideia de proteção das contingências sociais era baseada em pilares de assistência mútua, talvez pelo Feudalismo, onde os homens mantinham-se unidos por direitos e deveres recíprocos.

Sem dúvidas, na Antiguidade e Idade Média os pensamentos de assistência mútua eram baseados em laços de solidariedade e em doutrinas do Cristianismo, ainda não existiam as contingências so-

ciais agravadas pelo próprio homem ou pela exploração do próprio homem. Esse pensamento só ocorre mais adiante na sociedade capitalista e no Estado Liberal.

O Estado Capitalista, sem dúvida, trouxe outros marcos para a economia, a tecnologia modifica as relações de trabalho, afetando a economia capitalista e seu modo de produção. Como se sabe, no “mundo novo” capitalista o que importa é a produção e a obtenção de lucro, centralizando todos esses processos em riqueza.

Com isso, houve a implementação de máquinas substituindo os trabalhadores, os quais trabalhavam em escala significativamente superior ao trabalho humano, o que gerou muito desemprego; porém, os empresários ainda precisavam de trabalhadores para operar as máquinas, o que resultava em vários acidentes de trabalho, ficando estes trabalhadores acidentados sem assistência para si e seus familiares.

Indubitável é que, historicamente, a Revolução Industrial de 1789 foi um marco para a busca de melhores condições nas relações de emprego, pois não existiam direitos para os trabalhadores que trabalhavam em jornadas intensas, sem direito a salários dignos, descansos, e nem assistência para aqueles que sofressem algum tipo de acidente de trabalho, enfim, uma verdadeira agressão aos direitos humanos.

Diante disso, com o agravamento da economia, ocasião em que houve grande desemprego e desequilíbrio econômico, além de agressões sofridas pelos operários no século XIX, após a 1ª Guerra Mundial, surgiu a necessidade de o Estado intervir, inserindo em suas constituições direitos de segunda dimensão, direitos estes relacionados a direitos humanos fundamentais. Além do intervencionismo na economia pelos Estados, houve também a necessidade de intervir em outras áreas ligadas à proteção trabalhista, sindicalização, previsão de salários mínimos e na área social.

Com a Declaração dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, os direitos sociais foram reconhecidos e dentre eles o direito ao tra-

balho e ao salário igual por trabalho igual, devendo ser respeitados e garantidos a todos sem discriminação.

2.2.1 Evolução Histórica da Seguridade Social no Brasil

A Previdência Social no Brasil, assim como explícito acima, também teve seu início mediante formação voluntária e privativa com finalidades mutualistas.

A Constituição Imperial de 1824, sem definir muito bem o que seria, faz menção em seu artigo 179, inciso XXXI, sobre os socorros públicos, senão vejamos: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos.” (HOMCI, 2009).

Estes socorros públicos, como salientam Leitão e Meirinho (2013, p. 32), foram vários, sendo que antes disso já existiam as Santas Casas de Misericórdia desde 1543.

Já a Constituição Republicana de 1891 abordou o tema aposentadoria em seu artigo 75, em que prescreve: “[...] a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1981).

Também, em 1919, o Decreto Legislativo nº 3.724 cria um seguro por acidente de trabalho, sendo este compulsório, mas sem previsão expressa em lei.

Agora, o maior marco para o direito à Previdência Social sem dúvidas foi a “Lei Elói Chaves”, criada pelo Decreto Legislativo nº 4.682/ 1923, que criou a caixa de aposentadorias e pensões para os ferroviários sendo uma grande conquista social.

No mesmo seguimento da criação da “Lei Elói Chaves” foram criadas outras caixas de pensões tais como: portuárias; servidores públicos; mineradores, sendo estas caixas administradas por iniciativa

privada e o Estado era o responsável pela suas criações e regulamentações.

As caixas de aposentadoria e pensão, em sua maioria, previam a forma de que como os benefícios seriam concedidos, em especial: a) a aposentadoria integral, com 30 anos de serviço e 50 ou mais anos de idade; b) aposentadoria com redução de 25%, com 30 anos de serviço e menos de 50 anos de idade; c) as indenizações em caso de acidente de trabalho; d) a pensão por morte para os dependentes; e) outros benefícios não pecuniários (HOMCI, 2009).

Já a Constituição de 1934 foi a primeira a estabelecer a Previdência Social, com a participação do Estado, dos empregadores e dos empregados:

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte. (BRASIL, 1934).

Com o intervencionismo estatal de Getúlio Vargas, entre os anos de 1937 a 1945, mais precisamente em 1943, tivemos a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) que foi um grande início para a criação de normas trabalhistas e proteção aos trabalhadores.

Atualmente, os direitos sociais foram tratados na Constituição de 1988, que é um marco democrático e social do Estado Brasileiro, dando um tratamento demasiado a estes direitos e à previdência social, dispondo pela primeira vez do termo “Seguridade Social”, como um conjunto de ações integradas envolvendo Saúde, Assistência e Previdência Social, e em seu artigo 6º prescrevendo: “[...] São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Após a inserção da previdência social na Constituição de 1988, houve grandes mudanças, um verdadeiro marco para a positivação da seguridade social, pois a proteção e os direitos previdenciários foram estendidos a todos, sem distinção, não sendo exclusividade somente de trabalhadores, mas de todos os integrantes da sociedade brasileira, sendo um exemplo disso, o contribuinte individual facultativo que pode filiar-se aos 16 anos de idade, os deficientes, os muitos carentes, que podem receber assistência social sem nunca terem contribuído garantindo, assim, maior proteção a todos.

3 A SAÚDE INTRODUZIDA NA SEGURIDADE SOCIAL

Como mencionado acima, a saúde é segmento autônomo da seguridade social e se diz que ela tem a finalidade mais ampla de todos os ramos protetivos. Como preleciona o artigo 196 da CRFB/88, “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, porque o seu acesso é a todos os cidadãos independentemente de sua condição social ou de contribuição direta do indivíduo para a previdência.

Aqui, é bom esclarecermos que não há necessidade de contribuição direta do indivíduo para ter direito a saúde, mas isso não quer dizer que a saúde não é custeada; ela é custeada, mas de forma indireta.

ta, por contribuições sociais. Este também é o entendimento de André Studart Leitão e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho (2013, p. 46):

Isso não significa que a assistência social e a saúde não sejam financiadas por contribuições sociais. Muito pelo contrário, logo adiante veremos que diversas contribuições financiam o sistema da seguridade social. Quer dizer-se apenas que, ao contrário da Previdência Social (em que, a *priori*, apenas o contribuinte institui benefícios e serviços previdenciários), o direito à saúde e a assistência social independe de contribuição direta do indivíduo que busca atendimento.

Vale lembrar ainda que o Ministério da Saúde é o órgão responsável pelas ações na área da saúde, instrumentalizando suas ações pelo SUS (Sistema Único de Saúde).

Antes da Constituição de 1988 a saúde não era reconhecida como um direito fundamental e nem direito de todos, sendo que, cada cidadão era o responsável pelo atendimento da sua saúde; não existiam políticas sociais e econômicas que preconizassem a saúde. Após a Constituição de 1988 a saúde é afirmada e consolidada como um dever do Estado e um direito a todos sendo este obrigado a garantir recursos necessários para a promoção da saúde.

No âmbito da seguridade social, como dito alhures, não é necessário a contribuição direta do indivíduo para que este tenha acesso à saúde, porém o financiamento desta existe e está previsto no artigo 195 da CRFB/ 88, *in verbis*:

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre a aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (ANGHER, 2012, p. 71).

Como se nota, a responsabilidade de promoção à saúde após a Constituição de 1988 pertence a todas as entidades governamentais, como Municípios, Estados e União.

Desta feita, o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), autarquia federal, é responsável por gerir os benefícios e serviços da Previdência Social, não possuindo responsabilidade de gerir hospitais ou programas de saúde, sendo a política nacional de saúde regulamentada pelas leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, e é executada pelo SUS, que é constituído por órgãos federais, estaduais e municipais.

3.1 A ASSISTÊNCIA SOCIAL INTRODUZIDA NA SEGURIDADE SOCIAL

Como bem mencionado acima, a Constituição Federal de 1988 foi um marco para os direitos sociais, neles inclusos o direito à saúde a todos os cidadãos e à assistência social que, assim como a saúde, também não prevê contribuição, prevendo assim o mínimo social aos que necessitam o que seria garantir às necessidades básicas para os que se encontram em risco de total vulnerabilidade.

A assistência social passou por vários processos de evolução, desde os primórdios até os dias atuais, e tem como foco proteger o

cidadão dos riscos sociais inerentes da sociedade como, por exemplo, uma necessidade financeira em decorrência do desemprego e este cidadão ficar privado dos meios essenciais a uma vida digna.

Esse também é o entendimento de Tsutiya (2011, p. 31): “A preocupação com a proteção social das pessoas carentes remota aos primórdios da humanidade. O primeiro sistema de proteção conhecido foi o assistencialismo, que já existia na Antiguidade.”

Ainda quando mencionamos a assistência social na Constituição Federal de 1988, temos em seu artigo 203 e 204 os objetivos da assistência social, quais sejam:

Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204 - As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no Art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Aqui é importante lembrarmos que todos esses objetivos acima são meios de proteção e meios de prevenção para crianças, adolescentes, idosos, deficientes, o cidadão atingido pela contingência social, com intuito de evitar evento danoso e estas pessoas possam viver com dignidade.

Também, se faz necessário lembrar que os benefícios da assistência social são chamados de Benefício de Prestação Continuada (BPC), porém é conhecido pela população de LOAS, que na verdade é o nome da lei em si, Lei Orgânica de Assistência Social.

Como mencionado acima a assistência social é um direito de todos aqueles que necessitem também incluso os deficientes. Nesta esteira segue julgado do TRF 3:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. LOAS. AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). RECONSIDERAÇÃO. AGRAVO PROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS. 1. Presentes os requisitos para a concessão do benefício assistencial. A incapacidade da agravante restou comprovada pela certidão de interdição, bem como a hipossuficiência de recursos para prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família também encontra-se presente na espécie. 2. Diante da reforma integral da decisão recorrida por meio do agravo interposto pela parte autora, resta prejudicada a apreciação dos embargos de declaração opostos pelo MPF. 3. Agravo da parte autora provido. Embargos de declaração prejudicados. (BRASIL, 2012).

Necessário se faz lembrar que após cinco anos da Constituição Federal a assistência social é institucionalizada e regulamentada através da Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS (Lei nº 8.742/93),

que regulamenta e positiva os artigos 203 e 204 e define em seu artigo 1º: “[...] a assistência social é direito do cidadão e dever do Estado. Como política de seguridade social não contributiva, a assistência social deve garantir os mínimos sociais e ser realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas da população.” (BRASIL, 1993).

3.2 A LEI N. 8.742/1993 (LEI ORGÂNICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - LOAS)

Aqui cabe um aparte quanto a Lei nº 8.742/1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, também conhecida como LOAS.

Esta lei não exclusivamente regulamenta o texto constitucional, mas estabelece categoricamente a assistência social como um direito social não contributivo, situando seus princípios e diretrizes, bem como a proteção social a serem avalizados por meio de serviços, benefícios, programas e projetos, sendo estes elementos delineados na Política Nacional de Assistência Social (PNAS), de 1998, e em duas Normas Operacionais Básicas (NOB), editadas em 1997 e 1998.

Em 2004 foi aprovada nova PNAS, e no ano seguinte uma nova NOB (NOB/2005), instituindo-se o Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Estas mudanças foram importantes, pois determinaram e normatizaram conteúdos do pacto federativo, restaurando de forma unitária, hierarquizada e complementar as competências dos entes federados na gestão do financiamento e efetivação da Assistência Social.

Em 07 de julho de 2011 entrou em vigor a Lei n. 12.435/2011, lei esta que promoveu mudanças na LOAS, alterando e inserindo artigos, inclusive os relacionados ao chamado Benefício de Prestação Continuada (BPC) e financiamentos do sistema de seguridade social; demudando o SUAS, os programas socioassistenciais, serviços e unidades de referência.

Portanto, a LOAS configura-se como o marco e como um dos grandes garantidores dos direitos sociais dos cidadãos em situação de vulnerabilidade e pobreza, tentando minimizar as mazelas provenientes da desigualdade social.

Conforme dito no parágrafo anterior a LOAS foi um grande marco para os direitos sociais e principalmente para os cidadãos em situações de vulnerabilidade, exemplo disso temos um julgado da TNU 3 onde um cidadão com o vírus do HIV, conseguiu o LOAS, por ser uma doença estigmatizante, onde ainda há o preconceito de se colocar no mercado de trabalho um cidadão portador de HIV, em uma situação difícil, então vejamos:

VOTO - DIREITO ASSISTENCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (LOAS - LEI Nº. 8.742/1993). PORTADOR DE VÍRUS HIV (AIDS) ASSINTOMÁTICO. INCAPACIDADE DE PROVER A PRÓPRIA MANUTENÇÃO. CONSIDERAÇÃO DE CONDIÇÕES SÓCIO-CULTURAIS ESTIGMATIZANTES. NECESSIDADE. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA TURMA NACIONAL. APLICAÇÃO DA QUESTÃO DE ORDEM Nº. 20, TNU. OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA E ACÓRDÃO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ARTS. 7º VII, “A” E 15, §§ 1º E 3º, DA RESOLUÇÃO CJF Nº. 22 DE 4 DE SETEMBRO DE 2008 (RI/TNU). 1 - Pedido de Uniformização manejado em face de acórdão que negou provimento ao recurso inominado e manteve a sentença que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício de prestação continuada (LOAS - Lei nº. 8.742/1993) com fundamento em laudo pericial conclusivo pela capacidade para o trabalho, sem exame de condições sócio-culturais estigmatizantes da patologia. Portador de vírus HIV (AIDS) assintomático. 2 - Nos termos do art. 20, LOAS, na redação dada pela Lei nº. 12.470/2011 (que apenas explicita regras implícitas): “Para efeito de concessão deste benefício [prestação continuada], considera-se

pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (§ 2o); “A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento deque trata o § 2o, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS” (§ 6º). O estigma social que possa recair sobre o portador do vírus HIV (AIDS), ainda que assintomático, erige-se como potencial barreira à sua plena e efetiva inserção social em igualdade de condições, impondo-se a aferição de sua condição e grau. Há que se verificar se suas condições sociais permitem o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Essa é a interpretação que assegura a efetivação dos objetivos da assistência social, vale dizer, a garantia da vida através da prevenção e redução dos riscos de dano (art. 2º, I, LOAS). 3 - Jurisprudência dominante desta Turma Nacional: “a questão jurídica que merece enfrentamento é a da possibilidade de concessão de benefício por incapacidade não constatada em laudo médico quando presentes outras circunstâncias que acabam por inviabilizar qualquer tipo de exercício de atividade remunerada, normalmente ancoradas no estigma social que cerca doenças como a AIDS. (...) Lembro que este Colegiado tem posicionamento consolidado no sentido do reconhecimento do direito a benefício previdenciário por incapacidade, independentemente de esta se encontrar identificada no laudo pericial, quando o julgador afira a presença de condições pessoais ou sociais que provoquem a sua caracterização. Assim, não obstante a conclusão médica apontar a possibilidade de exercício de atividade remunerada, outros elementos podem levar o magistrado sentenciante à conclusão de sua impossibilidade, em face da extrema dificuldade de inserção ou reinserção

no mercado de trabalho, situação em que a negativa de concessão do benefício implica ofensa à dignidade humana” (PEDILEF nº. 0005872-82.2010.4.01.3200, Rel^a. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes, DOU 23.3.2012); “(...) a jurisprudência consolidada nesta TNU já se firmou no sentido de que os portadores do vírus da AIDS, mesmo que assintomáticos, devem ter sua incapacidade aferida com base nas condições pessoais, sociais e econômicas, visto tratar-se de doença estigmatizante” (PEDILEF nº. 0512178-77.2009.4.05.8100, Rel. Juiz Federal Paulo Arena, DOU 11.5.2012); “A TNU tem posicionamento consolidado no sentido de que circunstâncias de natureza socioeconômica, profissional e cultural especificamente suscitadas pelo requerente devem ser levadas em conta para aferir se existe, na prática, real possibilidade de inserção no mercado de trabalho. Apesar de o laudo pericial atestar que, sob o ponto de vista clínico, não há impedimento objetivo para o exercício de atividade profissional, é, em tese, possível que o estigma social decorrente da contaminação pelo vírus HIV inviabilize, na prática, a obtenção de colocação profissional no meio social rural em que a requerente vive.” (PEDILEF nº. 0520803-66.2010.4.05.8100, Rel. Juiz Federal Rogério Moreira Alves, DOU 6.7.2012) 4 - No caso sub examine, o recorrente alega possuir baixa escolaridade, qualifica-se como pintor e refere discriminação social em virtude de ser portador do vírus HIV. Ademais, reside em Sobral, município no interior do Ceará. Dessa forma, sua incapacidade há de ser aferida ponderando-se a possibilidade de inclusão no mercado de trabalho, em face de suas condições pessoais e do meio sócio-cultural em que está inserido. 5 - Aplicação da Questão de Ordem nº. 20 desta TNU: “Se a Turma Nacional decidir que o incidente de uniformização deva ser conhecido e provido no que toca a matéria de direito e se tal conclusão importar na necessidade de exame de provas sobre matéria de fato, que foram requeridas e não produzidas, ou foram produzidas e não apreciadas pelas instâncias

inferiores, a sentença ou acórdão da Turma Recursal deverá ser anulado para que tais provas sejam produzidas ou apreciadas, ficando o juiz de 1º grau e a respectiva Turma Recursal vinculados ao entendimento da Turma Nacional sobre a matéria de direito”. 6 - Incidente de Uniformização conhecido e parcialmente provido, para anular a sentença e o acórdão recorrido, a fim de que, no âmbito do JEF, seja dada oportunidade ao requerente de produzir prova das condições sócio- culturais estigmatizantes que entenda necessárias e suficientes. 7 - O julgamento deste incidente de uniformização, que reflete o entendimento consolidado da Turma Nacional de Uniformização, resultará na devolução à Turma de origem de todos os outros recursos que versem sobre o mesmo objeto afim de que mantenham ou promovam a adequação do acórdão recorrido à tese jurídica firmada, em cumprimento ao disposto nos arts. 7º VII, “a” e 15, §§ 1º e 3º, da Resolução CJF nº. 22 de 4 de setembro de 2008 (RI/TNU). (BRASIL, 2012, grifo nosso).

A assistência social como já mencionado antes não é contributiva, mas uma política pública, um dever do Estado e um direito de todos aqueles que dela necessitarem. Aqui, por mais que já dito a assistência social não ser um benefício contributivo, assim como a saúde, se faz necessário ressaltar que existe uma pequena diferença no tocante a saúde, pois esta última é um direito de todos sem distinção de classe social e sem contribuição; já, na assistência social, somente terão direito os cidadão atingidos pelas contingências sociais e que ainda preencherem os requisitos elencados na Lei Orgânica de Assistência Social, como, por exemplo, os deficientes, os idosos, as famílias necessitadas.

Neste condão temos que o caráter da seguridade social é misto porque a previdência social é para quem contribui; a saúde, de natureza universal; e a assistência social somente para quem necessitar.

4 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO “MÍNIMO SOCIAL”

Prescreve ainda a o artigo 1º da Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) que: “Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, *que provê os mínimos sociais*, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.” (BRASIL, 1993).

O conceito de “mínimo social” foi muito trabalhado por John Rawls, na obra *Teoria da Justiça*, quando ao tratar dos princípios da justiça discorrendo sobre as instituições de fundo para a justiça distributiva destaca a dificuldade da escolha de um sistema social ideal como, liberdade política e de consciência e igualdade equitativa de oportunidades (CASTRO; OLIVEIRA, 2013).

A ideia do mínimo social desenvolvida por Rawls guarda relação com o mínimo existencial, pois ambos os conceitos tendem impor limites ao Estado para a concretização aos direitos sociais.

Observe-se que tal limitação se faz necessária para que não haja retrocesso social, dado que, existindo um conteúdo de direito mínimo social, este deve ser assegurado sob afronta dos objetivos elencados no artigo 203 da CF/88 e do princípio da dignidade humana.

Como bem já explicitado acima a Assistência Social implica em obrigações de prestações positivas pelo Estado sob forma de ações, programas para dar cobertura aos “desamparados”, ou seja, pessoas, que se encontrem em situação de hipossuficiência econômica como um requisito da lei.

Desse modo, a assistência social será prestada a quem dela necessitar e independente de contribuição, aos “desamparados”, pelo qual se destinarão os “mínimos sociais” para que pessoas pertencentes ao grupo dos “desamparados” mantenham sua subsistência, com observância no artigo 203 da CF/ 1988, incisos I a V, pelo

qual prescreve como objetivos da Assistência Social, a proteção à família, à maternidade, educação, amparo às pessoas carentes.

5 A PREVIDÊNCIA SOCIAL INTRODUZIDA NA SEGURIDADE SOCIAL

Como já mencionado acima a previdência social tem natureza de um seguro social e como todo seguro para ter direito a ser assegurado deve ter contribuição.

Após a Emenda Constitucional 20/98 o regime da Previdência Social subdivide-se em Regime Geral pertencente ao Regime Geral Da Previdência Social, (RGPS), administrado pelo INSS, e pelo Regime Geral Estatutário. Funciona da seguinte maneira, se o cidadão não for servidor público estatutário, com regime próprio, este pertencerá obrigatoriamente ao RGPS, caso ele seja servidor público ele terá seu regime previdenciário definido, exemplo disso são os militares onde seu regime previdenciário está previsto no artigo 142, § 3º, X da Constituição Federal de 1988.

Conforme artigo 11 da Lei n. 8.213/91 são segurados obrigatórios:

- I- Empregado;
- II- Empregado doméstico;
- III- Trabalhador avulso;
- IV- Segurado especial;
- V- Contribuinte individual.

Vale lembrar ainda que os regimes são distintos e separados, pois o Regime Geral da Previdência é que está previsto no capítulo da Seguridade Social em no artigo 201 da CFRB/ 88. Também é esse mesmo artigo que define que a Previdência Social será construída em regime geral, de filiação obrigatória e de caráter contributivo.

Sendo assim, a filiação se torna obrigatória para todos que exercem atividade econômica, no entanto, devido o princípio da universalidade de atendimento e cobertura onde todos podem participar, temos os segurados facultativos, ou seja, participam se quiserem, porém devem se inscreverem e contribuir.

Várias são os benefícios da previdência social para os filiados obrigatórios como doença, invalidez, pensão por morte, auxílio-reclusão, aposentadoria especial, salário-família para dependentes de baixa-renda e esses benefícios, que substituam o salário do segurado ou seu salário de contribuição, não poderão ter valor mensal inferior ao salário mínimo tendo em vista o caráter alimentar dos benefícios previdenciários.

Neste sentido segue julgado do TRF- 5:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-SUPLEMENTAR. VALOR INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. - Nos termos do artigo 201 da Constituição Federal, apenas os benefícios previdenciários que substituam o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não podem ter valor mensal inferior ao salário mínimo. - Na hipótese dos autos, o autor recebe auxílio-suplementar, o qual não se enquadra na previsão legal do artigo 201 da CF, podendo o valor ser inferior a um salário mínimo. - Precedentes. - Apelação improvida. (BRASIL, 2007).

O constituinte entendeu por bem sempre proteger a renda mensal do segurado para que este mantenha seu poder aquisitivo, porém o valor do seu benefício será de acordo à contribuição vertida ao sistema o que servirá de cálculo para sua Renda Mensal Inicial (RMI).

Como se viu, um estado de necessidade que atinja uma pessoa, por si só, não lhe dá o direito à proteção previdenciária, sendo necessário que ela tenha a qualidade de contribuinte no sistema da previdência social, ou de um regime próprio de previdência, ou seja,

que tenha contribuído para a previdência ou o regime próprio ao qual é filiada e que esteja na qualidade de segurada, que tenha o período de carência como uma seguradora comum, pois deve haver previsão de fundo de custeio para arcar com o benefício pleiteado.

6 CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

6.1 CONCEITO E ORIGEM

Quando pensamos em reserva do possível, logo nos vem a ideia de insuficiência de recursos do Estado para cumprir com suas obrigações sociais.

O Estado com a invocação da cláusula da reserva do possível se utiliza do argumento da indisponibilidade financeira tornando sem efeito as demandas dos indivíduos com os recursos existentes.

A reserva do possível teve origem no julgamento do caso “*numerus clausus*” pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, julgado em 1972. Discutia-se o acesso ao curso de medicina e a compatibilidade de certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso ao ensino superior (*numerus clausus*), com a Lei Fundamental, que garantia a liberdade de escolha da profissão. O Tribunal decidiu que a prestação exigida do Estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, e entendeu que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem cursar medicina. A reserva do possível nesse caso, portanto, relacionou-se à exigência de prestações dentro do limite da razoabilidade, não da escassez de recursos, como ocorre no Brasil (OLSEN, 2006, p. 6).

Observa-se, portanto, que a teoria da “Reserva do Possível”, na sua origem, não se relaciona exclusivamente à existência de recursos materiais/financeiros, suficientes para a efetivação dos direi-

tos sociais, mas, sim, à razoabilidade da pretensão proposta frente à sua concretização.

Certamente, com a cláusula de “reserva do possível”, se faz o Estado conveniente, a invocar, para a não efetivação dos direitos sociais, alegando que estaria limitado às possibilidades orçamentárias.

Para Sarlet (2012), a cláusula da reserva do possível, ora pode atuar como uma garantia aos direitos fundamentais, ora uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, vejamos:

[...] A reserva do possível constitui, em verdade, (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, e em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos e direitos, quando se cuidar da invocação- observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos-da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SARLET, 2012, p. 288).

No Brasil, aparentemente a interpretação que se faz com a “Reserva do Possível”, como exposta por Sarlet, teve que se adequar à realidade pátria, transformando essa teoria, numa teoria da reserva do financeiramente possível, sendo considerada como limite à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

6.2 CLÁUSULA DE RESERVA DO POSSÍVEL E A SEGURIDADE SOCIAL

A concretização à seguridade social, implica, também, na efetivação dos direitos sociais, da seguridade social, pelo qual se compreende a assistência social, saúde e previdência social, como importante proteção dos órgãos estatais a obrigação de assegurar as

prestações inerentes ao mínimo existencial, como por exemplo, os previstos nos artigos 6º, 193, 194, 195, 196, 201, 203, todos da Constituição Federal de 1988.

Isso porque, conforme já discorrido acima, não restam dúvidas de que para a efetivação desses direitos, os cidadãos ficam reféns das políticas e das finanças públicas. Há pessoas impossibilitadas ao trabalho, pessoas com deficiências, há pessoas miseráveis, pessoas às quais são negadas o direito à saúde, à educação, à própria vida.

Portanto, limitar aos cidadãos o básico para a manutenção de uma vida digna com fundamento na cláusula do reserva do possível, é negar a efetividade dos direitos fundamentais esculpidos na Constituição ferindo a dignidade da pessoa humana.

A reserva do possível não deve limitar a devida proteção do mínimo existencial, razão pela qual pode o Poder Judiciário determinar a dispensação impositiva de medicamentos excepcionais, prestação que encontra-se indissociavelmente ligada ao direito à saúde, à vida, ou não reconhecer uma incapacidade laborativa, ou exigir de um cidadão um estado de miserabilidade máxima, para preencher os requisitos dos LOAS, para assim, talvez, conseguir um benefício com valor de salário mínimo para própria subsistência.

Nota-se que o STF, vêm aplicando a reserva do possível nas hipóteses em que o custo para a prestação individual de determinado direito social prejudique o direito de todos os demais indivíduos, o que, à primeira vista, parece ser razoável.

Atualmente, o Tribunal tem se posicionado para afastar a tese de que o Estado descumpra seus deveres na área dos direitos sociais, principalmente quando o pedido é o mínimo existencial, senão vejamos:

A cláusula da reserva do possível - que *não pode ser invocada*, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de *inviabilizar a im-*

plementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. [...] A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Contudo, ainda, falta muito, para uma efetivação dos direitos fundamentais, principalmente à seguridade social, ainda mais tocante à saúde, pois tal premissa não se aplica ao fornecimento de medicamentos excepcionais, pois estes, em razão da sua extraordinariedade, apresentam um número reduzido de beneficiários, não causando impacto orçamentário que possa justificar a aplicação da reserva do possível.

Pelo exposto, a cláusula de “reserva do possível”, tem sido associada à existência ou não de recursos financeiros para a efetivação aos direitos sociais, entre eles, a seguridade social, entretanto, nos moldes do Tribunal Alemão, só será possível atender àquilo que se insira nos limites do razoável. Porém, ao nosso pensar uma vida para ser considerada digna deve atender aos princípios constitucionais, ao mínimo social, ao mínimo existencial, ao menos, o básico para o exercício de todos os outros direitos fundamentais, pois ter vida dig-

na é ter uma vida plena com saúde física e mental, com a efetivação de todos os direitos sociais.

7 CONCLUSÃO

É de verificar-se que quando o Estado constata que as necessidades são ilimitadas e os recursos disponíveis, também, são limitados, se faz necessário uma análise de prioridades para que as demandas sejam atendidas de acordo com a Constituição.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 ampliou, o rol de direitos sociais; entre esses o direito à Seguridade Social, porém frente a alegação do Estado de que há escassez financeira; surge as dificuldades e limitações materiais, não concretizando esses direitos constitucionais.

Assim, surge o “mínimo existencial” em relação à dignidade da pessoa humana, de modo a dizer que para se concretizar a Seguridade Social, ou outros direitos fundamentais o Estado deve disponibilizar o mínimo ao indivíduo, como saúde, segurança, educação, trabalho digno.

Entretanto, para que esses direitos sejam efetivados se faz necessário o estabelecimento de políticas públicas prioritárias, ao planejamento orçamentário, atuação conjunta de entes políticos, além da disponibilidade efetiva de recursos, como limite fático a efetivação dos direitos sociais, com fulcro na doutrina de Ingo Sarlet.

Acreditamos que reserva do possível não deve limitar a devida proteção do mínimo existencial, para que não haja retrocessão dos direitos fundamentais garantidos, partindo da premissa de que, depois de atingido determinado nível, qualquer retorno a um estado de menor proteção geraria violação ao princípio da dignidade da pessoa humana que é o núcleo essencial à proteção de todos outros direitos.

REFRÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico De Direito Rideel*. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012. (Série Vade Mecum).

BRASIL. AC 20641 SP 0020641-48.2009.4.03.9999, Relator: Juiz Convocado Souza Ribeiro. Órgão Julgador: Nona Turma. Julgamento em 15 out. 2012. *JusBrasil*, 15 out. 2012. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22537668/apelacao-civel-ac-20641-sp-0020641-4820094039999-trf3>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. AC 259975 PE 2001.05.99.000458-8. Relator: Desembargador Federal Cesar Carvalho (Substituto). Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 15 fev. 2007. *JusBrasil*, 14 mar. 2007. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254513/apelacao-civel-ac-259975-pe-20010599000458-8>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. ARE 639.337-AgR. Relator: Min. Celso de Mello Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 23 ago. 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, 15 set. 2011.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegurar à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 dez. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 05 jul. 2015.

BRASIL. TNU - Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal: PEDILEF 5038635120094058103. Relator: Juiz Federal Alcides Saldanha Lima. Julgamento em 16 ago. 2012. *JusBrasil*, 31 ago. 2012. Disponível em: <<http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22485753/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-5038635120094058103-tnu>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Constituição de 1891*. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

CASTRO, Artur de Soares de; OLIVEIRA, João Carlos Cabrelon de. Direito fundamental à assistência social: algumas considerações. *Revista da SJRJ*, v. 20, n. 36, 2013. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/367>. Acesso em: 29 jul. 2015.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v. 7, n. 9, p. 379-397, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24670>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

HOMCI, Arthur Laércio. *Evolução histórica da seguridade social*. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12493/a-evolucao-historica-da-previdencia-social-no-brasil>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

LEITÃO. André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de direito previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. 2006. 390 p. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal do Paraná, Curitiba 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade social como direito fundamental material*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de direito da seguridade social*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ACIDENTES DE TRABALHO: AÇÃO REGRESSIVA COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO E PUNIÇÃO PARA O EMPREGADOR¹

Samoel Sander Mühl*

RESUMO

O presente trabalho analisará a ação de regresso cabível a Previdência Social quando houver a ocorrência de acidentes do trabalho, tendo como enfoque principal o artigo 120, da Lei dos Planos e Benefícios da Previdência Social. Logo em seguida será discutida a responsabilidade civil objetiva do empregador como ferramenta de prevenção e sanção para inócorência dos acidentes laborais. Além disso, será abordado o ambiente de trabalho como direito fundamental do trabalhador.

Palavras-chave: Acidentes de trabalho. Ação regressiva. Responsabilidade objetiva.

1 INTRODUÇÃO

A proposta inicial do presente artigo esta pautada na discussão a respeito da Ação Regressiva Previdenciária nos casos decorrentes de acidentes de trabalho, cuja responsabilidade pelo acidente é do empregador ou de terceiros. Conforme estabelecido na legislação, esta ação deve ser ajuizada quando o empregador houver negligenciado às normas padrão de higiene e segurança do trabalho, indicados

¹ Apoio financeiro: Programa Uniedu (Programa de Bolsas Universitárias De Santa Catarina) - Pós-Graduação.

* Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Associação de Magistrados do Trabalho da 12^a Região; Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; Rua Dr. Antônio Haffner, 269, apto 402, Água Verde, 89036-640, Blumenau, Santa Catarina, Brasil; samoelsander@hotmail.com

aos trabalhadores no ambiente laboral para proteção individual e coletiva, conforme disposto no art. 120 da Lei n. 8.213/91.

Através do referido diploma legal se busca mais do que o simples ressarcimento dos valores despendidos pelo Instituto da Previdência Social nos casos decorrentes de acidente de trabalho. O escopo principal é que este ferramental possa ser utilizado como meio de prevenção e sanção indenizatória ao empregador ou a terceiros, tendo também como propósito neural o cumprimento das normas de higiene e segurança do trabalho, bem como, fiscalização do ambiente laboral de forma adequada, induzindo com isso, a redução ou até mesmo a eliminação total dos acidentes laborais causados aos trabalhadores, face às más condições laborais em que estes estão submetidos.

Por sua vez, tem-se observado a ocorrência de um grande número de acidentes laborais em todo Brasil, tal circunstância decorre de vários fatores, entre eles, a inobservância do empregador das normas regulamentadoras que tratam da higiene e segurança do trabalho, além da evolução dos meios produtivos, que tem conduzido os trabalhadores a um grau acentuado de doenças e acidentes no meio laboral, isto por sua vez, tem se tornado um problema de grande relevância, não apenas para os trabalhadores que absorvem de forma direta os impactos com as doenças e mortes, mas, para toda a sociedade em geral que acaba custeando estes prejuízos através de benefícios previdenciários, reabilitações profissionais, tratamentos de saúde, etc.

Diante deste cenário negativo que agride e prejudica a sociedade de forma ampla, deve haver um mecanismo que seja capaz de provocar o travamento e redução dos acidentes laborais, de tal forma que se possa primar pela integridade física e pelo bem-estar social do trabalhador.

Neste sentido, para o desenvolvimento do presente trabalho será empregada à pesquisa bibliográfica, buscando a interpretação de vários autores, com o propósito de demonstrar que o problema envolvendo o acidente laboral necessita de um ferramental que possa

interromper este processo prejudicial que atinge de forma direta a figura do trabalhador.

2 AÇÃO REGRESSIVA

Em decorrência dos acidentes laborais é comum o fato dos trabalhadores requererem o benefício acidentário perante o Instituto Nacional da Previdência Social, visando a sua subsistência e de sua família, diante da existência de sua incapacidade laboral.

Por outro viés, o acidente do trabalho provoca ao Estado o dever de amparar o trabalhador através de seu sistema de Seguridade Social, com o pagamento do auxílio acidente de trabalho, isso sem falar nas hipóteses mais graves em que o trabalhador diante do acidente do trabalho é levado a óbito, nascendo o direito para os familiares pleitearem a pensão por morte perante o Instituto Nacional da Previdência Social. Entretanto, o problema central da questão reside no fato de que o acidente laboral por muitas vezes se dá apenas em virtude do desrespeito por parte do empregador, naquilo que condiz com o devido cuidado e respeito das normas de higiene e segurança do trabalho.

Nota-se que “[...] a Seguridade Social é o novo e superior conceito eleito pelo Brasil para gerar um sistema inédito de proteção social, a fim de garantir proteção de renda, prevenção e recuperação da saúde, bem como de inclusão de pessoas em situação de exclusão social.” (STRAPAZZON; CAVALHEIRO, 2013, p. 246).

Ressalta-se então, que o dever do Estado em realizar o pagamento dos benefícios previdenciários é objetivo, portanto, diante da ocorrência de um dano ao operário que o torne incapaz de forma total ou parcial ao desenvolvimento habitual de suas atividades laborais, é justo motivo para que o ente estatal fique obrigado ao pagamento do benefício previdenciário (TIBA; LOBATO JUNIOR, 2011, p. 51).

Portanto, como reflexo do acidente de trabalho o Estado tem a obrigação de prover o pagamento do benefício previdenciário, po-

rem detém o dever de regresso contra o causador do dano, conforme disposição legal da Lei nº 4.619/1965 que regula o direito de regresso do Poder Público por ato culposo praticado pelos agentes das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos que culposamente causarem dano a outrem, dentro de determinado lapso temporal conforme se observa no artigo 2º: “[...] o prazo para ajuizar a ação regressiva será de sessenta dias a partir da data em que transitar em julgado a condenação à Fazenda.” (BRASIL, 1965).

É possível inferir que o trabalhador na qualidade de segurado, independe da comprovação de quem é o real responsável pelo acidente de trabalho para que possa fazer gozo de seu direito ao benefício previdenciário. Por outro lado, o ente público previdenciário passa a ter a obrigação em prestar assistência ao trabalhador, através do pagamento do benefício acidentário, ou seja, o Estado assume a responsabilidade objetiva.

Neste contexto, a responsabilidade objetiva tem o condão de facilitar a obtenção do benefício previdenciário ao trabalhador acidentado, pois este não precisa provar quem incorreu em culpa, ou ainda, este não precisa demonstrar o real responsável que ensejou a existência do acidente para ter direito ao recebimento da indenização. Entretanto, tal circunstância não impede que a Previdência Social tome medidas no sentido de reaver as despesas quando demonstrada a culpa do empregador (OLIVEIRA, 2010, p. 66).

Motivada pelos elevados índices de acidentes do trabalho, a Previdência Social vem ajuizando as ações regressivas em maior número, requerendo ao judiciário a condenação das empresas, para que estas devolvam aos cofres do ente estatal os valores desembolsados com benefícios acidentários, nos casos em que o acidente tenha ocorrido diante da negligência do próprio empregador (OLIVEIRA, 2010, p. 68).

O ato do empregador ou de terceiro que negligencia as normas de higiene e proteção laboral acaba contrariando com o dever de cumprir com as normas de proteção ao trabalho dispostas no artigo

157 da Consolidação das Leis do Trabalho, em especial nos incisos I e II que impõem ao empregador a obrigação de observar às normas relativas à segurança e medicina do trabalho, bem como, o encargo de instruir seus trabalhadores de tal forma que estes tenham informação quanto aos procedimentos preventivos que devem ser adotados na prestação do labor.

Além da proteção celetista, a segurança do empregado contra os acidentes de trabalho encontra respaldo no parágrafo 1º, do artigo 19, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, conforme se pode verificar: “[...] a empresa é responsável pela adoção e uso de medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.”

Entretanto, mesmo existindo todo este arranjo protetivo no campo laboral em que se objetiva a garantia do direito a saúde e integridade física do trabalhador, aliado ao fato de se ter assegurado o direito ao recebimento do auxílio acidente de trabalho, quando da ocorrência do sinistro laboral, cabe analisar a situação com maior acuidade, haja vista que muitos dos acidentes laborais trazem consigo inúmeras consequências negativas, não apenas para o trabalhador, mas também para a sociedade em geral.

Assim, quando o responsável pelos empregados é negligente e não respeita as normas a que está submetido e conseqüentemente há o surgimento de um acidente de trabalho, tal circunstância proporciona a Previdência Social à possibilidade de ajuizar uma ação regressiva contra o causador do dano. Tal ação judicial tem como propósito primordial que não haja o “[...] enriquecimento sem causa de outrem, por meio do ressarcimento da quantia despendida contra o causador do dano.” (TIBA; LOBATO JUNIOR, 2011, p. 51).

Em outras palavras, o que se pretende dizer é que aquele que provoca um dano a determinado indivíduo é quem deve suportar tal prejuízo, e não o Estado através de seu órgão previdenciário, pois se assim fosse, estaríamos transferindo a responsabilidade à socieda-

de de forma solidária e incentivando com que o real causador do dano tivesse um enriquecimento sem causa.

Portanto, é notável o surgimento de um novo conceito de responsabilidade em decorrência do acidente de trabalho: “[...] o Estado, por meio do ente público responsável pelas prestações previdenciárias, resguarda a subsistência do trabalhador e de seus dependentes, mas tem o direito de exigir do verdadeiro culpado que este arque com os ônus das prestações [...]” (OLIVEIRA, 2010, p. 61).

Assim, diante da ocorrência do acidente laboral o Instituto Nacional de Previdência Social esta autorizado a ajuizar uma ação de regresso contra a empresa ou terceiro causador do dano, tendo com base legal para tal medida o artigo 120, da Lei dos Planos e Benefícios da Previdência Social, que prevê: “Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.” (BRASIL, 1991).

Além do dispositivo anteriormente mencionado, podemos elencar outros fundamentos que dão amparo legal para as ações de regresso da Previdência Social nos casos de acidentes de trabalho, como: os artigos 186, 927, 932, inciso III, e 933 do Código Civil de 2002 e o artigo 7º, incisos XXII e XXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Observa-se também a existência de entendimento doutrinário, trilhando no caminho de que a “[...] responsabilidade do empregador é objetiva e que o acidente de trabalho é um risco inerente à sua atividade. Se aceita essa tese, a empresa poderia ser condenada a ressarcir o INSS mesmo que ausentes os elementos da culpa e negligência.” (OLIVEIRA, 2010, p. 65).

Com isso, as ações regressivas tendem a ser reconhecidas quando presentes os elementos conformadores da culpa, pautados na responsabilidade subjetiva, teoria primária e mais usual nos tribunais brasileiros, onde se faz necessário a demonstração de que o empregador realmente foi negligente e teve culpa para a ocorrência

do acidente laboral, além da demonstração de um efetivo dano e da existência do nexo de causalidade. Entretanto, novas interpretações e aprimoramentos devem ser pensados, diante da submissão do empregado a atividades complexas, situação esta que tem dificultado aos operários a demonstração da culpa do empregador.

Diante desta dificuldade para demonstrar a culpa do empregador, tem havido certo embaraço para a responsabilização daquele que de fato tem proporcionado a ocorrência do acidente do trabalho. Por isso, se faz necessário o emprego da responsabilização objetiva do empregador, que parte da premissa segundo a qual determinadas atividades por si só representam riscos a saúde do trabalhador.

Frente a esta discussão, será analisada no tópico seguinte a responsabilidade objetiva como ferramenta de prevenção de acidentes do trabalho e punição para ao empregador que não agiu com a devida cautela ou que desenvolveu atividades consideradas de risco, possibilitando a ocorrência do acidente laboral.

3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR

A doutrina e as leis recentes apresentam uma tendência em empregar a responsabilidade objetiva, também conhecida como teoria do risco, com maior frequência. Este reflexo é resultado das constantes transformações e da necessidade que a sociedade vem enfrentando, bem como, pela dificuldade de produção da prova a respeito da culpa do ofensor em relação ao ofendido.

Entre as mais variadas alterações na sociedade, “[...] a produção industrializada e o desenvolvimento das atividades da indústria e de risco fizeram proliferar a potencialidade da ocorrência de acidentes, de danos chamados anônimos, em que dificilmente se conseguia identificar um culpado.” (GODOY, 2010, p. 29)

No que concerne à conceituação da responsabilidade civil quando analisada sob o enfoque do instituto jurídico, esta não possui

uma definição legal. Por outro lado, de forma doutrinária, é possível conceituá-la como um sistema de regras e princípios que tem por finalidade “[...] a reparação do dano patrimonial e a compensação do dano extrapatrimonial causados diretamente ao agente - ou fato de coisas ou pessoas que dele dependam - que agiu de forma ilícita ou assumiu o risco da atividade causadora da lesão.” (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 80).

Em suma, o emprego da responsabilidade objetiva tem sido a cada dia mais aceita pela jurisprudência brasileira, e não podia ser de forma diferente, pois, diante dos danos anônimos em que se tem dificuldade em encontrar um culpado, a doutrina e a jurisprudência precisam evoluir de tal maneira que os responsáveis pelos acidentes laborais sejam identificados e responsabilizados, conforme veremos a seguir na decisão prolatada pelo Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - DANO MORAL - ACIDENTE DE TRABALHO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - POSSIBILIDADE. A tese defendida pela Corte a quo está amparada no fato de que a atitude da empresa implicou risco para os direitos de outrem, in casu, o reclamante, que contratado e acostumado às tarefas de assistente administrativo, foi utilizado para a entrega de documentos, fornecendo-lhe a empresa veículo de sua propriedade para tal mister, assumindo, assim, o risco de ocorrência de infortúnios, tais como acidentes de trânsito. Restou claro que a adoção da responsabilidade objetiva não adveio apenas da obrigação de indenizar pela simples constatação do dano e do fato de que ele se deu a serviço do empregador, mas destacou-se que o acidente dera-se em razão do empregado estar envolvido em uma rotina de trabalho que não a sua. Ainda, no julgado de origem, fixou-se a tese de ser indubitável o prejuízo causado ao reclamante, ressaltando-se que, em face da prova da ocorrência do acidente do trabalho, ficou demonstrado, por laudo, o nexo causal

existente entre o fato e a lesão gerada. Logo, é de se notar que revelam-se inespecíficos os arestos colacionados ao confronto de teses, que tratam, principalmente, da necessidade da prova da culpa do empregador a fim de se prover a condenação por danos morais ou materiais. Incidência da Súmula nº 296 desta Corte. Por fim, não vislumbro de ofensa a dispositivo legal ou constitucional na decisão ora combatida. Embora o art. 7º, XXVIII, da Constituição da República estabeleça a obrigação de indenizar do empregador, quando incorrer em dolo ou culpa, em face de acidente de trabalho, o dispositivo não exclui a incidência do art. 927 do Código Civil, quando a atividade atribuída ao reclamante implicar risco ao seu direito. Logo, a conduta do reclamante não se revelou como causa única do infortúnio, não se podendo afastar, assim, a responsabilização da empregadora pelo dano causado. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2011).

Dá análise do referido acórdão é possível extrair que há uma evolução da interpretação no que refere à responsabilidade civil, pois a ideia reparatória do instituto tornou-se o eixo central da questão. Com isso, as discussões a respeito da culpa, do nexos causal e o dano propriamente dito deixaram de ser as bases principais, vindo a merecer destaque o fato de que se alguém sofreu um dano, este prejuízo deve ser reparado de forma independente da comprovação da culpa.

No que se refere a “[...] evolução da seguridade social, parte da doutrina passou a admitir que o risco atinente ao infortúnio laboral deva ser social, ou seja, suportado pela coletividade e, não exclusivamente pelo empregador.” Esta interpretação está fundada na ideia de que as empresas possuem uma função social, ou seja, devem criar bens e empregos à sociedade, e, portanto, deve haver uma divisão de responsabilidades por toda a comunidade (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 96).

Outros entendem de forma diversa, pois muito embora, os riscos devam ser repartidos pela sociedade por meio dos benefícios

acidentários, isso não abriga o ato ilícito praticado por terceiro, pouco importando quem praticou o ato danoso. A ação de regresso é cabível porque os benefícios são pagos com recursos públicos que advém das custas de toda sociedade. Portanto, havendo uma vítima de acidente de trabalho cabe ao órgão previdenciário auxiliá-la através do pagamento do respectivo benefício acidentário, entretanto, nos casos em que for possível verificar que o acidente não teria ocorrido se o responsável tivesse observado as normas de segurança, cabe então, nesta hipótese o ressarcimento dos valores gastos pelo ente Estatal (OLIVEIRA, 2010, p. 66).

Entendo que as empresas têm uma função social que vai além da criação de bens, serviços e empregos a sociedade em geral, pois elas ao gerenciarem o uso da mão de obra operária com o propósito do lucro assumem os riscos da atividade econômica, conforme disciplinado no art. 2º da CLT, isso sem falar que a função social é a de dar condições de um ambiente de trabalho que não agrida a saúde dos trabalhadores. Portanto, na ocorrência do acidente de trabalho o dano não deve ser repartido com a sociedade, mas, atribuído a aquele que assumiu o risco da atividade econômica na produção de determinado bem ou serviço.

Voltando a questão da responsabilidade objetiva, cabe mencionar que esta em nosso país era vista como exceção a regra, sendo usual a responsabilidade subjetiva, restando o uso daquela apenas em casos específicos autorizados por leis especiais. Portanto, havia falta de uma norma de caráter geral da responsabilidade objetiva. Contudo, com “[...] o advento do Código Civil de 2002, a deficiência passou a ser suprida, sendo adotada uma norma genérica aplicando-se de forma expressa a teoria do risco”, conforme se observa no art. 927 desse diploma legal (OLIVEIRA, 2011, p. 300).

Em virtude da positivação da teoria objetiva, através do artigo mencionado anteriormente, criou-se uma discussão a respeito da

aplicabilidade da referida teoria nos acidentes de trabalho, surgindo duas correntes doutrinárias.

Uma dessas correntes entende que o parágrafo único do art. 927 não se aplica nas hipóteses de acidente de trabalho. Tal argumentação estaria fundada no fato de que a Carta Magna tem norma expressa estabelecendo como pressuposto da indenização a existência de culpa do empregador, conforme disposto no art. 7º, XXVIII. Por outro lado, e de forma contrária, a outra corrente doutrinária sustenta que o dispositivo do Código Civil tem inteira aplicabilidade nos casos de acidente de trabalho (OLIVEIRA, 2011, p. 301).

Neste contexto, Oliveira se filia a segunda corrente que é favorável à aplicabilidade do Código Civil com base na responsabilidade objetiva nos casos de acidente do trabalho. Seu argumento é de que o disposto no inciso XXVIII do art.7º do texto constitucional deve ser interpretado em harmonia com o que está previsto no *caput* do mesmo artigo, ou seja, segundo o autor, nada impede que a lei ordinária propicie outros direitos que visem à melhoria de condição social dos trabalhadores. Logo, para o autor em tela, não resta dúvida de que a indenização a ser paga ao ofendido através do instrumento da responsabilidade civil objetiva é uma condição que visa à melhoria da condição social do trabalhador (OLIVEIRA, 2011, p. 301).

Além da inovação apresentada pelo Código Civil de 2002, cabe reiterar que a Consolidação das Leis Trabalhistas preconiza em seu art. 2º que o empregador é a empresa que assume os riscos da atividade econômica. Diante disso, não se pode olvidar que ao “[...] preconizar a assunção do risco pelo empregador, a CLT está adotando a teoria objetiva, não para inexecução do contrato de trabalho, mas para a responsabilidade concernente aos danos sofridos pelo empregado em razão da mera execução regular do contrato de trabalho.” (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 90).

A referida teoria se consolida de tal forma que acaba beneficiando de “[...] sobremaneira a vítima porquanto basta à compro-

vação da ocorrência do dano e do nexa causal para gerar o direito a indenização.” (OLIVEIRA, 2011, p. 300).

Assim, com base na teoria do risco da atividade econômica que está estampado no art.2º da CLT é possível afirmar que “[...] o empregador se responsabiliza por todos os ônus exigidos para viabilizar a empresa não podendo o empregado concorrer com qualquer risco ou prejuízo.” Além disso, o fundamento para aplicabilidade da responsabilidade objetiva na esfera do trabalho, não se restringe tão somente ao disposto no art. 2º da CLT que conceitua o empregador, nem mesmo na teoria do risco proveito. Ela decorre do “[...] *solidarismo constitucional*, traduzido pelo plexo normativo-axiológico de valorização da dignidade humana e nos fundamentos da ordem econômica: função social da propriedade, primado do trabalho, proteção ao meio ambiente e busca do pleno emprego.” (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 98).

Contudo, a falta de definição quanto às atividades abrangidas pelo art. 927 do Código Civil pode provocar perante os operadores do direito certo grau de dificuldade inicial na definição do que se entende por “atividade de risco”. Isso se deve ao fato de que após a promulgação do Código, passou-se a discutir quais atividades normalmente desenvolvidas podem implicar risco para os direitos de outrem. Neste sentido, parece que qualquer atividade desempenhada representa algum tipo de risco, no entanto, o legislador procurou se referir as atividades que “[...] tragam risco elevado, risco provável, verdadeiro perigo de dano - o que, sem embargo de esclarecimento, não soluciona todas as dúvidas suscitadas pela expressão.” (SCHREIBER, 2011, p. 24).

De qualquer forma, nos casos de acidente de trabalho, a aplicabilidade ou não da responsabilidade civil objetiva deve ser analisada de forma casuística, “[...] considerando a natureza da atividade do empregador, ou seja, o grau específico de risco da sua atividade, daí a expressão explicativa colocada no texto legal por sua natureza.” (OLIVEIRA, 2011, p. 302).

Assim, de acordo com as ressalvas existentes no texto normativo, não deve ser aplicada a responsabilidade objetiva em todos os casos em que se derem os acidentes. Isto se deve ao fato de que todos os indivíduos estão expostos a determinados riscos, entretanto, em certas atividades o trabalhador está sujeito a um grau maior de probabilidade de ocorrência de acidentes (OLIVEIRA, 2011, p. 302).

Enfim, o propósito do art. 927 do Código Civil é o de impor o dever responsabilizar utilizando-se por parâmetro “[...] o elevado risco produzido por certa atividade, o que não se verifica em qualquer espécie de serviços, mas apenas naquelas hipóteses em que houver uma alta possibilidade de dano.” (SCHREIBER, 2011, p. 25).

Com isso, para que se tenha um rol de atividades que representam maior ou menor risco para a saúde dos trabalhadores é possível utilizar, de forma supletiva, a legislação previdenciária, “[...] onde o cálculo da contribuição devida por cada empresa para custeio de benefícios relacionados a acidentes de trabalho varia conforme a classificação do risco da atividade econômica desenvolvida.” (SCHREIBER, 2011, p. 27).

Assim, frente às questões suscitadas percebe-se a necessidade de um parâmetro para enquadrar quais atividades são abrangidas pela hipótese do art. 927 do Código Civil, ensejando com isso, a aplicabilidade da responsabilidade civil de forma justa e correta, tendo em vista, a reparação da vítima.

Extrai-se da lição em tela que a responsabilidade civil apresenta laços estritamente voltados para a reparação e/ou compensação de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais causados ao ofendido, decorrentes de transgressões a lei ou da assunção dos riscos de uma atividade, em face das quais se gerou uma determinada lesão.

Portanto, na ocorrência de um dano ou prejuízo, a responsabilidade civil passa a ser utilizada para fundamentar a pretensão de ressarcimento por aquele que sofreu as consequências de determinado dano. Sendo assim, ela é uma ferramenta de manutenção

da harmonia social, na medida em que presta um amparo jurídico ao ofendido, usando o patrimônio do ofensor para restauração do equilíbrio ocorrido. Assim, além de punir a conduta do ofensor e dar amparo à vítima, a responsabilidade civil serve como um meio de desestimular o agressor. Além disso, o agressor pode prever o quanto terá que pagar para restaurar a situação que ele afetou com seu ato ou omissão (OLIVEIRA, 2011, p. 281).

Observa-se, portanto, uma nova tendência de responsabilização civil que independe da existência do elemento culpa. A principal inovação a respeito veio estampada no Código Civil de 2002 ao prever em seu art. 927 uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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, riscos para os direitos de outrem. (BRASIL, 2003, p. 144).

Contudo, quando tratamos da responsabilidade civil, não há como não se fazer referência específica ao dano. Isto porque não existe o dever de indenizar se não houver o dano. De forma originária o fundamento da responsabilidade civil era inseparável do ato ilícito. No entanto, face aos avanços do instituto, passou-se a aceitar hipóteses específicas de responsabilidade civil mesmo ausente o elemento de culpa, vindo a ser reforçada a ideia da responsabilidade civil atrelada ao dever objetivo de indenizar (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 78).

Nestes termos, anota Schreiber (2011, p. 11-12): “[...] o estágio atual da responsabilidade civil pode ser descrito justamente como um momento de *erosão dos filtros tradicionais* da reparação,

isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculo ao ressarcimento dos danos.”

Deste modo, observa-se um nítido avanço no campo da responsabilização dos causadores do dano, tornando-se crucial que saiba as condições e o local em que este vem ocorrendo e de que forma isso afeta a vida da grande massa operária. Para tanto, será analisado no tópico seguinte o ambiente de trabalho adequado que deve ser assegurado ao trabalhador, evitando a ocorrência dos acidentes laborais.

4 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O empregado deve ter assegurado pelo empregador um local para desenvolvimento de seu labor em condições favoráveis, ou seja, deve lhe ser proporcionado segurança e condições para manutenção de sua saúde, pois de nada adianta receber uma contraprestação pecuniária em troca do labor, se em um momento posterior houver um gasto com a recuperação da saúde.

Portanto, “[...] o meio ambiente de trabalho que se refuta fática e juridicamente adequado é aquele que proporciona proteção à saúde e à segurança do trabalhador visando a melhor qualidade de vida possível.” (CRISTOVA; GOLDSCHMIDT, 2013, p. 209).

Ademais, é importante frisar que “[...] o meio ambiente de trabalho adequado e seguro tornou-se um direito fundamental do trabalhador, e a negligência a esse respeito acarreta danos à sociedade, por essa ser responsável em manter os custos a saúde pública e a previdência social.” (CRISTOVA; GOLDSCHMIDT, 2013, p. 210).

Assim, a proteção do meio ambiente do trabalho como direito fundamental ao trabalhador está estampada na Carta Constitucional, no *caput* do art. 225, onde se garante que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado. Além do mais, no parágrafo 3º do referido artigo, faz-se menção específica de que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções, de forma

independente da obrigação reparatória dos danos ocasionados. Vale registrar que quando o texto constitucional se refere ao meio ambiente, ele está se referindo também ao meio ambiente laboral.

Com isso, torna-se perceptível que o Direito ao Trabalho em condições mínimas e seguras é um direito fundamental assegurado ao trabalhador, entretanto, quando não se dá o devido respeito ao indivíduo como pessoa, respeitando-se as normas de higiene e segurança do trabalho, a própria sociedade terá que arcar com as despesas relativas à prestação da saúde através dos programas atinentes.

De todo modo, as ferramentas de precaução e prevenção cumprem um importante papel como forma de prevenirem e evitarem o surgimento de danos, em especial, os decorrentes de acidentes laborais no ambiente laboral. Entretanto, para que tais medidas possam atingir seus objetivos, é imprescindível que o Estado cumpra com os seus deveres, tanto no aspecto legislativo, com a criação e implementação de novas normas regulamentadoras de condições favoráveis de trabalho, como que haja atuação no aspecto fiscalizatório das normas jurídicas já existentes para que se tenha um ambiente de laboral seguro e saudável.

5 CONCLUSÃO

De acordo com o explanado, verificou-se que as relações laborais se tornaram complexas e de forma paralela houve o aumento do potencial lesivo dos danos ocasionados aos trabalhadores, entre eles, os acidentes laborais.

Inúmeras são as consequências dos acidentes de trabalho, a primeira delas é o pedido do benefício acidentário por parte do empregado acidentado, a segunda, é o dever do ente Estatal em conceder o benefício previdenciário ao trabalhador que se encontra incapacitado para o labor de forma parcial ou total, e a terceira, é a obrigação do ente estatal em ajuizar uma ação de regresso, nos casos

em que o empregador ou terceiro tiver agido com negligência naquilo que se refere as normas de higiene e segurança do trabalho.

Portanto, diante de tal circunstância, o Instituto Nacional de Seguridade Social tem o dever de ajuizar uma ação de regresso com a finalidade de restituir aos cofres públicos aquilo que foi despendido em virtude da existência de um ato ilícito cometido pelo empregador ou terceiro.

Desse modo, a referida ação regressiva acaba assumindo uma função dúplice, a primeira preventiva porque procura evitar que novos acidentes venham a ocorrer, e a segunda indenizatória, porque tem como finalidade restituir aos cofres públicos aquilo que foi gasto através do benefício acidentário.

Ressalta-se que a responsabilidade do empregador não está atrelada tão somente aos casos que este seja considerado culpado por ter incorrido em negligência quanto ao cumprimento das normas de higiene e segurança do trabalho, mas, também nos casos em que a atividade desenvolvida por ele seja considerada uma atividade de risco, aplicando-se neste caso a responsabilidade objetiva.

É preciso dizer que todos os esforços devem ser realizados para que se alcance um fim maior, para que a saúde e a integridade física do trabalhador sejam respeitadas e que a prevenção seja a ferramenta mais usual para a inoccorrência dos acidentes do trabalho, entretanto, se esta ferramenta não for suficiente para contenção dos sinistros laborais, deve ser aplicada a responsabilidade objetiva nas atividades de risco, de tal forma que o empregador respeite de forma integral seu maior patrimônio, o empregado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 14 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 4.619, de 28 de abril de 1965. Dispõe sobre a ação regressiva da União contra seus Agentes. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 abr. 1965. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4619.htm>. Acesso em: 14 ago. 2015.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 33. ed. atual. São Paulo: 2008.

KÜLZER, José Carlos et al. (Coord.). *Direito do trabalho efetivo: homenagem aos 30 anos da AMATRA* 12. São Paulo: Ltr, 2013.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 ago. 2015.

OLIVEIRA, Júlio Cesar de. Ação regressiva proposta pelo instituto nacional do seguro social face às empresas: instrumento de prevenção de acidentes de trabalho. *Revista de Direito*, v. 13, n. 18, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: Ltr, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. Nova fase dos direitos de seguridade social: um recomeço. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA, Mercè Barcelò. *Direitos Fundamentais em Estados Compostos* (Org.). Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013. p. 231-266.

TIBA, Iris Tiemi; LOBATO JUNIOR, Jaime. Ação Regressiva Previdenciária e Seus Aspectos Processuais. *Revista Síntese Direito Previdenciário*, nov./dez. 2011.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 794640-55.2007.5.11.0008*. Órgão Judicante: 1ª Turma. Brasília, DF, 06 abr. 2011 Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=220587&ano_int=2010>. Acesso em: 14 ago. 2015.

FLEXIBILIZAÇÃO: ALTERNATIVA VIÁVEL PARA A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO?

Jaqueline Bitencourtt*

RESUMO

O direito do trabalho está em crise, pois, a globalização econômica atrelada a ideologia neoliberal intitulou as normas de proteção do trabalhador “inflexíveis”, de alto custo de produção, o que segundo os empresários, impossibilita a competitividade entre empresas e dificulta a manutenção de postos de trabalho formais. Daí emerge a flexibilização das normas trabalhistas, fenômeno de numerosas definições, amplas dimensões, que pretende relativizar normas rígidas em prol de baratear a mão-de-obra e o custo de produção, equilibrando o mercado econômico. Este artigo analisa situações pontuais sobre o fenômeno da flexibilização e a sua nova categoria, a “flexissegurança”. Ademais, analisa os resultados da sua implementação em dois territórios distintos, Espanha, país desenvolvido que ultrapassa a maior crise de emprego vivenciada na Europa e Argentina, país subdesenvolvido que atravessou a maior crise da América Latina. O método de abordagem é analítico e comparativo. As fontes de pesquisa são relatórios recentes emitidos pela Divisão de Desenvolvimento Econômico da Argentina e Comissão de Emprego e Política Social Europeia. Nessas bases normativas e documentais há parâmetros suficientes para a elaboração de uma doutrina jurídica do significado mínimo de *flexibilização* ou *flexissegurança*, sendo possível ainda identificar se o modelo é ou não promissor a qualquer Estado nação.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Globalização. Flexibilização.

* Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Pós-graduanda em Direito Empresarial e Civil pela União de Ensino do Sudoeste do Paraná; Professora universitária da União de Ensino do Sudoeste do Paraná; Advogada do Grupo Meimberg; Avenida Presidente Kenedy, 2601, 85660-000, Dois Vizinhos, Paraná, Brasil; jack_bitencourtt@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A flexibilidade das normas trabalhistas emergiu do clamor empresário por redução de custos de produção e mão-de-obra, por isso é nomeado pelos neoliberais, como inevitável e necessária para viabilizar a competitividade econômica e a manutenção de postos de trabalho formais. Em miúdos, é concebida no sentido de que o ordenamento jurídico deve manter-se maleável, em detrimento da rigidez legal dos direitos sociais.

Sobretudo, há três admissíveis enfoques à flexibilização, quais sejam: a corrente de pensamento a favor; a em desfavor; e por fim, a intermediária, que reconhece pontos positivos e negativos, reconhecendo a possibilidade de ambos posicionamentos harmonizar-se.

Do fenômeno flexibilizante, emergiu uma nova categoria, a “flexissegurança” que apregoa a premissa que a flexibilidade dos mercados de trabalho só poderá ser concebida conjuntamente com a segurança do trabalhador.

Destarte, o artigo concentra-se na discussão de dois tópicos: o primeiro procura explicar os fundamentos normativos da flexibilidade e sua “nova” categoria a flexissegurança, à luz de bases normativas. O segundo oferece uma análise sobre pontuais resultados da sua implementação em dois territórios distintos, Espanha, país desenvolvido que ultrapassa a maior crise de emprego vivenciada na Europa e Argentina, país subdesenvolvido que atravessou a maior crise da América Latina. As fontes de pesquisa foram relatórios recentes emitidos pela Divisão de Desenvolvimento Econômico da Argentina e Comissão de Emprego e Política Social Europeia. A exposição de dados e análises sobre tais relatórios, adjuntos a outros transcritos, tem por fim sistematizar análises sobre o mundo do trabalho e suas recentes mutações. A partir disso será possível demonstrar se é viável a flexibilização das normas trabalhistas e um sistema único de proteção, flexibilidade, remuneração e segurança.

2 CONCEITO, DOCTRINA E FLEXIBILIZAÇÃO

Neste momento analisar-se-á as nuances da flexibilização, para tanto, dividiu-se o capítulo em duas partes. A primeira divulgará uma breve fundamentação teórica sobre o fenômeno flexibilizante, abordando discussões doutrinárias que existem a respeito do tema. A segunda, fragmentada em duas subdivisões, terá o escopo de demonstrar dois modelos de flexibilização das relações de trabalho, espanhol (país desenvolvido) e argentino (país subdesenvolvido), os quais têm como maior pretensão à reforma trabalhista, meio alternativo de recuperação sólida e vigorosa proposta aos cenários de crises econômicas.

O mundo está em constante transformação. Na medida em que as mudanças ocorrem, as relações sociais, culturais, políticas e econômicas sofrem impactos. No Direito do Trabalho não é diferente, as mutações mundiais mesclam-se a dos Estados, influenciando fortemente as relações laborais.

É preciso considerar que a crise de 1973, ocorreu pelo choque do petróleo, um dos marcos de transformações, pois, a partir de então, dois movimentos ganharam força: a globalização¹ e o regime de acumulação flexível de capital que teve suas primeiras aparições em 1960 ante a derrocada do modelo fordista.

¹ A fim de elucidar a discussão é de extrema necessidade contextualizar alguns aspectos da globalização, que ideologicamente para Mészáros (1999, p. 9) possui dois aspectos primordiais. O primeiro aspecto versa sobre o principal argumento de que a globalização, fenômeno inevitável, tem o intuito de “educar” os trabalhadores a fim de que “compreendam” que a prestação de serviços em ambientes precários, formas de labor indignas e a redução salarial, fazem parte de uma disciplina apregoada do mercado mundial e de uma concorrência letal, principalmente em países subdesenvolvidos. O segundo aspecto, defendido pelos porta-vozes do sistema, consiste na demagogia de que o fenômeno da globalização disciplinará todas as condições do seu sistema, para o qual não restarão opções.

A queda do sistema de produção em massa emergiu de uma crise estrutural de desenvolvimento travada entre o capitalismo e fordismo, a qual promoveu o declínio da lucratividade e a saturação dos mercados nacionais, que, por conseguinte, gerou pressão sobre o mais fraco na tentativa de recuperar os lucros (PIRES, 1998, p. 40-41).

Sob a ótica capitalista, a crise deste sistema resultou de seu próprio rigor, na medida em que era inflexível à captação de investimentos fixos, de larga escala e por longo prazo, estendendo-se a inflexibilidade as alocações e aos contratos de trabalho (HARVEY, 2000, p. 135).

Destarte, o novo regime de acumulação, nomeado de toyotista, emergente do declínio da linha de produção e gestão de Henry Ford, nada mais é que uma inovada forma capitalista de acumulação e produção, imposta às corporações transnacionais, com o propósito de reintegrar o capital na categoria de essencial, momento que aflorou o neoliberalismo.²

É neste contexto que se propagam inúmeras mudanças sob a forma e organização do trabalho humano, resultantes de reestruturação produtiva, que introduziu como proposta a redução de custos de mão de obra e a manifesta ambição de tornar o trabalhador a sua engrenagem.

No que diz respeito aos efeitos impulsionados pelo novo regime, a doutrina diverge. Os que a defendem justificam que foi próspero, uma evolução, já que a organização passou a ser horizontal, a demanda de trabalho realizada em equipe, passando os trabalhadores a exercer mais de uma função com certa autonomia e iniciativa. De outra sorte, a corrente inversa entende que o modelo não permitiu

² O neoliberalismo emergiu de um projeto hegemônico do liberalismo político e do liberalismo econômico. É uma ideologia de mercado que segundo Azevedo (2004, p. 11) “[...] questiona e põe em xeque o próprio modo de organização social e política gestado com o aprofundamento da intervenção estatal. Menos Estado e mais mercado é a máxima que sintetiza suas postulações, que tem como princípio chave a noção de liberdade individual [...]”

uma evolução, mas um aperfeiçoado controle social e um domínio da subjetividade do trabalhador pelo capital, que tem suas responsabilidades ampliadas em consequência da supervisão exercida sobre o seu grupo, sendo incentivada à concorrência e a potencialização dos esforços em prol da maximização dos lucros empresariais (ALVES, 2000, p. 54).

O modelo toyotista sofreu alterações na proposta original ante as mutações globais de interferência do capital estruturado no neoliberalismo, uma vez que, inicialmente a pretensão era constituir um núcleo base de trabalhadores estáveis, que se tornou inviável frente à proposta de reduzir drasticamente os custos em detrimento do lucro. Daí originou-se novos modelos de contratação e organização dos trabalhadores, “empreendedorismo”, “cooperativismo”, “trabalho voluntário”, “trabalho atípico”, que antes de se tornarem “estáveis”, tornaram-se quase virtuais.

A empresa agora “enxuta” (CARELLI, 2003, p. 58), teve o número de empregados contratados diretamente reduzido e a realização das atividades essenciais, que não as finais, atribuídas a empresas satélites. Da grande empresa concentrada, detentora de todas as etapas de produção, ramificaram-se pequenas unidades produtivas, ainda interligadas pela rede, mas, com redução significativa de trabalhadores e aumento expressivo da produtividade, uma típica terceirização de serviços. Destarte, o anseio por qualidade e produtividade vivenciado pode ser taxado como epidemia, que atingiu de forma mediata todas as atividades da economia, de produção, serviços, comércio e empresas, sejam elas de pequeno, médio ou grande porte (DRUCK, 1999, p. 102).

Nesse contexto, pode-se dizer que as alterações do mercado de trabalho e do sistema produtivo provocado pela globalização, desencadeou uma crise no sistema tradicional de regras e princípios trabalhistas, uma vez que, não foi mais suficiente o suporte ofertado a todas as relações de trabalho que necessitam de intervenção norma-

tiva. Prontamente, evidencia-se um grande número de trabalhadores que carecem de assistência jurídica, por isso, não há possibilidade de o Direito do Trabalho desprezar a existência de formas autônomas, atípicas de trabalho, ou qualquer outra diversa da relação de emprego já regulamentada.

De antemão, destaca-se que a superação da nova crise, não será ultrapassada basicamente a partir do ingresso de novas forças de trabalho as normas já ordenadas à relação de emprego. Para promover as necessidades de forma diligente e se reestruturar, o mercado de trabalho contemporâneo, precisa de alternativas, e utilizar de formas flexíveis de trabalho é uma delas, porém, essas não podem resultar na precarização das garantias vitais do trabalhador, que deve ter sempre resguardado direitos mínimos.

Historicamente a flexibilização passou a intervir no ambiente laboral com a pretensão empresarial basilar de requisitar menores custos sociais e maior governabilidade sobre o fator trabalho, isso, com o propósito de conciliar a fonte autônoma à heterônoma do direito do trabalho, garantindo assim, a saúde da empresa e o progresso laboral (BEZERRA LEITE, 2000, p. 183). As ideias flexibilizadoras originaram-se no continente Europeu, território que deu início à sua aplicabilidade, diante das progressivas e reiteradas crises econômicas, portanto, admitiu-se um “[...] direito do trabalho de crise ou emergência.” (NASCIMENTO, 2011, p. 63).

É preciso advertir que a flexibilização difere da desregulamentação, posto que nesta, o Estado omite-se, autorizando a autonomia privada, regular os preceitos trabalhistas, assecuratórios, normativos, conforme as leis de mercado. Em contrapartida, na flexibilização, o Estado elege regramentos de ordem pública, porém, permitindo em relação a regramentos gerais a intervenção da autonomia privada, notadamente através de negociação coletiva (BEZERRA LEITE, 2000, p. 184).

Flexibilizar não está atrelado a extinguir. A concepção da palavra pode ser equiparada ao movimento de uma árvore que se reclina ao vento e retorna à posição normal sem se partir ou deteriorar, comportamento que pode ser indicado ao homem em sociedade, uma vez que, deve se adaptar às intemperes promovidas pela vida, possibilitando a condução das dificuldades sem ceder a elas (RIBEIRO, 2007, p. 46).

Neste enfoque, importante reconhecer a necessidade de afastar o prejulgamento sobre o termo “flexibilização”, afinal, a expressão já se tornou um tabu, eis que radicalizada a posições que obstam abordagens mais amplas da questão. Por conseguinte, impedem possíveis reformas legislativas, perdendo de mira mudanças imperiosas em execuções e posicionamentos de trabalhadores e empregadores (GODOY, 2010, p. 32).

Sobretudo, há três admissíveis enfoques à flexibilização, quais sejam: a corrente de pensamento a favor; a em desfavor; e por fim, a intermediária, que reconhece pontos positivos e pontos negativos, reconhecendo a possibilidade de ambos os posicionamentos harmonizar-se.

De extrema, é o posicionamento em desfavor ao fenômeno que realça em âmbito trabalhista a intenção e propósito de desconstituir e/ou relativizar garantias já conquistadas, visando a uma astuciosa diminuição de custos e a não intervenção do Estado sobre a relação constituída entre capital e trabalho (MENEZES, 2005, p. 432). Sendo assim, em miúdos, tal vertente entende que a flexibilização do trabalho é a adequação das normas trabalhistas às exigências globalizantes, que de uma forma ou outra vão resultar na precarização das relações de trabalho.

Em contrapartida, está a corrente que defende a restrição das normas trabalhistas, sob a justificativa de que os trabalhadores devem ter garantidos direitos mínimos (local de trabalho, remuneração, jornada, higiene e segurança do trabalho), estando a partir deste mínimo, autorizado à esfera privada à livre negociação de di-

reitos, dado que, deveria predominar em cada Estado a manifestação da vontade atrelada a um sistema “[...] menos legislativo e mais contratualizado.” (PIMENTEL, 2001, p. 117-178).

Os extremistas em desfavor ao fenômeno julgam que o posicionamento é temerário, de cunho capitalista e neoliberal, pois, fomenta a desregulação das condições de trabalho, desprotegendo o trabalhador hipossuficiente, que na maioria das vezes não conta com um sindicato efetivamente representativo e combativo, abrindo as comportas para a expansão do poder econômico, isso porque, o trabalho humano cada vez mais é reconhecido como “mero fator de produção, de oferta abundante e escassa procura”, medido em “[...] números, estatística, colunas de ganhos e perdas, de lucros e custos.” (CAMINO, 2004, p. 519-520).

Sobre a avaliação dos prós e contra, cumpre destacar que a flexibilização se manifesta a partir de numerosas definições, de amplas dimensões, que buscam o ajuste do regramento normativo ao novo contexto socioeconômico, com o fim de solucionar problemas trabalhistas contemporâneos, visando sempre à valorização do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, é possível flexibilizar normas sem que resultem na precarização de condições laborais, isto é, não deve necessariamente alterar direitos já garantidos em detrimento de formas laborais clássicas, como proposta, deve-se regulamentar outras formas de trabalho já existentes, o que acabaria por suprir exigências empresariais, promovendo também a proteção dos trabalhadores.

As possíveis soluções já citadas para conter a crise do direito laboral aliadas ao indispensável progresso de proteção ao trabalhador, não podem ser vistas sem mencionar o estudo da chamada *flexicurity*, ou “flexissegurança”, nomeada como ferramenta indispensável para a modernização do direito trabalhista.

A nomenclatura “flexissegurança” foi uma novidade difundida pela Comissão da Comunidade Europeia, em novembro de 2006,

através do chamado “Livro Verde”, obra promovida com a pretensão de regular e modernizar o direito do trabalho para confrontar os desafios do século XXI (SCHWARZ, 2008, p. 68-69).

A ferramenta apregoa a ideia de que a flexibilidade das normas trabalhistas só pode ser promovida se atreladas à ideia de segurança do trabalhador, não podendo ser concebidas “através do paradigma nefasto da *flex-flexibility*.” (SCHWARZ, 2008, p. 66).

A Comissão Europeia divulga que a “flexissegurança” (*flexicurity*) é integrada por elementos políticos, de flexibilidade e segurança. A primeira no âmbito normativo laboral pode ser identificada como “transições virtuosas” que incidem no transcurso da vida do trabalhador, do desemprego ao trabalho, da escola ao trabalho, de um emprego a outro ou do trabalho à aposentadoria, daí, demonstrase que o fenômeno não se restringe à iniciativa de contratar trabalhadores, despedir ou extinguir contratos por prazo indeterminado. Em contrapartida, a concepção de segurança no mercado extrai-se da capacidade do indivíduo prosperar no plano laboral, sendo oportunizados novos postos de trabalho, por meio de formação sucessiva (DELFINO, 2008, p. 19).³

Aprimorada a ideia de flexibilização, agora, passa a ser discutida a qualidade das seguranças sociais conferidas ao trabalhador, principalmente aquelas que fornecem amparo em períodos de desemprego ou capacitação, promovendo conseqüentemente o regresso ao mercado de trabalho, demanda ajustada através do diálogo

³ No texto original: *Secondo la Commissione, la flexibility nel mercato del lavoro consiste nelle “transizioni virtuose” cha caratterizzano la vita lavorativa, ovvero nei passaggi dalla disoccupazione al lavoro, dalla scuola al lavoro, da un rapporto di lavoro ad un altro, dal lavoro alla pensione, e non è limitata soltanto alla libertà per le imprese di assumere o licenziare, né implica che i contratti a tempo indeterminato siano ormai superati. Invece, la sicurezza nel mercato è vista come la capacità del lavoratore di realizzare un miglioramento nella vita lavorativa e di accedere a nuovi lavori, in particolare modo attraverso la formazione continua* (DELFINO, 2008, p. 19).

imprescindível de governos, sindicatos de trabalhadores e empresários que ao seguir a legislação trabalhista, fomentando a negociação coletiva, não prejudicam as reservas legais. Assim, visualiza-se que o fenômeno não está apenas atrelado a promover a competitividade e expansão do poder econômico (ideologia clássica empresarial), está também, investido da incumbência de garantir de determinada maneira a inclusão social das pessoas, isto é, a diminuição dos custos do despedimento agora deverá estar atrelada de “[...] algumas concessões reais aos trabalhadores e de investimento em benefícios sociais, planos e programas de capacitação e treinamento que produzam empregabilidade.” (SCHWARZ, 2008, p. 67).

A Comissão da União Europeia e os Estados-Membros em 2007,⁴ com base na experiência e os dados obtidos através de análises, chegaram a um consenso de que as políticas de flexissegurança podem ser projetadas e implementadas através de quatro linhas de ação, quais sejam: Disposições contratuais flexíveis e fiáveis (tanto na perspectiva do empregador como do trabalhador) expressas através da modernização das legislações laborais, acordos coletivos e organização do trabalho; Estratégias globais de aprendizagem permanentes para garantir a constante adaptabilidade e empregabilidade dos trabalhadores, em especial a dos mais vulneráveis; Políticas ativas de emprego eficazes que ajudem as pessoas a superar as dificuldades de períodos de mudanças rápidas, reduzam os ciclos de desemprego, facilitando transições a novos empregos; e, sistemas de segurança social modernos, que proporcionem um apoio adequado ao rendimento, incentivem o emprego e facilitam a mobilidade no mercado de trabalho. Isto inclui uma ampla gama de medidas de proteção social (subsídios de desemprego, pensões e cuidados de saúde) que permi-

⁴ Ver: Comisión de las Comunidades Europeas (2007).

tam às pessoas conciliar o trabalho com as responsabilidades privadas e familiares (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 2007).

Apesar das propostas de implemento das políticas de flexissegurança ofertarem benefícios, doutrinariamente há divergências. A crítica se assenta na concepção de que o modelo transcrito no “Livro Verde” coloca em xeque elementos valorativos do direito do trabalho e dos organismos de amparo social, já que se assenta uma relação incerta entre direitos laborais e proteção ao desemprego, uma vez que, progressos na proteção social deveriam correr à custa de organismos protetores do contrato laboral. Ademais, estimula a entrada e saída do mercado de trabalho furtando-se de conferir garantias aos trabalhadores na respectiva relação, sendo ainda, nomeada a concepção de “flexissegurança”, como “extremamente injusta”, haja vista a falta de esforço recíproco, que põe mais uma vez o trabalhador em desvantagem, dado que é atribuído o encargo de promover sua segurança à responsabilidade da rede de proteção social, “[...] um direito do trabalho que confia a proteção dos seus destinatários a instrumentos alheios a ele.” (SCHWARZ, 2008, p. 80).

No Brasil, a análise da flexissegurança aflora de forma efetiva e imperiosa, visto que a crise econômica global em trâmite, também, põe em voga a necessidade de assegurar maior flexibilidade aos mercados de trabalho como meio de promover máxima competitividade as empresas em prol, principalmente, de menores custos. Apesar desta ambição empresária, de promulgar leis que autorizem a flexibilização, não poderá o direito do trabalho, perder a sua essência, que consiste na segurança do trabalhador, principalmente em tempos de crise (SCHWARZ, 2008, p. 65).

Finalmente, importante destacar que não existe um modelo único de flexissegurança válido para todas as circunstâncias (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2009, p. 4). Sustenta-se aqui que para tornar possível a execução, serão necessárias reformas legislativas e mudanças de determinados paradigmas trabalhistas que

deverão ser adotados conforme a demanda e o contexto social de cada Estado, nada obstante, apesar de complexa, promover-se-á benefícios a todos os envolvidos. Aos empresários, formalmente será autorizado à prática das tão pretendidas formas flexíveis de trabalho, obstando acasos trabalhistas oriundos de fraudes e impulsionando a economia. Aos trabalhadores a proposta é de proteção durante a relação laboral, ofertado suporte no período de desemprego, atrelado a medidas de pronta recolocação ao mercado de trabalho, e por último e não menos importante, aos Estados, o desígnio é a promoção da dignidade da pessoa humana, do trabalho decente, da pacificação da questão social e da busca do pleno emprego.

Assim, acredita-se que através da regulamentação legal de formas laborais atípicas, diálogo social, desenvolvimento de medidas de segurança ao trabalhador e reestruturação jurídica, poderia a flexibilização ter sua chance de implementação, o que oportunizaria ao Direito do Trabalho alternativa para superar as crises econômicas e jurídicas, promovendo então a conversão da garantia de “proteção ao emprego” a “proteção do trabalhador” como ascensão do bem maior universal, a dignidade da pessoa humana.

3 O MODELO ESPANHOL DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Manifesto, mesmo que de forma breve a fundamentação teórica e as discussões doutrinárias a respeito da flexibilização, é possível identificar pretensões e resultados de sua prática em países que já tenham a implementado. O estudo, iniciar-se-á pelo modelo espanhol de flexibilização das relações de trabalho, país desenvolvido que está ultrapassando a maior crise de emprego vivenciada na Europa, que na tentativa de se reestruturar, instituiu ampla reforma trabalhista.

A regeneração do modelo capitalista de produção, os efeitos da globalização, a “terceira” revolução industrial oriunda da propagação dos meios de tecnologias da informação e da comunicação, cibernética e informática atingiram o direito laboral mundialmente, promovendo crises globais.

Neste contexto, a Espanha volta à recessão no final de 2011, pela segunda vez, dado que, em 1990 já fora atingida bruscamente, tendo a última, desde o início, demonstrado dificuldades para promover uma recuperação rígida e vigorosa, em razão de o mercado ainda portar deficiências estruturais oriundas de excessiva rigidez normativa, segmentação nítida entre as condições laborais de trabalhadores permanentes e temporários, negociação coletiva inadequada, atrelada a falta de capacidade de reação e inadequada capacitação dos trabalhadores (MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, 2013, p. 3).

As regras que regulamentavam o mercado de trabalho, ao invés de tornarem-se parte da solução, tornaram-se um obstáculo ao crescimento da economia espanhola, desse modo, ante as dificuldades enfrentadas, especialmente o desemprego e a situação econômica de recessão, era crucial e imperioso proceder a uma reforma das regras de funcionamento do mercado de trabalho, por conseguinte, em fevereiro de 2012 foi aprovada uma larga e intensa reforma trabalhista, com alterações no enfoque das políticas de emprego, visando à construção de um novo modelo de relações laborais com o fim de frear o desemprego, promover o emprego estável, a qualidade, favorecendo a competitividade.

Entre seus objetivos, a reforma visa promover a flexibilidade interna nas empresas como alternativa real às perdas de emprego; modernizar a negociação coletiva a fim de amparar as necessidades de trabalhadores e empregadores, desenvolvendo o diálogo social; melhorar a empregabilidade através da formação e da eficácia da colocação profissional; incentivar a criação de emprego estável, de qualidade, com a redução da dualidade laboral; combater o absen-

tismo injustificado; e reforçar os mecanismos de controle, prevenção de fraude, proteção das garantias laborais, e combate a concorrência desleal entre empresas (MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, 2013, p. 3).

Para atingir estes objetivos, a reforma provocou uma profunda mudança na cultura de emprego, movendo-se em direção a flexissegurança, com a pretensão de alcançar um novo equilíbrio entre a proteção dos trabalhadores e o funcionamento flexível do mercado de trabalho, com mais e melhores oportunidades, apostando firmemente em melhorar a empregabilidade dos trabalhadores através da formação, com o anseio de prepará-los às alterações laborativas, oportunizando o acesso a empregos estáveis.

Com o intuito de avaliar o impacto da reforma o Ministério do Emprego e Segurança Social da Espanha publicou o “Relatório da Evolução do Impacto da Reforma Laboral” que inicialmente faz uma breve referência aos elementos e fontes de informações utilizadas como parâmetro, para o então desenvolvimento de análises e considerações. O segundo bloco é o núcleo da análise, e começa com o estudo do impacto da reforma sobre o emprego e a competitividade da economia espanhola, sendo apontado como motor para a mudança a flexissegurança. Posteriormente outros incentivos e medidas são discutidos com o intuito de promover contratos permanentes, incluindo uma análise da evolução das medidas de recrutamento e flexibilidade externa. Em um terceiro momento é focalizado o estudo na luta contra a fraude e, finalmente a última seção enuncia o envolvimento dos parceiros sociais, intitulados como chave para as mudanças nas relações trabalhistas.

Um ano após a sua implementação, o relatório apresentado pelo Ministério do Emprego e Segurança Social recolhe informações e os primeiros efeitos da reforma trabalhistas, entre os quais, destacam-se: A taxa anual de crescimento do número de desempregados, que chegou a quase 18% no primeiro período após a reforma

trabalhista (segundo trimestre de 2012), moderou, chegando a 5%, no segundo trimestre de 2013 (MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, 2013, p. 64). A evolução do emprego autônomo tornou-se favorável pós-reforma, já que vem conquistando espaço no setor privado, tendo excedido o nível do início da crise, respondendo agora por 21,8% dos empregos privados, dado que, no primeiro semestre de 2013 houve um aumento de quase 23.000 filiações de trabalhadores autônomos espanhóis. Ademais, foi constatado que caso a reforma tivesse sido implementada anteriormente, no ano de 2011, não elevaria tão intensamente a taxa de desemprego, pois, conforme dados colhidos pelo Ministério da Economia e Competitividade, seriam evitadas a demissão de 225.800 trabalhadores. Além do mais, a evolução do mercado de trabalho contribuiu significativamente para a melhoria da competitividade dos produtos espanhóis, dado que, o nível dos custos unitários do trabalho, já são mais baixos que o ano de 2007 e a evolução desde 2005 são mais favoráveis do que a da Alemanha, França e Itália, bem como a média da Zona Euro (MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, 2013, p. 14).

Ainda, o relatório estima que a economia espanhola seja capaz de gerar emprego a partir de uma taxa de crescimento do PIB entre 1% e 1,2%, nível significativamente menor do que antes da reforma, acima de 2% (MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, 2013, p. 14). Neste viés, destaca-se que o uso de alternativas ao despedimento tem sido muito maior do que a rescisão de contratos, em consequência do incentivo à flexissegurança, a título de exemplo destaca-se que cerca de 27% das empresas com mais de 250 trabalhadores implementaram medidas para modificar as condições de trabalho (MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, 2013, p. 17), outrossim, o Acordo de Formação e Aprendizagem promoveu o acesso e capacitação de jovens para o emprego, tendo aumentado o coeficiente em 64% no ano de 2013, em relação à 2012 (MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, 2013, p. 25). Além do que, verificou-se

que os contratos permanentes de tempo integral, estável e de qualidade aumentaram em 4,8% e 3,3%, a tempo parcial, havendo redução da dualidade do mercado de trabalho, acompanhada de redução da taxa de emprego temporário que era de 25% no quarto trimestre de 2011, para 23,1% no último trimestre. Importante ainda salientar que o Acordo de apoio aos empregadores tornou-se uma via de acesso ao emprego permanente que inseriu cerca de 120 mil pessoas ao mercado de trabalho, destes 40% jovens e cerca de 24% contratos de trabalho por tempo indeterminado (MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, 2013, p. 30).

Das exposições, é possível identificar, que o modelo de crescimento espanhol pretende promover o aumento da produtividade, capacitação dos empregados, organização laboral e medidas de flexibilidade a fim de adaptar os indivíduos e o mercado de trabalho aos desafios da economia globalizada, o que é fundamental e estimula a competitividade econômica espanhola, através de uma mudança no modelo de produção e novos posto de trabalho em direção a uma vida mais sustentável.

Portanto, é possível identificar que a Espanha alcançou bons resultados utilizando a reforma trabalhista apoiada a flexibilidade, ou melhor, a flexissegurança, com o fim basilar de fornecer aos trabalhadores e empregadores medidas que permitam a sua adaptação ao ambiente, sem necessitar recorrer ao caminho da dispensa, que deve ser sempre a última opção.

4 O MODELO ARGENTINO DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Avaliada a reforma trabalhista promovida no território espanhol, agora, serão analisadas situações pontuais da Argentina, país subdesenvolvido que ultrapassou a maior crise de emprego da Amé-

rica Latina, tendo também efetuado uma ampla reforma trabalhista de orientação neoliberal.

A década de 90 foi de grande importância na América Latina, já que se tornou o epicentro de grandes processos de transformações estruturais em níveis locais e globais que afetaram o papel do Estado, o mercado e a sociedade. Neste dado momento, a Argentina atravessou turbulento período de reformas laborais, propostas inicialmente pelo governo neoliberal de Carlos Menem (1989-1999), com o objetivo precípua de reduzir o custo do trabalho das empresas, demissões e contribuições sociais, estimulando, a criação de novos empregos. Todavia, inicialmente, os efeitos pretendidos não foram os auferidos, dado que, elevaram-se os índices do desemprego, da informalidade, precariedade, e insegurança laborativa, sendo ainda desconstituídas garantias laborais, proteção social, queda salarial e, por conseguinte aumento significativo da pobreza e desigualdade.

Ao examinar as normas laborais da década verifica-se que a flexibilização atingiu intensamente a legislação argentina no ano 1991, através da Lei Nacional de Emprego, que dentre as medidas definidas, introduziu o regime contratual por tempo determinado, com o propósito de oferecer aos empregadores alternativa mais flexível e menos onerosa. Contudo, as novas modalidades de contratação só poderiam ser usufruídas em atividades, setores ou empresas autorizadas pela negociação coletiva, dispondo de restrições regulatórias excessivas, o que reduziu a utilização das “novas” modalidades contratuais. Por essa razão, em março de 1995, foram promulgadas a leis 24.465 e 24.467 com o intuito de promover uma nova face ao processo de difusão dos contratos temporários. A primeira, além de motivar a contratação por tempo parcial, introduziu novas modalidades de contratação atípica (“promoção do emprego especial”), quais sejam: mulheres, pessoas com deficiência, veteranos (maiores de 40 anos), ex-combatentes de guerra, sendo ainda, autorizadas isenções fiscais acompanhadas de poucas exigências regulatórias. Destarte,

o segundo regramento concedeu às pequenas e médias empresas (aquelas que empregam menos de 40 trabalhadores e não ultrapasse um determinado limite do volume de negócios anual) o poder de contratação, sendo abolida a maioria das exigências expressas na Lei Nacional de Emprego (GOLDIN, 2008, p. 22).

Gradativamente essa reforma trabalhista tomava novos rumos, tanto que no ano de 2000 fora promulgada a lei 25.250, que ainda suprimira garantias concebidas ao trabalhador, a título de exemplo, o primeiro artigo expressa que o contrato por tempo indeterminado, com exceção do contrato por temporada, só seria celebrado quando ultrapassado três meses trabalhados, período que poderia ser prorrogado para seis meses, sendo ainda permitido em pequenas empresas a prorrogação para 12 meses, quando pactuado por acordo coletivo. Ademais, foi permitida a introdução de disposições contratuais com prazo fixo, privatizado o regime de acidente de trabalho, reduzido à incidência de créditos salariais em processo de falência, flexibilizado a duração das jornadas de trabalho por meio de acordos coletivos, flexibilizado pensões, entre outras autorizações.

A partir de 2004, gradativamente passam a serem restabelecidas as garantias trabalhistas, uma vez que, fora promulgada a lei n.º 25.877, com o propósito de introduzir dispositivos aptos a remediar as dificuldades oferecidas pela legislação anterior (Lei 25250/2000), trazendo em seu bojo novas nuances com o fim de combater a desproporção do período experimental, do declínio das contribuições dos empregadores, em miúdos, da supressão de direitos. Desde então, foram emitidos importantes regramentos que oportunizaram a realização de uma reforma trabalhista agregada a resultados positivos para ambas as partes⁵ (trabalhador, empregador e Estado) dado que,

⁵ A título de exemplo pode ser citada a queda da taxa de desemprego que de 20,4% em 2003, reduziu 11 pontos percentuais em 2007 (GOLDIN, 2008, p. 16).

as mudanças propostas passaram a observar um mínimo de proteção ao trabalhador, para então proporcionar um eficiente e sadio funcionamento do mercado de trabalho.

No que se refere à aplicação do protótipo europeu de flexissegurança, cumpre enunciar que apesar das reformas terem surtido efeitos positivos na Dinamarca, não poderá ser aplicado a qualquer território, afinal, o modelo foi enriquecido através dos tempos, do contexto social e da introdução de inúmeras de políticas ativas, o que consequentemente não torna apta sua aplicação a qualquer Estado. Sendo assim, não existe um modelo único apropriado para todas as experiências nacionais, cada sociedade está incumbida a explorar e estabelecer a melhor combinação entre flexibilidade e segurança, correspondente à sua realidade nacional, projetando assim a melhor rota.

Apesar de a reforma trabalhista se alinhar e tornar-se prospera, a experiência da década de 90 foi traumática, diferente da experiência de países europeus, o que refletiu em rejeições e preconceitos. Por isso, influenciada ou não, pelo fenômeno da flexibilidade ou flexissegurança, em suma, a reforma trabalhista eficaz deve ser elaborada e implementada a partir de um sistema em que e a equidade social (proteção de trabalho e proteção social) e eficiência de produção sejam reconhecidas como valores indissociáveis em um programa de progresso compartilhado (GOLDIN, 2008, p. 80), devendo cada espaço nacional construir seu próprio sistema de proteção, flexibilidade, remuneração e segurança de acordo com a sua realidade social.

5 CONCLUSÃO

O direito do trabalho emergiu com a obrigação precípua de proteger o trabalhador na relação contratual, uma vez que, está mais vulnerável em relação ao empregador. Entretanto, as mudanças são consecutivas, via globalização e ideologia neoliberal, que acaba por

intervir nas relações sociais, culturais, políticas, econômicas e consequentemente laborais.

Daí, pelo que se pode extrair do estudo, tais mudanças nos direitos trabalhistas iniciaram frente aos anseios neoliberais de viabilizar a competitividade das empresas o que permitiu a flexibilização das normas laborais, fenômeno de numerosas definições, amplas dimensões, que busca o ajuste do regramento normativo ao novo contexto socioeconômico, com o fim de solucionar problemas trabalhistas contemporâneos.

Adiante, mesmo que de forma breve, foram analisadas os resultados da implementação da flexibilização em dois territórios distintos, Espanha, país desenvolvido que ultrapassa a maior crise de emprego vivenciada na Europa e Argentina, país subdesenvolvido que atravessou a maior crise da América Latina.

Destarte, identificou-se que a reforma trabalhista proposta em cada território, promoveu resultados distintos, visto que, medidas que viabilizam a competitividade das empresas e aumentam o número dos postos de trabalho, devem ser vistas com prudência e ressalvas, já que, a execução pura e simples de medidas flexibilizadoras, de forma indiscriminada e sem limites, afasta e precariza direitos eleitos fundamentais.

Não se nega a necessidade de promover o emprego e viabilizar a competitividade empresária, porém, cada espaço nacional deve construir seu próprio sistema de proteção, flexibilidade, remuneração e segurança de acordo com a sua realidade social, afinal, a flexibilidade não pode se opor ao regramento laboral e a segurança do trabalhador, principalmente em tempos de crise, momento em que deve ser reafirmada a ambição clássica do direito do trabalho, a tutela do trabalhador, adquirida progressivamente, gravada no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e em diversos outros tratados internacionais sobre direitos humanos e sociais.

Portanto, é certo buscar amparo no princípio da dignidade da pessoa humana (também consagrado em inúmeros regramentos nacionais e internacionais), mecanismo hábil a promover fundamentos jurídicos materiais e instrumentais, efetivo na imposição de limites à flexibilização, que se promovida a mercê da ideologia neoliberal, precarizará direitos, quando a pretensão é os tutelar e os aproximar dos reais anseios da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2000.

ARGENTINA. *Lei n. 25.250*, de 29 de maio de 2000. Estímulo al Empleo Estable. Período de Prueba. Convenciones Colectivas. Modificaciones a la Ley 14.250. Comisión Bicameral de Seguimiento de la Negociación Colectiva. Modificaciones a la Ley 23.546. Balance Social. Sistema Integrado de Inspección de Trabajo y la Seguridad Social. Simplificación Registral. Disposiciones Finales. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anejos/60000-64999/63208/norma.htm>>. Acesso em: 29 set. 2015.

AZEVEDO, Janete M. Lins de. *A educação como política pública*. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2004.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

CAMINO, Carmem. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1443037232169&uri=CELEX:52007DC0359>>. Acesso em: 22 set. 2015.

DELFINO, Massimiliano. *Diritti Sociali e Flexicurity*. Napoli, 2008. Disponível em: <<http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=145>>. Acesso em: 22 set. 2015.

DRUCK, Mario da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica um estudo do complexo petroquímico*. São Paulo: Boitempo, 1999.

GODOY, Dagoberto Lima. *Flexisseguridade no Brasil*. São Paulo: LTR, 2010.

GOLDIN, Adrián. *Normas laborales y mercados de trabajo argentino: seguridad y flexibilidad*. Santiago: Cepal, 2008. Disponível em: <<http://rcci.net/globalizacion/2005/fg508.htm>>. Acesso em: 29 set. 2015.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. 9. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Novos contornos das relações de trabalho e emprego: direito do trabalho e a nova competência trabalhista estabelecida pela emenda n. 45/2004. *Repertório de Jurisprudência*, São Paulo: IOB, v. 2, n. 14, p. 423-432, 2005.

MÉSZÁROS, István. A incontrolabilidade do capital e sua globalização. *Novos Rumos*, São Paulo: Instituto Astrojildo Pereira, n. 31, 1999.

MINISTÉRIO DE EMPLEO Y SEGURIDADE SOCIAL. *Informe de evaluación del impacto de la reforma laboral*. Gobierno de España, 2013. Disponível em: <http://www.empleo.gob.es/es/destacados/HOME/impacto_reforma_laboral/Informe_de_evaluacion_del_impacto_de_la_reforma_laboral.pdf>. Acesso em: 27 set. 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: LTR, 2001.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Combinar flexibilidad y seguridad en la perspectiva del trabajo decente*. Comisión de Empleo y Política Social. Ginebra, 2009. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_116306.pdf>. Acesso em: 22 set. 2015.

PIMENTEL, Marcelo. A reforma da Justiça do Trabalho impõe a adoção do sistema contratual, *Jornal Trabalhista*, 17-806/13. In: MARTINS, Nei Frederico Cano (Org.). *Os Princípios do Direito do Trabalho, o protecionismo, a flexibilização ou desregulamentação*. 2013.

PIRES, Desine. *Reestruturação Produtiva e Trabalho em Saúde no Brasil*. São Paulo: Annablume, 1998.

RIBEIRO, Francisco. Direito do Trabalho: flexibilização ou desregulamentação? *Revista Jurídica Amatra da 17ª Região*, ano 5, n. 8, maio 2007.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. A política europeia de emprego e a ideia de “flexissegurança”: Um novo paradigma para a “modernização” do direito do trabalho? *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 65-84, jul./dez. 2008.

SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coord.). *Os Novos Paradigmas do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Capítulo IV

Sustentabilidade, Novas Tecnologias e Direito Ambiental

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fábio Hanauer Balbinot*
Wilson Steinmetz**

RESUMO

Analisa-se a proibição de retrocesso socioambiental enquanto princípio constitucional implícito que reforça a garantia de defesa e proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Faz-se, ainda, uma reflexão sobre a possibilidade da relativização dos efeitos da proibição de retrocesso na hipótese de colisão do direito fundamental ao meio ambiente com algum outro direito fundamental ou bem constitucionalmente instituído. Metodologicamente, a abordagem se desenvolve no campo da dogmática jurídica de matriz analítica.

Palavras-chave: Meio ambiente. Direito Fundamental. Proibição de Retrocesso. Colisão de Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com o meio ambiente e a sua conseqüente proteção tomou conta das discussões mundiais, principalmente a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano

* Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Especialista em Direito Tributário pela Universidade de Caxias do Sul; Advogado; Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130, 95070-560, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil; ruaro.balbinot@terra.com.br

** Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; wilson.steinmetz@gmail.com

ocorrida no ano de 1972, influenciando diversas constituições a partir de então, como é o caso da Constituição brasileira de 1988.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ganhou o *status* de direito fundamental. Possui conexão material evidente com o direito fundamental à vida e com o princípio da dignidade humana. Há um conjunto de princípios e regras que instituem deveres e tarefas para o Estado. Um dos princípios que assume especial importância é o da proibição de retrocesso em matéria ambiental.

O princípio da proibição do retrocesso socioambiental protege a base normativa legal e administrativa construída ao longo do tempo. Todavia, como se analisa ao longo deste trabalho, a vigência do princípio não torna essa base normativa incólume a relativizações nas hipóteses de colisão do direito fundamental ao meio ambiente com outros direitos fundamentais ou outros bens constitucionalmente protegidos. Esse é o objeto e o propósito do artigo.

A exposição orienta-se por uma argumentação própria da dogmática jurídica de matriz analítica.

2 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que acontecera em Estocolmo, Suécia no ano de 1972, tornou-se o marco histórico da discussão global quanto à preocupação com o meio ambiente (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 21). Como resultado daquela fora firmada a Declaração sobre o Meio Ambiente a qual, entre outras determinações e orientações, em seu princípio 2º estabelece que a “[...] proteção e o melhoramento do meio ambiente humano é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos.” (GAVIÃO FILHO, 2005).

A partir deste marco histórico diversos outros documentos foram produzidos tendo como origem encontros internacionais sobre a matéria, dentre os quais se destacam o “Nosso Futuro Melhor”, mais conhecido como Relatório Brundtland¹ e a “Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento”.²

Além de ser o ponto de partida para a discussão mundial sobre a preservação ambiental, a Conferência de Estocolmo influenciou diversas constituições supervenientes, as quais incluíram o direito do meio ambiente ecologicamente equilibrado entre os seus elementos (SILVA, 2002, p. 69), destacando-se as constituições portuguesa de 1976, espanhola de 1978 e brasileira de 1988 (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 23).

A Constituição brasileira apresenta em seu artigo 225³ o núcleo essencial da constitucionalização da proteção ambiental, tra-

¹ O documento “Nosso Futuro Comum” consiste no relatório apresentado em 1987 pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento que tinha como chefe a então primeira-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland. Este foi o primeiro documento oficial que passou a utilizar a expressão desenvolvimento sustentável e as limitações impostas pelo mesmo, apresentando a seguinte conclusão: “[...] o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas.”

² A Declaração do RIO sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento fora o documento produzido a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada em junho de 1992 no Rio de Janeiro, sendo mais conhecida como Rio-92. A principal conclusão daquela fora a necessidade de subsídios financeiros e tecnológicos a países em desenvolvimento para que os mesmos pudessem avançar em direção ao desenvolvimento sustentável.

³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

tando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Embora o constituinte não tenha incluído o direito ao meio ambiente no título reservado aos direitos e garantias fundamentais, Título II da Constituição Federal, mais especificamente o artigo 5º daquela, posicionando o direito ao meio ambiente junto ao Título

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas (BRASIL, 1988).

VIII - Da Ordem Social, a doutrina mais relevante, tanto no direito estrangeiro,⁴ como nacional,⁵ sustenta sua condição de direito fundamental.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, § 2º⁶ já prevê que o rol apresentado no texto constitucional não é exaustivo, permitindo a classificação como direito fundamental⁷ de outros direitos decorrentes do regime e princípios adotados pela própria constituição, como é o caso da anterioridade eleitoral (artigo 16), da irretroatividade da lei tributária (artigo 150, III, “a”) e do próprio direito ao meio ambiente (artigo 225).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está diretamente vinculado ao direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais consagrados em nossa constituição no *caput* do artigo 5º, e que é apanhado pelo argumento de Milaré (2006, p. 158-159):

[...] o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física

⁴ Cita-se como expoente desta sustentação Alexy (2008, p. 442-443) e Canotilho (2001, p. 27).

⁵ Cita-se como defensores desta posição Sarlet (2014, p. 50) e Gavião Filho (2005, p. 36), entre outros.

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁷ Sobre os direitos fundamentais, Fensterseifer (2008, p. 142) os qualifica como “[...] o núcleo normativo-axiológico da ordem constitucional e, conseqüentemente, de todo o sistema jurídico, representando posições normativas e materializações do princípio (e valor) supremo da dignidade humana no marco jurídico-político do Estado de Direito.”

e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade da existência - a qualidade de vida -, que faz com que valha a pena viver.

Molinaro (2007, p. 104-110), seguindo o mesmo entendimento exposto por Milaré, defende que o direito fundamental nuclear é o *direito à vida* e, para a garantia deste núcleo essencial dos direitos fundamentais, é essencial um meio ambiente equilibrado e saudável, sendo que, apenas assim, se dará a integralidade da dignidade humana. Assim, como efeito tem-se que o direito ao meio ambiente sadio está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e, por consequência, ao direito à vida sendo, portanto, um direito fundamental materialmente reconhecido.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.164/SP, em 30 de outubro de 1995, igualmente reconheceu o direito ao meio ambiente como direito fundamental, conforme se afere do trecho do voto condutor do relator Ministro Celso de Mello, nestes termos:

Trata-se [...] de um típico direito de terceira geração, que assiste de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompem, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social.

[...]

A preocupação com a preservação do meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor de gerações futuras - tem constituído objeto de regulações normativas e de pro-

clamações jurídicas que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade. (BRASIL, 1995).

Dessa forma, tanto a doutrina com a jurisprudência pátria reconhecem o direito ao meio ambiente como direito fundamental protegido constitucionalmente, podendo ser atribuído ao mesmo o *status de direito fundamental completo* segundo a explicação de Alexy (2008, p. 442-443):

[...] um direito fundamental ao meio ambiente corresponde mais àquilo que acima se denominou ‘direito fundamental completo’. Ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas. Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existentes, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinar intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestações fáticas).

Na mesma linha, Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 68) defendem que a proteção ao meio ambiente como direito fundamental ultrapassa o direito subjetivo do cidadão a um meio ambiente eco-

logicamente equilibrado, trazendo ao Estado obrigações objetivas a partir da qual o mesmo deverá buscar mecanismos ativos que tenham por fim o alcance do bem-estar ambiental, o que Alexy chama de *direito a prestações fáticas*.

A Constituição Federal de 1988 ao atribuir à proteção de um meio ambiente sadio a qualidade de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, determinando a defesa ambiental como um dos deveres e objetivos do Estado, incorporou uma série de princípios e regras protetivas ao direito ao meio ambiente sadio, dentre os quais se destaca o princípio da *proibição de retrocesso* que será analisado no próximo ponto deste estudo.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

No direito brasileiro, a proibição de retrocesso é princípio constitucional implícito, reflexo da matriz jurídica de outros princípios definidos pela lei maior, dentre os quais se podem citar o princípio do Estado democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direito fundamental e o princípio da segurança jurídica.

O princípio em comento foi tratado pelo jurista alemão Shulte (2003 apud FENSTERSEIFER, 2008, p. 259) como “[...] uma blindagem das garantias do Estado Social”, sendo que a melhor definição para conceituação daquele em nossa doutrina foi apresentada por Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 294), para quem

[...] a proibição de retrocesso [...] diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto - e de modo especial - infraconstitucional (quando estão em causa medidas legislativas que impliquem

supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes), mas também proteção em face da atuação da administração pública.

O constitucionalista português Canotilho (2011, p. 26), ao analisar a limitação que a proibição de retrocesso impõe à atuação do Estado, ao lembrar que a partir daquele é vedado ao Poder Público “[...] adoptar novas políticas que se traduzam em retrocesso retroactivo de posições jurídico-ambientais fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral.”

Aplicando-se esse princípio diretamente ao direito fundamental ao meio ambiente sadio, extraem-se os elementos essenciais daquele, podendo o qualificar como uma garantia constitucional ao bloco normativo já consolidado do direito fundamental ao meio ambiente sadio, garantia esta impeditiva de que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário atentem contra aqueles através de reformas legislativas ou atos e decisões administrativas e judiciais que tenham como consequência a redução ou supressão dos direitos já conquistados pelos cidadãos na matéria, ou ainda atinjam a efetividade daquelas garantias normativas.

O princípio da proibição do retrocesso ambiental tem como campo de atuação o núcleo essencial do direito fundamental protegido, garantindo que não haja retrocesso na base normativa que protege e garante a eficácia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A defesa do núcleo essencial do direito fundamental é fonte de garantia da dignidade humana, sendo norma constitucional expressa na Constituição alemã que, em seu artigo 19.2, define que “[...] em caso algum pode um direito fundamental ser afetado no seu conteúdo essencial.” A Constituição brasileira não apresenta uma defesa explícita do núcleo essencial dos direitos fundamentais como a alemã, todavia isso não significa que a garantia do mesmo não exista.

Conforme lembra Mendes (2007, p. 309), para quem “[...] embora o texto não tenha consagrado expressamente a ideia de núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte.”

Dessa forma, tem-se por princípio da proibição de retrocesso socioambiental, em sua primeira dimensão, uma garantia constitucional implícita de proteção do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente, impedindo que haja a redução ou extinção de garantias conquistadas e que atinjam o núcleo essencial deste direito fundamental. Qualquer medida que viole este núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente estará viciada pela inconstitucionalidade.

O Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, vem invocando em diversos julgamentos o *princípio da proibição de retrocesso* para fundamentar suas decisões, citando-se, como paradigma, o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 745.745/MG de relatoria do Ministro Celso de Mello:

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental, conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção, e, desse modo, viabilizou o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado no caso ora em julgamento.

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. (BRASIL, 2015).

O princípio da proibição de retrocesso ambiental, além do plano de proteção a medidas que acarretem a extinção ou restrição direitos de direitos fundamentais, opera em uma segunda dimensão, quando igualmente reflete um *dever da progressividade*, que pode ser traduzido na obrigação do Poder Público de, além de não retroceder na efetividade do direito fundamental posto, permanentemente buscar a melhora nas condições legais e fáticas para a ampliação e efetivação do direito ao meio ambiente sadio e que acarretará, por consequência, reflexos no direito à vida e na dignidade humana.

Esta esfera do princípio da proibição de retrocesso ambiental está intimamente ligado ao conceito de *desenvolvimento sustentável* trazido pelo Relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum), que o define como sendo “[...] aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.” (COMISSÃO..., 1991).

Assim, por princípio da proibição de retrocesso, em sua análise ampla, tem-se a garantia constitucional ao núcleo essencial da base normativa da proteção ambiental, bem como uma obrigatoriedade de que o Estado tenha sempre em seus atos a busca pela progressividade da legislação e políticas públicas que levem à ampliação da efetividade do direito fundamental defendido.

Embora o princípio da proibição de retrocesso ambiental sirva de garantia ao bloco normativo do direito fundamental ao meio ambiente, o mesmo não é absoluto, não se constituindo em barreira intransponível à eventual redução da carga normativa em matéria ambiental quando houver a colisão com outros direitos fundamentais, conforme se verá no próximo ponto deste estudo, devendo, entretanto, sempre ser garantida a incolumidade do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente.

4 A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme já referido no presente estudo, o princípio da proibição de retrocesso garante o núcleo essencial do direito ao meio ambiente contra atos do Poder Público (seja na esfera executiva, legislativa ou judiciária) que possam causar supressão ou restrição daquele direito já conquistado socialmente. Qualquer medida que venha a ser adotada pelos órgãos do Poder Público no sentido de prejudicar (seja reduzir, seja extinguir) direito já conquistado sofre de *suspeição da inconstitucionalidade*. Nas palavras de Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 308):

[...] a tese de que a proibição de retrocesso não pode impedir qualquer tipo de restrição a direitos socioambientais, parte-se aqui da mesma diretriz que, de há muito, tem sido adotada no plano da doutrina especializada, notadamente a noção de que sobre qualquer medida que venha a provocar alguma diminuição nos níveis de proteção (efetividade) dos direitos fundamentais recai a *suspeição de sua ilegitimidade jurídica*, portanto, na gramática do Estado Constitucional, de sua inconstitucionalidade, acionando assim um dever no sentido de submeter tais medidas a um *rigoroso controle de constitucionalidade*, onde assume importância os critérios de proporcionalidade (na sua dupla dimensão anteriormente referida), da razoabilidade e do núcleo essencial (com destaque para o conteúdo ‘existencial’) dos direitos socioambientais, sem prejuízo de outros critérios, como é o da segurança jurídica e de seus respectivos desdobramentos.

A proteção da base normativa e as conquistas sociais já alcançadas tanto pelo diploma constitucional como pela legislação infraconstitucional que é realizada pelo princípio da proibição de retro-

cesso não devem ser encaradas de forma absoluta e intransponível, uma vez que é admissível a relativização daquele princípio e da própria base normativa protegida quando houver o conflito deste direito fundamental ambiental com outro direito fundamental.

Admitir-se a inamovibilidade da legislação ambiental a partir de eventuais restrições propostas seria desconsiderar a existência no mesmo plano horizontal dos demais direitos fundamentais que igualmente devem ser garantidos pelo Poder Público e, portanto, podem eventualmente, entrar em rota de colisão com o direito ao meio ambiente sadio. Neste caso, quando dois ou mais direitos fundamentais apresentarem conflito, está-se diante do que doutrinariamente se denomina *colisão de direitos fundamentais*.

Como afirma Marmelstein (2008, p. 365), as normas constitucionais são “[...] potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entrem em rota de colisão.”

Sobre o conceito jurídico-constitucional de *colisão de direitos fundamentais*, Steinmetz (2001, p. 20) argumenta:

As constituições democráticas contemporâneas, entre as quais figura a brasileira de 1988, consagram um extenso catálogo de direitos fundamentais. Abstratamente, esses direitos mantêm entre si e com outros bens constitucionalmente protegidos uma relação de harmonia. Porque são atribuídos por normas constitucionais, não há entre eles ordenação hierárquica e nem exclusão *a priori*. Contudo, na vida social, seja nas relações individuais, seja nas relações entre indivíduo e poderes públicos ou comunidade, nem sempre se verifica a realização plena, harmônica e simultânea dos direitos fundamentais de diferentes titulares. Com frequência, *in concreto*, há conflito de direitos: entre a liberdade de expressão e comunicação e os direitos de personalidade (direito à

honra, à imagem, à intimidade, à vida privada); entre o direito à efetividade jurisdicional e o direito à segurança jurídica; entre a liberdade de criação artística e o direito à honra; entre a liberdade de imprensa e a segurança pública interna; entre a liberdade de circulação e a saúde pública, etc. A esse fenômeno a dogmática constitucional denomina de colisão de direitos fundamentais.

O avanço social que gera demandas ao Poder Público acaba por criar situações em que se encontram em lados opostos direitos fundamentais regulados constitucionalmente, configurando-se a colisão de direitos fundamentais acima tratada, como é o caso, por exemplo, tratado no julgamento da ADInMC nº 1516-UF (BRASIL, 1999), aonde o Supremo Tribunal Federal julgou a colisão dos direitos constitucionais de propriedade e de proteção ao meio ambiente.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade pôs-se à análise do Supremo Tribunal Federal a arguição de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 1.511-1/1996, editada pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que deu nova redação ao Código Florestal vigente à época e dispôs sobre a proibição de incremento da conversão de áreas florestais em áreas agrícolas na região Norte e na parte Norte da região Centro-Oeste, sob a alegação de que aquela alteração violaria o direito fundamental da propriedade, impedindo seu exercício sem justa e prévia indenização.

O Supremo Tribunal Federal, através do voto condutor do Ministro Sydney Sanches, efetuou a ponderação⁸ entre o conflito dos direitos fundamentais da propriedade e da proteção meio ambiente,

⁸ A ponderação de direitos fundamentais é representada por uma regra do Tribunal Constitucional Federal alemão assim enunciada por Alexy (2008, p. 167), segundo a qual “[...] quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro.”

entendendo pela prevalência deste último, no caso concreto, nestes termos:

Embora não desprezíveis as alegações da inicial, concertantes a possível violação do direito de propriedade, sem prévia e justa indenização, é de se objetar, por outro lado, que a Constituição deu tratamento à Floresta Amazônica brasileira, assim como à Mata Atlântica, à Serra do Mar, ao Pantanal Mato-Grossense e à Zona Costeira, ao integrá-los no **patrimônio nacional**, aduzindo que **sua utilização se fará, na forma da lei, dentro das condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.**

Veja-se, que no presente caso analisado, houve a colisão de dois direitos fundamentais, o da propriedade e da proteção ambiental, sendo realizado pelo STF a ponderação daqueles, decidindo-se pela permissão da relativização do direito fundamental à propriedade e seus reflexos em detrimento da proteção ambiental, todavia tal prevalência deu-se no caso concreto específico analisado⁹, não havendo a preponderância formal do direito fundamental ao meio ambiente sobre qualquer outro direito, conforme defendido por Gavião Filho (2005, p. 25).

Quando houver a colisão do direito fundamental ao meio ambiente com outro direito fundamental protegido constitucionalmente, a ponderação do conflito no caso concreto permitirá a restrição de um em homenagem a outro. Alexy (2008) trata da excepcionalidade

⁹ Em sentido contrário cita-se a decisão do Recurso Extraordinário nº 97.749-SP de relatoria do Ministro Moreira Alves aonde na análise de colisão entre os mesmos direitos fundamentais à propriedade e ao meio ambiente, fora garantido, no caso concreto, a prevalência daquele, relativizando-se, assim, o princípio da proibição de retrocesso socioambiental.

de da restrição dos direitos fundamentais e caso de colisão com outro direito fundamental nestes termos:

[...] uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio do direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições às suas próprias restrições e restringibilidade.

O princípio da proibição de retrocesso, tanto na esfera socioambiental como em relação aos demais direitos fundamentais, sofrerá, portanto, relativização a partir do momento que houver o conflito do direito fundamental protegido com outro direito fundamental, sendo permitida a restrição de um direito fundamental em respeito a outro que se considere, no caso concreto, socialmente mais relevante.

Todavia, a decisão pela prevalência de um direito fundamental sobre outro deverá se dar de forma fundamentada e seguir padrões técnicos de análise, conforme Steinmetz (2011, p. 109), para quem

[...] não há uma hierarquia entre as normas constitucionais e, em hipótese de conflito entre duas ou mais normas constitucionais de direitos fundamentais, a solução deverá preservar a unidade da Constituição. Por isso e além disso, a decisão que der controle racional a uma das normas terá de ser justificada, permitindo um controle racional e intersubjetivo. Não poderá ser uma decisão intuicionista, uma decisão pela decisão.

Diante da inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais eventualmente em colisão e da necessidade de uma decisão fundamentada juridicamente, a ponderação do conflito existente e a decisão pela relativização de um em detrimento de outro deve ser lastreada em critérios técnicos e jurídicos, devendo haver, nas pala-

vras de Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 308) um “[...] rigoroso controle de constitucionalidade onde assume importância os critérios da proporcionalidade [...], da razoabilidade e do núcleo essencial dos direitos socioambientais.”

O princípio da proporcionalidade, defendido como método analítico-decisório em casos de colisão de direitos fundamentais, é feixe de três princípios, a saber os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tendo como base teórica a *teoria estrutural dos direitos fundamentais* de Alexy (2008, p. 593 e ss), sendo tratado pelo doutrinador alemão como um procedimento aberto que não conduz a um único resultado correto. Neste mesmo sentido tem-se a lição de Steinmetz (2001, p. 172) que, classificando o princípio da proporcionalidade como um princípio formal, sustenta que

[...] o princípio da proporcionalidade não pretende que o resultado de sua aplicação seja a única resposta correta e nem pretende que em diferentes casos de colisão, com idênticos direitos fundamentais em oposição, o resultado seja o mesmo. O que o princípio, por meio dos três princípios parciais, exige é que se considere o peso de cada princípio no caso concreto, as circunstâncias do caso.

Diante do todo analisado no presente estudo, deduz-se que o princípio da proibição de retrocesso (socioambiental) não é absoluto, permitindo-se a relativização de seus efeitos em atenção ao interesse social, respeitado ao núcleo essencial do direito fundamental como marco de limitação à restrição operada. A análise e ponderação deve ser realizada em cada caso concreto, a partir de métodos analíticos como o princípio da proporcionalidade, através do qual serão ponderados os direitos fundamentais colidentes a partir da consideração dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da proibição do retrocesso socioambiental trata de importante mecanismo de garantia das conquistas em matéria ambiental alcançada pela sociedade ao longo do tempo, gerando, ainda, através de sua dúplici dimensão, a obrigação ao Poder Público da busca de progressividade da proteção ambiental.

O direito ao meio ambiente, como direito fundamental, está inserido na mesma hierarquia de eficácia e proteção que os demais direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, sendo que, na eventualidade daquele entrar em rota de colisão com outro direito fundamental, aquele poderá sofrer reduções e até extinções em sua carga normativa, relativizando-se, assim, o princípio da proibição de retrocesso socioambiental.

As relações e necessidades da sociedade estão em constante mudanças, devendo o Direito adequar-se a elas para dar efetividade ao interesse social a partir de análise pormenorizada de cada caso com métodos concretos e bases sólidas, ainda que, para isso, tenha que haver o sacrifício de um direito fundamental em detrimento de outro que, no momento e no caso posto em análise, apresente-se com maior relevância.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 745.745/ MG. Município de Belo Horizonte *versus* Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 02 dez. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.516-UF. Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia *versus* Presidente da República. Relator: Min. Maurício Corrêa. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 13 ago. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347107>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22164-0/SP. Antônio de Andrada Ribeiro Junqueira *versus* Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

COMISSÃO mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção ao meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Carla Amado. *Direito ambiental: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente*. Curitiba: Juruá, 2010.

MACEDO, Elaine Harzheim; OHLWEILER, Leonel; STEINMETZ, Wilson (Org.). *Direitos Fundamentais*. Canoas: Ed. ULBRA, 2007.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILARÉ, Edis. *Direito ao Ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios do direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito constitucional ambiental*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SENADO FEDERAL. *Conferência Rio-92*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

SENADO FEDERAL. *Relatório Brundtland*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/temas-em-discussao-na-rio20/ecodesenvolvimento-conceito-desenvolvimento-sustentavel-relatorio-brundtland-onu-crescimento-economico-pobreza-consumo-energia-recursos-ambientais-poluicao.aspx>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

A CONSTITUCIONALIDADE ECOLÓGICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM OLHAR SOBRE A RESPONSABILIDADE MUNICIPAL ACERCA DA PROMOÇÃO DO RESPEITO AMBIENTAL

Aline Oliveira Mendes de Medeiros*

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar o instituto da educação como uma aposta para a promoção do respeito em matéria ambiental, visando à transformação dos conflitos e efetivando um resgate de valores por meio do Programa Protetor Ambiental desenvolvido pelo 5º Batalhão de Polícia Militar Ambiental de Chapecó, SC. No intuito de verificar a efetividade deste programa no que tange a promoção da educação ambiental, formulou-se o seguinte problema da pesquisa: é possível o instituto da educação, materializado através do programa Protetor Ambiental promover o resgate de valores na área ambiental? Visando responder ao problema proposto, o trabalho tem por objetivo discutir a possibilidade que o programa Protetor Ambiental possui em promover a conscientização acerca da necessidade por proteção e restauração que o meio ambiente clama. E, por objetivos específicos: a) estudar o instituto educacional em matéria ambiental como solução para o desrespeito relacionado á matéria; b) analisar a contribuição da Polícia Militar Ambiental, através do programa Protetor Ambiental no que tange à temática; c) pesquisar a forma de efetivação do programa e os resultados obtidos. Existem diversos programas educacionais, porém, o programa Protetor Ambiental se destaca por ser efetivado pela Polícia Militar Ambiental, por meio de agentes

* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; Autora do Blog Direito em Estudo; Autora do livro A promoção dos Direitos Humanos Fundamentais através da Polícia Militar; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; linny.mendes@hotmail.com

fardados, desencadeando uma aproximação entre a sociedade e a instituição de maneira a implanta um agir integrado, reconhecendo as diferenças e necessidades regionais e promovendo a alteridade. Palavras-chave: Direito ambiental. Dignidade humana ambiental. Polícia militar ambiental.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por enfoque analisar a materialização da Constituição Federal de 1988 no que tange ao meio ambiente. Neste intuito será efetuada uma análise ao *caput* do art. 225 da Carta Magna, pretendendo extrair a amplitude de sua aplicabilidade no solo nacional.

Efetuada tal apreciação, cujo enfoque primordial paira na busca pela promoção ao respeito do meio ambiente, será explorada a educação como política pública concretizadora deste respeito, visto que a mesma atua na cultura da sociedade, ou seja, age desde a raiz, moldando o núcleo social, abrindo espaço para uma nova ordem, onde o respeito e a promoção do direito humano fundamental ao meio ambiente imperem.

Neste sentido, será averiguado sobre a atividade da Polícia Militar Ambiental, cuja função consiste em proteger e promover as leis ambientais, pois emprega suas capacidades e ferramentas na materialização deste encargo constitucional, preocupada com o bem-estar do meio ambiente, cuja proteção incumbe a todos os entes públicos e privados, porquanto, sua existência é crucial para o desenvolvimento e para a própria possibilidade de vida humana no globo terrestre.

Neste intuito, a Polícia Militar Ambiental do estado de Santa Catarina criou o programa Protetor Ambiental, de enfoque educativo, que objetiva possibilitar uma aproximação entre a PM e a coletividade, tencionando transmitir seus conhecimentos aos jovens como meio de enraizar uma cultura protetiva e restaurativa em matéria ambiental.

2 O ESVERDEAR DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Salienta-se que a Constituição Federal de 1988 é pioneira em mencionar a proteção ao meio ambiente, inovando em suas folhas ao expressar a matéria em diversos de seus artigos, a exemplo do título VIII, que retrata a ordem social, através do Capítulo VI, onde traz expressa a proteção ao meio ambiente materializada no art. 225, composto por seis parágrafos.

O *caput* deste dispositivo inicia suas expressões ao definir que “[...] todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988).

Ao examinar estas expressões é possível extrair do pronome indefinito *todos*, que o direito ao meio ambiente é de cada um, constituindo um direito nato, ou seja, intrínseco da pessoa humana, pelo simples fato desta compreender um ser humano, o que caracteriza um alargamento na abrangência desta norma jurídica, visto que a anuência de uma especificação sobre quem possua direito ao meio ambiente, “evita que se exclua quem quer que seja”, conforme destaca Amirante (apud MACHADO, 2014, p. 148), por corolário:

“O direito ao meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo.” O direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela sendo ao mesmo tempo “transindividual”. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de *interesse difuso*, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada. Enquadra-se o direito ao meio ambiente na “problemática dos novos direitos, sobretudo a sua característica de direito de maior dimensão, que contem seja uma dimensão subjetiva como coletiva, que tem relação com um conjunto de utilidades”.

No viés da locução *todos tem direito* constitui-se um direito subjetivo, ou seja, oponível *erga omnes*, que se complementa, por exemplo, por meio do exercício da ação popular ambiental, expressa no art. 5º da Carta Magna, inciso LXXIII.

Ocorre que, ao se pensar em meio ambiente não há como se referir a um único bem, pelo fato de compreender um complexo de bens, deste modo, apenas sob o ângulo de sua totalidade é que será possível constatá-lo em seu contexto.

Desta forma, este direito compreende um misto de direito individual e coletivo, materializado em uma mesma face, caracterizando-se como um direito fundamental da pessoa humana, pois, sua expressão encontra-se esculpida desde o preâmbulo do Caderno Constitucional, abrindo suas páginas e encerrando-as, marcando cada uma de suas laudas em função de sua essencialidade para a vida humana.

Sob o ângulo de um Estado Democrático de Direito, entende-se que a grandiosidade de sua valoração e expressão legal, deve-se ao fato de que o mesmo se destina a materializar os direitos coletivos e individuais das pessoas, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, fundamento desta forma estatal (art. 1º, III da CF), o que demonstra que este bem não deve ser visto apenas pelo olhar de sua fruição, mas, principalmente, pelo viés de sua conservação.

Ademais, “[...] o *caput* do art. 225 é antropocêntrico. É um direito fundamental da pessoa humana, como forma de preservar a ‘vida e a dignidade das pessoas’ - núcleo essencial dos direitos fundamentais,” conforme denota Machado (2014, p. 150).

Sendo, por isto, incontestável o fato de que sua destruição compromete a dignidade humana de todo o globo terrestre, pondo em risco todas as espécies de vida humanas, como elucidada a Declaração da Conferência do Rio de Janeiro de 1992, estabelecendo como pedra basilar o princípio (I) de que “[...] os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável.” (apud MACHADO, 2014, p. 150).

Como conceito de *direito ao meio ambiente*, tem-se a consideração executada através do STF, por meio do Min. Celso de Mello:

[...] direito de terceira geração que assiste de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstancia essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefícios das presentes e futuras gerações. (apud MACHADO, 2014, p. 150-151).

Em decurso, por *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, verifica-se a busca por um equilíbrio entre os fatores que formam um habitat ou ecossistema, não se quer, com isto, o alcance da inalterabilidade das condições naturais, mas uma harmonia entre os elementos que o compõe.

Da locução *bem de uso comum do povo*, constata-se uma nova roupagem, que sem eliminar o conceito anterior, amplia-o, inserindo, conforme esclarece Machado (2014, p. 152), “[...] a função social e a função ambiental da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III e IV) como bases da gestão do meio ambiente, ultrapassando o conceito de propriedade privada e pública.”

Machado destaca que (2014, p. 152), “[...] o poder público passa a figurar não como proprietário de bens ambientais - das águas e da fauna-, mas como um gestor ou gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão.”

A anuência deste entendimento jurídico reproduz, para o Ministério Público, o dever de informar e incentivar a participação da sociedade na gestão do meio ambiente, estimulando os cidadãos a cobrarem a prestação de contas sobre a utilização e cuidados dispensados, pelo Poder Público, ao meio ambiente.

Com relação à expressão *sadia qualidade de vida*, é sabido que esta situação apenas se materializará através de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois compreende uma relação de

causa e efeito, onde o estado de um reflete diretamente no estado do outro, afinal, o constituinte originário não se satisfaz em garantir simplesmente o direito à vida, foi além, pois declarou que a mesma precisa ser digna.

Porém, este direito está longe de ser materializado, carecendo de políticas públicas efetivadoras.

No entanto, seus alicerces encontram-se enterrados no solo da Constituição, norma de maior expressão para o Estado, germinando em sua superfície leis passíveis de desabrocharem uma sociedade jurídica e ecologicamente democrática, florescendo uma constituição verde sobre o âmago da população, reproduzindo sementes sustentáveis no solo nacional.

Em defluência, por *Poder Público* (poderes da União, art. 2º da CF/88) e *coletividade* advêm o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente. Neste íterim, Machado (2014, p. 154) acresce que o termo *coletividade* abrange o conjunto populacional, esculpindo uma responsabilidade conjunta entre Estado e sociedade pela esfera ambiental (2014, p. 154-155), embasando “[...] uma das marcas inconfundíveis do novo Direito Ambiental.”

Desta forma, sempre que o meio ambiente é ferido em alguma de suas ramificações, o Estado Democrático de Direito perde parte de sua efetividade, pois, não apenas o corpo social é responsável por sua proteção, mas o Estado, também.

A expressão *presentes e futuras gerações* designa uma solidariedade intergeracional, devido ao fato de que a presença humana no meio ambiente reproduz uma “uma cadeia de elos sucessivos”, onde os atos de uma geração refletem seus efeitos nas gerações futuras, o que dificulta, aos estudiosos, a compreensão da extensão dos danos sofridos por este bem e o aferimento das necessidades que estes danos emanam.

Porquanto, o meio ambiente produz recursos suficientes para o consumo de uma geração, não havendo motivos para que esta

venha a usufruir de recursos de uma geração futura, sendo mister um agir sustentável.

Ademais, conforme Sarlet (2014, p. 45):

[...] a *dignidade da pessoa humana* como princípio fundamental edificante do Estado de Direito brasileiro, e, portanto, como ponto de partida e fonte de legitimação de toda a ordem estatal, com destaque aqui para o sistema jurídico pátrio. A dignidade da pessoa humana, como, aliás, já tem sido largamente difundido, assume a condição de matriz axiológica do ordenamento jurídico, visto que é a partir deste valor e princípio que os demais princípios (assim como as regras) se projetam e recebem impulsos que dialogam com os seus respectivos conteúdos normativo-axiológicos, o que não implica aceitação da tese de que a dignidade é um valor a cumprir tal função nem a adesão ao pensamento de que todos os direitos fundamentais (especificamente se assim considerados os que foram como tais consagrados pela Constituição) encontram seu fundamento direto e exclusivo na dignidade da pessoa humana.

Em consequência, afirma o referido autor (2014, p. 45) que:

A dignidade humana, para além de ser também um valor constitucional, configura-se como - juntamente com o respeito e a proteção da vida - o princípio de maior hierarquia da CF/88 e de todas as demais ordens jurídicas que a reconheceram. A dignidade da pessoa humana apresenta-se, além disso, como a pedra basilar da edificação constitucional do Estado (Social, Democrático e Ambiental) de Direito brasileiro, na medida em que, aderindo a uma trajetória consolidada especialmente a partir do II Pós-Guerra e inspirada fortemente na visão humanista de Kant e tantos outros, o constituinte reconheceu que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui

a finalidade precípua, e não meio de atividade estatal, o que, diga-se de passagem, demarca a equiparação de forças na relação Estado-cidadão, em vista da proteção e afirmação existencial deste último, especialmente no que tange à tutela e promoção dos seus direitos fundamentais.

Por corolário em seu aspecto socioambiental, a dignidade humana não pode ser limitada a uma dimensão biológica ou física, sendo imperativo avistá-la em sua totalidade, inclusive no que se refere ao meio ambiente em que se desenvolve.

Sob este assunto Sarlet (2014, p. 48) determina uma dimensão ecológica para a dignidade, visando ampliar o alcance desta norma, objetivando proporcionar qualidade, equilíbrio e segurança ambiental, buscando mais que garantir a sobrevivência humana, partindo do ponto em que a dignidade abrigue em seu manto todos os seres, ultrapassando a visão antropológica de Kant, para um olhar socioambiental.

Acerca deste aspecto K. Stern (apud SARLET, 2006, p. 42) salienta:

Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Ainda nesta linha de entendimento, houve até mesmo quem afirmasse que a dignidade representa ‘valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível’.

Porém, no dia a dia, o homem pratica uma inversão de valores, agindo com desrespeito ao meio ambiente, pois, da posição de

hospedeiro da Terra, o mesmo passa a agir como dono (um parasita), extraíndo da natureza o máximo que pode, sem procurar devolver nada, sugando ilimitadamente os recursos finitos, promovendo a extinção de inúmeras espécies de animais e plantas. Sobre isto, Serres (1990, p. 93) destaca que:

Na sua própria vida e através das suas práticas, o parasita confunde correntemente o uso e o abuso; exerce os direitos que a si mesmo se atribui, lesando o seu hospedeiro, algumas vezes sem interesse para si e poderia destruí-lo sem disso se aperceber. Nem o uso nem a troca têm valor para ele, porque desde logo se apropria das coisas, podendo até dizer-se que as rouba, assedia-as e devora-as. Sempre abusivo, o parasita.

Ainda no entendimento de Serres (1990, p. 65), verifica-se a necessidade de estar racionalizando um meio para criar um equilíbrio entre o que se extrai e o que se devolve à natureza, utilizando “[...] o verbo pensar, próximo de compensar. Eis o direito mais geral para os sistemas mais globais.”

Sendo que, a *qualidade*, o *equilíbrio* e a *segurança ambiental* passam a compor mais uma pedra edificante do Estado Democrático que, envolvida pelo véu da dignidade da pessoa humana, propõe a materialidade de um mínimo existencial ecológico, que seja suficiente para conferir uma vida digna a todos os seres vivos, inclusive as plantas e os animais.

Sarlet (2014, p. 48-49) elucida que o ambiente se encontra presente “[...] nas questões mais vitais e elementares da condição humana, além de ser essencial à sobrevivência do ser humano como espécie animal natural”, diante desta afirmação, torna-se inegável a abertura da dignidade humana para todas as espécies vivas.

Desperta para a valoração que este bem possui é que a Constituição através do art. 144, V, § 6º, designou a Polícia Militar como

responsável pela polícia ostensiva e pela preservação da ordem pública, a qual se ramificou através da Polícia Militar Ambiental, responsabilizando-se pela efetivação da proteção da esfera ambiental, conforme será visto no item a seguir.

3 A POLÍCIA MILITAR AMBIENTAL COMO PROMOTORA DA DIGNIDADE HUMANA ECOLÓGICA

Por poder de polícia ambiental, tem-se na concepção de Machado (2014, p. 384):

[...] a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina o direito, interesse ou liberdade, regula a prática do ato ou a abstenção de fato em razão do interesse público concernente a saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou outras atividades dependentes de concessão, autorização/missão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.

Define Meirelles (apud MACHADO, 2014, p. 385) que o poder de polícia atua por meio de ordens e proibições, ou seja, via “*normas limitadoras e sancionadoras*”, ou, por meio da “[...] ordem de polícia, pelo consentimento de polícia, pela fiscalização de polícia e pela sanção de polícia.”

Ocorre que, em sua origem o poder de polícia restringia-se à segurança, moralidade e salubridade, no entanto, sua ação se expandiu, passando a abranger “[...] a defesa da economia e organização social e jurídica” em todas as suas esferas, como recorda Machado (2014, p. 385).

Por conseguinte, conforme Debbasch (apud MACHADO, 2014, p. 386), “[...] as autoridades de polícia são aquelas que, em virtude

da Constituição ou de disposições legislativas, tenham recebido o poder de editar medidas de polícia administrativa.”

O poder de polícia, em matéria ambiental, atua sobre o agente infrator da lei, inclusive sobre os agentes públicos, agindo como limitador dos direitos individuais em prol da coletividade, assim para que esta proteção seja posta em prática é necessário instituir mecanismos efetivadores destas leis, como por exemplo, a Polícia Militar Ambiental.

O CTN, através do art. 78, conceitua o poder de polícia como sendo a:

[...] atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Por defluência, a polícia divide-se em polícia judiciária e polícia administrativa, sendo que esta última compreende uma diversidade de intervenções do poder público no intuito de disciplinar a ação dos particulares, tencionando, nas palavras de Antunes (2004, p. 134), “prevenir atentados à ordem pública”, de ação autoexecutória.

Outrossim, para Antunes (2004, p. 136), em relação ao direito ambiental o termo ordem pública, retrata a manutenção e obediência ao respeito pelo estágio mínimo referente à salubridade ambiental estabelecido na ordem vigente, podendo esta agir preventivamente ou repressivamente em prol deste interesse.

Conforme Dezordi (2006, p. 27), o termo ordem pública expressa a tríade composta pela segurança pública, a tranquilida-

de pública e a salubridade pública, assim a preservação ambiental concretiza-se como interesse e fundamento desta tríade, “[...] uma vez que é constituída por um mínimo de condições essenciais a uma vida social conveniente.”

Dentre as ações da Polícia Militar Ambiental destacam-se, o licenciamento, as licenças, autorizações e penalidades, sendo a primeira a de maior valoração por constituir para a Administração Pública um meio de direcionar o exercício de determinadas atividades em proteção do meio ambiente.

As principais sanções aplicadas por este órgão compreendem a pena de multa, de fechamento do estabelecimento, de interdição de atividade, embargo da obra, de demolição, de inutilização de gêneros, de destruição de objetos, dentre outras.

As responsabilidades pelos danos ambientais reportam-se tanto as pessoas físicas, quanto as jurídicas, podendo ser de natureza civil, penal ou administrativa, ou cumulativamente.

[...] a força policial protege o meio ambiente, tendo em mira garantir a segurança, a tranquilidade e a salubridade públicas, em defesa do bem-estar da população. E o faz coibindo a prática de crimes que reflitam sobre o patrimônio ambiental, antes e depois de sua ocorrência, fiscalizando e investigando. (MILARÉ, 2011, p. 1337-1338).

De outra forma conforme preceitua Anderle (apud MILARÉ, 2011, p. 1338):

[...] há de se distinguir polícia administrativa e polícia de segurança pública [...]. Aquela incide sobre bens, direitos e atividades, esta sobre as pessoas. A primeira é inerente e se difunde por toda a Administração Pública; a segunda é privativa de determinados órgãos (polícias civis) ou corporações (polícias militares). Portanto, a Polícia Administrativa se vale de regras administrativas e

as sanções que aplica são do direito administrativo. Já a Polícia de Segurança Pública se vale dos tipos penais para agir sobre as pessoas.

Na mesma direção, Di Pietro (MILARÉ, 2011, p. 1338 apud LAZZARINI, 2010, p. 100) destaca que:

[...] “quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age.” [...] “a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo, além da própria polícia militar, os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua este mister, como os que atuam nos ares da saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social”.

Por sua vez, a Polícia Judiciária possui dois instrumentos de ação que compreendem os termos circunstanciados e os inquéritos policiais (sem ação do contraditório e da ampla defesa), este último refere-se ao “procedimento preparatório da ação penal, através do qual são colhidas as provas em que se assentará a denúncia”, como retrata Milaré (2011, p. 1339), já quanto ao primeiro instrumento, o mesmo destina-se à apuração de infrações de menor potencial ofensivo.

Já, a polícia administrativa, atua por meio da “[...] lavratura dos autos de infração ambiental, os quais ensejam a instauração de um processo administrativo, em que se garante ao autuado o direito ao contraditório e a ampla defesa,” (2011, p. 1339), e ainda, através do Termo Circunstanciado.

Assim, à Polícia Federal incumbe atuar sobre os ilícitos ambientais interestaduais ou internacionais, já no que tange as polícias civis estaduais sua ação é residual, competindo-lhes as funções ju-

diciais que não pertençam a Polícia Federal, sendo que, em alguns Estados já foram criadas delegacias especializadas em tais ilícitos, denominadas *Delegacias Verdes*.

No que reporta a Polícia Militar, o art. 144, inc. V da Carta Maior, lhe garante a ação de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, cabendo-lhe as atividades preventivas por meio da ação ostensiva, que conforme Lazzarini (apud MILARÉ, 2011, p. 1341):

[...] o policial, inclusive o policial florestal, deve decidir normas jurídicas amplas e vagas, na dinâmica do cumprimento da missão policial, em condições quase sempre adversas, não podendo fugir do estrito cumprimento do dever legal de, em defesa da cidadania, em defesa do meio ambiente, etc., fazer aquelas escolhas críticas em questão de fração de segundo, [...], crítica escolha que será sempre tomada com aquela incomoda certeza de que outros aqueles que tinham tempo de pensar estariam prontos pra julgar e condenar aquilo que fizera ou aquilo que não tinha feito, ou seja, condenando-o, ou seja, condenando-o como abusivo (de autoridade) ou prevaricador.

A Polícia Militar Ambiental atua de forma ostensiva, supervisionando as atividades com potencial poluidor e a conduta relacionada ao meio ambiente, sendo investidas pelo poder de desenvolver atividades preventivas e repressivas conjuntas ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Em função da essencialidade da matéria, alguns Municípios têm incumbido as Guardas Municipais Ambientais para reforçar este trabalho protetivo como destaca Milaré (2011, p. 1344-1345). Sobre- vêm que a competência em matéria ambiental é ampla apresentando-se desde a esfera federal até municipal.

No viés preventivo a PMA desenvolve programas educacionais, acerca do qual será transcrito o item a seguir.

4 A EDUCAÇÃO COMO PEDRA BASILAR PARA A MATERIALIZAÇÃO DA CONSCIENTIZAÇÃO AMBIENTAL

Ciente da abrangência e importância do meio ambiente, que constitui extensão da vida humana, visto que é deste que a mesma emerge, é que o constituinte originário consolidou no artigo 225, §1º, VI, da CF/88, que incumbe ao Poder Público, como forma de assegurar este direito fundamental, a responsabilidade pela promoção da “[...] educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.”

Sendo esta diretriz reforçada por outras ramificações da árvore jurídica, que constantemente recordam acerca do dever público e privado, coletivo e individual de promover a conscientização ambiental, através da educação, devido a sua capacidade de atuar na formação do cidadão desde a mais tenra idade, plantando valores e regando seu senso crítico para direcionar suas ações relacionadas à matéria ambiental.

O agir por meio da educação se enraizou no solo nacional através da Lei n. 9.795/99 (Política Educacional da Educação Ambiental), germinando a responsabilidade coletiva pela construção dos valores ambientais, como meio de buscar conhecimentos e ações voltadas para a conservação, preservação e restauração do meio ambiente.

Despertando a lógica ambientalista da sociedade direcionando-os a atuar em um processo de ponderação entre suas ações e as necessidades ambientais, conscientes da essencialidade e finitude deste bem, procedendo regrados pela sustentabilidade.

Esta Lei esculpe em seus 21 artigos, as diretrizes do ensino formal (das escolas) e informal (dos demais meios), de forma a complementarem-se desencadeando em uma educação eficiente para o cidadão.

Neste enfoque Milaré (2011, p. 632) destaca que a mesma:

[...] deve ser considerada como uma *atividade-fim*, visto que ela se destina a despertar e formar a consciência ecológica para o exercício da cidadania. Não é panacéia para resolver todos os males. Sem dúvida, porém, é um instrumental valioso na geração de atitudes, hábitos e comportamentos que concorrem para garantir o respeito ao equilíbrio ecológico e a qualidade do ambiente como patrimônio da coletividade. A matéria comporta exame sob três aspectos: o educacional, o formal e o não formal.

No que tange ao aspecto educacional, o respectivo autor (2011, p. 632), enfatiza que esta responsabilidade circunda a todos os agentes, sejam públicos ou privados, embasando uma ação conjunta entre o Poder Público e a população, tencionando a difusão de valores e princípios atinentes a área, utilizando-se de todos os meios possíveis e legais para este fim, direcionando-se através do conhecimento para materializar o respeito e a conscientização ambiental.

Sob o aspecto formal, tem-se o ensino ambiental lecionado nas escolas, em todos os níveis de instrução, através de um currículo interdisciplinar, disciplinado em uma matéria isolada, conforme o art. 10, § 1º da lei em comento, sendo esta ação regrada através da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases), que por sua vez, disciplina, conforme Goldschmidt (2003, p. 48), os princípios, fins, organizações, níveis e modalidades acerca da educação nacional, regulamentando de forma minuciosa os princípios educacionais.

Já no sentido informal, engloba-se a educação no âmbito social, isto é, fora do ambiente escolar, denominada *educação permanente*, porquanto atua continuamente sobre o cidadão, contribuindo para o aperfeiçoamento e a conscientização da sociedade, atuando na busca de soluções para as problemáticas, promovendo reflexões e debates atinentes a área, materializando uma renovação constante, atualizando e expandindo o campo de ação dos agentes ambientais formais e informais, conforme denota Milaré (2011, p. 634).

No entanto, para Antunes (2004, p. 252-256) a redação da lei educacional ambiental peca, por conter conceitos abstratos e insuficientes, visto que em seu texto falta a fixação de objetivos, planejamento e instrumentos para a definição precisa de políticas públicas atinentes a área.

Um exemplo disto é o art. 14, onde a Lei em epígrafe incumbe ao órgão gestor a sua regulamentação, expressão esta, desconhecida pelo direito administrativo, deixando em dúvida sobre a quem compete seu implemento, como elucida o autor (2004, p. 258-259).

Mesmo assim, a lei atribuiu funções a este órgão, através do art. 15, como por exemplo, definir suas diretrizes para a implementação nacional, refletir, coordenar e supervisionar os planos de ações acerca desta temática, fato este que torna a Lei confusa e pouco compreensível, prevaricando frente às expectativas sociais.

No entanto, expressa que a competência para a aplicação das leis ambientais é comum, possibilitando a formação de uma aliança entre os entes públicos, por isto, qualquer dos entes públicos possui legitimidade para dar vida a estas leis, como elucida Machado (2013, p. 444-445).

Conforme Platão (apud SANTOS, 1949, p. 17) a basilar função estatal é a educadora, e na concepção de Vitor Hugo (apud SANTOS, 1949, p. 17) “abrir escolas é fechar cadeias”.

Portanto, é por meio da educação que se constrói a consciência do indivíduo, ajustando-o as necessidades sociais, despertando seu senso crítico e sua capacidade de autodeterminação, pois nos ditames deste autor “a palavra é o orvalho que fertiliza a alma” (1949, p. 24) e ganha vida por meio de ações.

Ademais, as crianças não nascem prontas, elas se moldam através do conhecimento, daí emerge a fundamentalidade que a educação possui para a construção de um Estado Democrático de Direito, neste sentido destaca Goldschmidt (2003, p. 47) que:

Inegavelmente, a educação possui estreita relação com o fenômeno jurídico, uma vez que constitui uma condição de ascensão do homem na sua projeção pessoal e social. E o direito, como mecanismo de realização humana e social, não fica alheio a esta realidade, fazendo integrar em seu sistema uma série de normas e princípios que garantem ao homem o acesso à educação.

Enfatiza Boaventura (apud GOLDSCHMIDT, 2003, p. 47) que a educação compreende três âmbitos, sendo “*faculdade atribuída ao educando*”, em virtude de que o art. 205 da Carta Magna a designa como direito de todos e dever estatal e social, que coadunado aos arts. 54 e 55 do ECA, expressam a obrigatoriedade do ensino.

E ainda embasa a “*norma que rege o comportamento de ensino*” que conforme Goldschmidt (2003, p. 47), trata acerca de um sistema de regras que delimitam a relação de ensino e aprendizagem em sua estrutura e desenvolvimento.

Neste instante é importante distinguir a diferença entre a legislação de ensino e o direito educacional, que na concepção de Motta (apud GOLDSCHMIDT, 2003 p. 48) se refere:

No primeiro sentido, temos uma pletora de normas que vão desde leis federais, estaduais e municipais até pareceres do Conselho Nacional de Educação, decretos do Poder Executivo, portarias ministeriais, estatutos e regimentos de escolas, que constituem a conhecida tradicional disciplina Legislação de Ensino, a qual é parte integrante, mas restrita, do Direito Educacional, pois não inclui nem a unidade doutrinária, nem a sistematização de princípios, nem tampouco a metodologia que estrutura um corpo jurídico pleno.

Neste ínterim, *como ramo jurídico* a educação possui um conjunto principiológico, com normas e institutos próprios, assim é do direito educacional que se extraem as bases jurídicas de todo o

complexo educacional, sendo disciplinado em diversos regramentos. Assim, é efetuada uma aliança entre o direito educacional e o ambiental em prol da sociedade.

O entendimento que emana do art. 5º da CF, de que a vida compreende um direito irrenunciável e inviolável, e de que como cláusula pétrea, seus efeitos são inegáveis, demonstra que não há possibilidade de vida digna sem que os recursos naturais se encontram disponíveis aos seres humanos, fortificando este pacto entre estas ramificações jurídicas, estendendo no solo pátrio sua materialização através do programa Protetor Ambiental, evidenciado no próximo item.

5 PROGRAMA PROTETOR AMBIENTAL: A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Ciente da relevância do tema foi que a Polícia Militar Ambiental de Santa Catarina implantou no ano de 1999, o programa Protetor Ambiental (Proa), desenvolvido em todo o Estado com o enfoque de aproximar a PM da sociedade, levando um atuar preventivo, na esfera ambiental, por meio da educação, tendo como público alvo os adolescentes, cujos quais são disciplinados para agirem em prol da sociedade consolidando ações ambientalistas.

O Proa segue os princípios consagrados no Programa Nacional de Educação Ambiental (Pronea), visando inserir seu público alvo nas questões ambientais, por meio de atividades teóricas e práticas, despertando-os para o saber ambiental. Em todo o Estado a PMA formou 6.300 Protetores Ambientais.

Na circunscrição do Município de Chapecó, SC, a população conta com o auxílio do 2º Batalhão de Polícia Militar Ambiental, onde, desde o ano de 2006, o programa está sendo arraigado e até o ano de 2016 formou 300 jovens em 12 turmas.

Este ensino ambiental possui a durabilidade de um ano, no decorrer do qual os alunos desenvolvem atividades teóricas e práticas

de preservação e defesa do meio ambiente, relacionadas a temáticas cotidianas e pertinentes a realidade local e regional. O objetivo basilar do programa é formar alunos descortinados acerca da essencialidade do meio ambiente e capacitados para colocar seus aprendizados em prática no núcleo social.

Assim, os alunos Protetores Ambientais passam a atuar em defesa do meio ambiente, com o intuito de enraizar na sociedade um pensamento crítico e proativo materializado em ações de proteção ambiental cultivando o desenvolvimento sustentável. As aulas permitem o aprimoramento intelectual, social e a cognição ambiental aos alunos.

Durante o desenvolvimento do curso, os alunos Protetores recebem instrução acerca dos temas relacionados à Ecologia, Gestão de Resíduos, Gestão de Fauna, Gestão de Flora, Gestão de Recursos Hídricos e Unidades de Conservação, além de disciplinas extracurriculares, tais como Combate às Drogas, conscientização acerca das DSTs, além de realizarem viagens de estudo, entre outras atividades, afetas ao cotidiano ambiental.

A inclusão no curso ocorre de forma voluntária, por meio de um exame de seleção, ou seja, por prova objetiva, com questões voltadas a realidade local e regional, atinentes a matéria ambiental, realizada em escolas participantes do programa, sendo que o corpo discente é formado por 20 a 30 alunos protetores por turma, e os instrutores são escolhidos na comunidade e instituições parceiras, voluntários, sendo profissionais das mais variadas áreas que contribuem com a formação destes adolescentes durante o desenvolvimento do curso.

Os policiais militares ambientais lecionam fardados, visando transmitir os valores da instituição para estes alunos, em uma ação de aproximação e cooperação.

De 2006 a 2016 foram formados aproximadamente 300 Protetores Ambientais, divididos em 12 turmas, com alunos de todas as origens e classes sociais, permitindo a troca de informações entre

os estudantes das regiões urbanas e rurais, possibilitando a inclusão social e a igualdade entre os discípulos.

Os alunos formados têm a possibilidade de continuar junto à instituição, atuando voluntaria e gratuitamente na formação de novas turmas, o que viabiliza a aproximação entre a sociedade e a instituição policial militar ambiental, auxiliando no desenvolvimento das atividades educativas como, por exemplo, a elaboração de palestras em universidades, comunidades rurais, cooperativas, sindicatos, educandários, prefeituras, etc., em conjunto dos demais alunos.

Exemplo de ação educativa efetuada com a participação dos protetores ambientais coordenados pelo 2º Batalhão de Polícia Militar Ambiental é a participação em expo feiras, seminários, viagens de estudo, visando à transmissão de informações e orientações sobre o uso e proteção do meio ambiente para outras pessoas, em prol do desenvolvimento sustentável da comunidade, ressaltando a referência da preservação, segurança e interdisciplinaridade das ações da PMA com foco no desenvolvimento social, econômico e ambiental.

O programa Protetor Ambiental constitui-se por um universo de atividades pedagogicamente definidas e delineadas com o propósito de contribuir na prevenção primária às agressões humanas ao meio ambiente, permitindo, através dos alunos, a materialização de comportamentos adequados à preservação da vida em todas as suas nuances.

O mesmo visa resgatar valores e edificar uma sociedade sustentável e consciente da essencialidade do meio ambiente. Pretende despertar a racionalidade dos educandos, ensinando-os a agir frente às adversidades com habilidade suficiente para evitar o cometimento de ilicitudes.

Para tanto, o Programa, sob a premissa de que *ninguém preserva o que não conhece*, visa disseminar conhecimentos sobre fatores biótico e abióticos, direcionando-os aos adolescentes na faixa etária entre 12 e 16 anos, das redes pública e privada de ensino, do Estado de Santa Catarina, através de atividades teóricas e práticas desenvolvidas e/ou coordenadas por Policiais Militares Ambientais.

Procedendo de tal forma, almeja-se desenvolver uma consciência ecológica, que possibilite aos alunos ponderar suas atitudes e influenciar as ações dos demais cidadãos rumo à sustentabilidade e ao respeito pelo meio ambiente.

O programa visa transformar a realidade da sociedade, agindo conforme as necessidades de cada região, procurando transmitir conhecimentos necessários conforme as carências verificadas, formando uma cultura de seres pensantes e atuantes em proteção, preservação e restauração do meio ambiente, de modo que a sociedade passe a ver a Polícia Militar Ambiental como um órgão auxiliador nas problemáticas encontradas, desenvolvendo laços de respeito e interação entre ambos, visando efetivar a lei ambiental. Os Policiais Militares atuantes no programa possuem qualificação específica.

A Polícia Militar Ambiental, como as demais instituições, age pautada no respeito e consideração pelos direitos humanos e conforme afirma Jesus (2011, p. 133) “[...] não se trata de saber quais e quantos são estes direitos, [...] mas sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir, que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente, violados” e é neste ponto que a PMA atua, direcionando os alunos sobre seus direitos e deveres como cidadão e munindo-os com instrumentos para efetivá-los. Afinal, destaca Jesus que (2011, p. 134):

Há uma distância enorme entre a positivação dos direitos humanos e a sua efetividade propriamente dita. Essa distância existe porque ocorre uma crise na cidadania, na qual o indivíduo desconhece os seus direitos, sendo, portanto, difícil de chegar à efetivação dos direitos humanos.

Por corolário, a educação consiste em uma ferramenta eficaz para a consolidação do direito humano fundamental ao meio ambiente, e é centrado neste prisma que o 2º Batalhão de Polícia Militar Ambiental de Chapecó, SC, age, considerando e efetivando os preceitos

da ordem maior, na busca pela consumação de um Estado Democrático de Direito.

6 CONCLUSÕES ARTICULADAS

Este estudo retratou a fundamentalidade que possui o meio ambiente para a vida humana, e se desenvolveu através de uma análise ao *caput* do art. 225 da CF/88, extraindo seus preceitos e irradiações.

Efetuando um exame em cada uma de suas locuções, retirando os entendimentos que o constituinte originário possuía ao elaborar suas linhas, visando sua perfeita materialização na ordem vigente, como forma de elevar sua potencialidade de atuação na coletividade.

Diante da responsabilidade de promover a expressão da Epístola Maior e de conscientizar a sociedade sobre a essencialidade do meio ambiente, é que se verificou que atuar através da educação seria a melhor forma de auferir este resultado.

Visto que a educação atua desde a mais tenra idade da pessoa, sendo possível a construção de sua personalidade e preparo para a vida social, sendo este, o instante primordial para a construção de valores na pessoa humana.

Ao plantar valores em uma pessoa, através da educação, abrem-se margens para que outras pessoas se conscientizem destes valores e passem a respeitá-los e promovê-los.

Porquanto, este estudo pretende disseminar uma educação atuante desde a semente da árvore, cuidando-a para que germine forte e resistente aos impulsos negativos provenientes da sociedade, impulsionando-as a viver digna e legalmente, estimulando para que as demais pessoas se conscientizem sobre seus atos, abrindo espaço para que uma nova ordem social, pautada em valores, tais como o da sustentabilidade, possa se edificar no solo pátrio.

É com este pensamento que a Polícia Militar Ambiental desenvolveu o programa Protetor Ambiental, preocupada com os an-

seios sociais e com o desvalor que este bem está tendo, buscando efetividade além de suas atribuições fiscalizadoras, passando a aproximar-se do núcleo social e a levar valores para este âmbito, por meio da educação.

A mesma busca atuar educando para preservar e promover, tornando a atividade policial militar ambiental ainda mais valiosa, centrada nos valores do humanismo, da liberdade, da igualdade e da fraternidade, fortalecendo suas raízes no solo nacional por meio de uma ação próxima, humanitária e eficiente, dando vida aos preceitos do ordenamento jurídico vigente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL. *Lei n. 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 16 dez. 2014.

BRASIL. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 dez. 2014.

BRASIL. *Lei n. 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 18 dez. 2014.

BRASIL. *Lei n. 9.795*, de 27 de abril de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm>. Acesso em: 18 dez. 2014.

DEZORDI, Sadiomar Antonio. *Competência da Polícia Militar de Santa Catarina como autoridade policial para efetuar a lavratura do Termo Circunstanciado na esfera ambiental*. 2006. Monografia (Bacharelado em Segurança Pública)-Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: Ed. UPF, 2003.

JESUS, José Lauri Bueno de. *Polícia Militar & Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Miguel. *Educação como prevenção da criminalidade*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1949.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SERRES, Michel. *O contrato natural*. Tradução Serafim Ferreira. Portugal: Editions François Bourin, 1990.

OS CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS DIANTE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: CONCRETIZAÇÃO DO FEDERALISMO COOPERATIVO

Aline Oliveira Mendes de Medeiros*

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar os consórcios públicos como forma de promover o respeito pelo meio ambiente, enfatizando o programa Protetor Ambiental desenvolvido pela 5ª Cia de Polícia Militar de Chapecó, SC, em conjunto com o Município de Chapecó, SC, como forma de levar a educação ambiental aos munícipes, visando resolver os conflitos relacionados a área ambiental e resgatar valores sociais. No intuito de verificar uma resposta a esta temática, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: é possível a junção entre o poder municipal e o estatal, consubstanciado no programa Protetor Ambiental, o qual conta com o patrocínio de entes públicos e privados, promover o respeito ambiental através da educação ambiental? Visando responder ao problema proposto, o trabalho tem por objetivo geral discutir a possibilidade de, através da educação, implantar e resgatar valores sociais promovendo a conscientização acerca da essencialidade do meio ambiente e desenvolvendo a sustentabilidade no solo pátrio, promovendo a alteridade e efetividade das leis ambientais. E, por objetivos específicos: a) estudar os consórcios públicos, materializado no programa Protetor Ambiental, materializar a educação ambiental; b) analisar a contribuição da educação ambiental para a preservação e a restauração do meio ambiente; c) pesquisar a efetividade do programa no solo regional. Existem, diversos métodos educacionais em matéria ambiental, porém, o Programa Protetor Ambiental se desta-

* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Advogada; Autora do Blog Direito em Estudo; Autora do livro *A promoção dos Direitos Humanos Fundamentais através da Polícia Militar*; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; linny.mendes@hotmail.com

ca por ter se originado através da Polícia Militar Ambiental e por ser implantado por agentes fardados, possibilitando uma aproximação entre a sociedade e a instituição, além de possibilitar a participação de demais entes públicos ou privados que possam contribuir de forma significativa no que tange a matéria.

Palavras-chave: Direito ambiental. Consórcios Públicos. Gestão municipal. Federalismo cooperativo.

1 DEFINIÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente artigo tratará acerca dos consórcios intermunicipais diante do desenvolvimento sustentável, de maneira a concretizar o federalismo cooperativo.

Ocorre que o federalismo da Carta Política de 1988 é tripartite, ou seja, consagrado através da separação de poderes, onde cada ente exerce sua função de forma harmônica e autônoma. De outra forma, o mesmo é desenvolvido de maneira indissolúvel entre os Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por decorrência será expresso acerca da utilização dos consórcios públicos como instrumento do federalismo cooperativo atuando em efetivação das políticas públicas atinentes a esfera ambiental, neste instante, será apregoado jurídico e doutrinariamente sobre a definição e prestação dos consórcios públicos, de modo a enfatizar suas habilidades e efetividade no âmbito ambiental.

Passando, então, a expressar sobre a gestão pública associada para a promoção da sustentabilidade ambiental, momento em que a esfera ambiental será abordada no viés de descortinar a sociedade sobre sua fundamentalidade e essencialidade, não apenas para a sadia qualidade de vida, como esculpe o art. 225 da Carta Magna, mas como garantia de uma vida digna, porquanto, sem o desfrute dos recursos naturais, impossível seria esta possibilidade.

Nada obstante, será abordado sobre a necessidade de abandonar a arcaica visão antropocêntrica do homem, rumo a uma nova forma de ver, pensar e agir, baseada no ecocentrismo, pondo o ambientalismo em lugar de destaque não apenas no ordenamento jurídico, como já se encontra, mas, também na vida prática social, de forma a efetivá-lo para garantir a existência de uma vida digna.

Por conseguinte, como a Carta Maior se define com base na dignidade da pessoa humana, (art. 1º, inc. III), evidencia-se que não basta o simples viver, urge a necessidade de um mínimo existencial, com capacidade de garantir a dignidade humana, fato este que demonstra que somente efetivar as leis ambientais não é suficiente para suprir todo o estrago que o ser humano já causou, é necessário, além de proteger e promover, atuar na restauração, para só então, resguardar os direitos das presentes e futuras gerações.

2 UM OLHAR NO SENTIDO DO FEDERALISMO COOPERATIVO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ocorre que, no instante em que o constituinte originário enfatizou no art. 1º da Carta Política a instituição de um Estado Federal, o mesmo aderiu à sistemática de repartição de competências, já que esta forma é indissociável deste formato Estatal, como consequência desta divisão, cada ente federado possui autonomia de ação. Desta feita, o termo federalismo originou-se do latim *foedus* que exprime acordo ou aliança.

Na concepção de Ferraz (apud BARBOSA; PIRES, 2008, p. 105), este modelo se difere dos anteriores ao consagrar um Federalismo tripartite, desenvolvido por meio da união indissolúvel entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, segundo redação do art. 18 da Carta Magna.

Conforme o entendimento de Moraes (2013, p. 60) estes entes são “[...] autônomos e possuidores da tríplice capacidade de

auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração.”

Quanto à indissolubilidade do vínculo federativo, Moraes (2013, p. 59-60) destaca que o mesmo vem consagrado na Norma Maior desde 1891, e possui por finalidades “[...] a unidade nacional e a necessidade descentralizadora.” Neste sentido, é:

[...] inadmissível qualquer pretensão de separação de um Estado-membro, do Distrito Federal ou de qualquer Município da Federação, inexistindo em nosso ordenamento jurídico o denominado *direito de secessão*. A mera tentativa de secessão do Estado-membro permitirá a decretação de intervenção federal (CF, art. 34, I), devendo sempre a Constituição ser interpretada de sorte que não ameace a organização federal por ela instituída, ou ponha em risco a coexistência harmoniosa e solidária da União, Estados e Municípios.

Este entendimento é expresso pela Carta Magna, no *caput* do art. 1º, cuja redação se perfaz, “[...] a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios, constitui-se em Estado Democrático de Direito” já no entrosamento do art. 18, encontra-se a legitimação para a autonomia de cada ente, cuja redação se esculpe da seguinte forma “[...] a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

Por decorrência, cada ente possui suas próprias competências e legislações relacionadas às matérias que lhes concerne. Extrai-se do art. 3º, inciso I do Caderno Constitucional, que “[...] constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”, e ainda, que este Federalismo é cooperativo, posto que todas as entidades agem em

conjunto visando a efetividade dos preceitos constitucionais descritos neste caderno de leis.

Neste íterim, salienta Moraes (2013, p. 47) que são fundamentos da República Federativa do Brasil, a *soberania* que compreende a capacidade de editar sua própria ordem jurídica, desde a Carta Política até os demais regramentos, bem como, a *cidadania*, a qual embasa um “[...] *status* do ser humano, apresentando-se, simultaneamente, como objeto e direito fundamental das pessoas”, e a *dignidade da pessoa humana*, que aborda um valor espiritual e moral intrínseco ao homem, inerente a pessoa.

A qual constitui o direito a um *mínimo existencial*, que por sua vez, apresenta uma dupla concepção, englobando em primeira face “um direito individual protetivo” tanto contra o Estado, quanto contra as demais pessoas, e em segundo momento estabelece tratamento respeitoso e igualitário a todos.

Têm-se, também, os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*, que abraça todos os trabalhadores, em razão de que “[...] é através do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade do trabalhador” nas palavras do respectivo autor.” (2013, p. 49).

Por fim aborda-se o *pluralismo político* onde se constata a preocupação do legislador em amparar a ampla e livre participação popular no que tange ao futuro político do país.

Desta feita, os consórcios públicos são definidos por meio da Lei n. 11.107/05, que no art. 1º enfatiza sobre a possibilidade jurídica da união entre os entes federados para contratarem consórcios públicos, tencionando concretizar objetivos de interesse comuns, e no art. 2º da referida lei, encontra-se que, da junção entre os entes constituir-se-á uma “associação pública ou pessoa jurídica de direito privado”, que em regra atuará na consagração conjunta de suas competências comuns especificadas no art. 23 da Carta Política.

Dispositivo este, que expressa no inciso VI, a promulgação do dever em “[...] proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”, já no inciso VII, traz a competência pela *preservação das florestas, fauna e flora*, adiante, no inciso VIII, esculpe a obrigação de “[...] fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar”, por fim, no inciso XI, anota a necessidade de “[...] registrar, acompanhar, fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios”, ambas as diretrizes enfatizando sobre a importância basilar que o meio ambiente possui, em virtude de compreender uma extensão à vida.

Acerca do assunto Rodrigues (2010, p. 59) retrata a importância de conceituar um Estado Federal:

[...] na medida em que o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo é uma das vigas mestras do sistema constitucional brasileiro, não podendo sequer ser alterado por emenda constitucional. Percebe-se que o princípio federativo está inserido na crise do Estado e não foi revisito a fim de se adequar à teoria do Estado necessária ao desenvolvimento do país. Logo, não houve uma revisão do conceito jurídico de federação, mas sim a constatação da simples adaptação política no sentido de fortalecimento do Poder central. Em consequência, há a rejeição do Federalismo como forma organizada política, por grande parcela da doutrina, no entanto, a noção jurídica de federação, como adiante se verá, sofreu em pouco mais de duzentos anos, modificações sucessivas.

Para Reverbel (2012, p. 16), o fenômeno do Federalismo em sua tridimensionalidade significa que o mesmo se divide em três espécies sendo a *fática*, que constitui os “[...] aspectos sociais apreendidos pela experiência vivida”, a *valorativa* que se refere à “atribuição de valor aos fatos, a verdadeira racionalidade, artificialidade, visando

corrigir e ajustar o curso das águas do fenômeno federalismo” e por fim, a forma *normativa*, que diz respeito aos “[...] aspectos sociais, atualizados por valores concretos que se ajustam à realidade, recebem institucionalização e secreção pelos sistemas jurídicos federais”, ou seja, as leis que regem tal sistemática. Desta feita, a análise federativa deve abordar estes três enfoques para obter uma visão completa do sistema.

Neste aparelho, os Estados unem-se para formar um único ente que corresponde à União, isto é, criam autonomia por meio do Estado Federal. Sobre esta soberania destaca Rousseau (2012, p. 55-56) que é inalienável e indivisível, posto que, “[...] não sendo senão o exercício da vontade geral, não pode jamais alienar-se e que o soberano, que é um ser coletivo, não pode ser representado senão por si mesmo; o poder bem pode transmitir-se, mas não a vontade.”

Por indivisível, depreende-se que “[...] a vontade é geral ou não é; é a de todo o povo ou apenas de uma parte. No primeiro caso, esta vontade é declarada, é um ato de soberania e faz lei. No segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura; é um decreto não mais.” (ROUSSEAU, 2012, p. 57).

Ocorre que por meio do Federalismo o poder pode se descentralizar de uma maneira mais conveniente ao povo, organizando-se em três poderes sendo Executivo, Judiciário e Legislativo.

Não é bom que aquele que faz as leis as execute, nem que o corpo do povo desvie a atenção dos problemas gerais, para dá-la a objetos particulares. Nada é mais perigoso que a influência dos interesses privados nos negócios públicos e o abuso das leis pelo governo é um mal menor que a corrupção do legislador, conseqüência infalível dos problemas particulares. Sendo então o Estado alterado na sua substância, toda reforma se torna impossível. Um povo que não abusaria jamais do governo, também não abusaria da independência; um povo

que governaria sempre bem não teria necessidade de ser governado. (ROUSSEAU, 2012, p. 117).

Neste sentido, o ponto basilar do Federalismo compreende esta divisão de poderes, que juntos, guardam a integridade Estatal.

Ademais, revela Costa (2009, p. 25) que no viés do constitucionalismo moderno, “[...] o instituto político da separação de poderes [...] sempre se revelou como uma estratégia em busca de estabelecer, por meio do enfraquecimento do poder, o espaço necessário à garantia dos direitos individuais.”

É deste entendimento que resplandece o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, elucidando que, “[...] qualquer sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação de poderes é determinada, não tem constituição.”

Neste approach Montesquieu (2000, p. 202) enfatiza em concordância com Rousseau:

A liberdade política é essa tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua própria segurança; e, para que se possua essa liberdade, é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer a um outro. Quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder, não poderá existir liberdade, porque se poderá temer que o mesmo monarca, ou o mesmo senado, criem leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Não existirá também liberdade, quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria o legislador. E se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

Ou seja, esta separação entre os poderes é essencial. Outrossim, no enfoque de Dallari (2008, p. 39), o Federalismo adentrou no Brasil por meio da Constituição de 1891, originando o modelo de governo República, momento em que o poder se dividiu em Províncias, tornando-se, posteriormente, Estados e originando assim, a separação de poderes acima definida.

No entanto, Rodrigues (2010, p. 105) afirma que esta sistemática emergiu ainda antes da referida Constituição, sendo construído aos poucos no transcorrer do tempo.

No que tange ao modelo americano, este modelo de organização formou-se por agregação, onde os Estados Soberanos desistiram deste arquétipo, unindo-se em um único Estado Federal, gozando de autonomia indissolúvel e única.

Já no caso do Brasil, este modelo ocorreu por desagregação, instante em que o Estado unitário descentralizou-se, formando uma repartição de competências entre institutos federados autônomos.

O exemplo brasileiro permite aos seus entes a criação de suas próprias Legislações, cujas quais sofrerão um controle constitucional *a posteriori*, visto que as leis do ordenamento jurídico se respeitam conforme sua hierarquia, desta forma, a Lei Municipal segue a Lei Estadual que segue a Lei Federal, e cada qual cria a sua própria legislação sem submeter-se a interferências alheias, a não ser nos casos de afronta a norma maior.

Este modelo de organização permite uma maior proximidade entre a sociedade e os entes públicos, fazendo com que o governo veja com mais clareza as necessidades locais podendo supri-las em sua completude.

Salienta-se que o Federalismo brasileiro é cooperativo, por atuarem em conjunto.

Ressalta-se que a forma federativa do Estado é cláusula pétreia em conformidade com o art. 60, § 4º, inciso I da Carta Política, “[...] art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante propos-

ta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado”, assim sendo, este padrão compreende a pedra basilar para a construção do Estado Democrático de Direito nacional, e como base, não pode ser removida.

3 O CONSÓRCIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DO FEDERATIVISMO COOPERATIVO EFETIVANDO POLÍTICAS PÚBLICAS DE NATUREZA AMBIENTAL

Ocorre que a Carta Política de 88 é analítica, o que sugere dizer que a mesma trata apenas dos assuntos basilares para a formação e funcionamento do Estado, assim sendo, o conceito de consórcio público findou por não ter alcançado definição legal, nem na Carta Magna nem na Lei n. 11.107/05, deixando tal função para a doutrina.

Assim Carvalho Filho (2012, p. 225) define consórcio público como sendo um negócio jurídico plurilateral de direito público, onde se prioriza a cooperação mútua entre os contratantes, podendo até mesmo ser considerado como multilateral, ao que o mesmo enfatiza:

Constitui negócio jurídico, porque as partes manifestam suas vontades com vistas a objetivos de natureza comum que pretendem alcançar. É plurilateral, porque semelhante instrumento admite a presença de vários pactuantes na relação jurídica, sem o regime de contraposição existente nos contratos; por isso alguns o denominam de ato complexo. É de direito público, tendo em vista que as normas regentes se dirigem especificamente para os entes públicos que integram esse tipo de ajuste. Retratam cooperação mútua, numa demonstração de que os interesses não são antagônicos, como nos contratos, e sim paralelos, refletindo interesses comuns.

Por consequência, *os consórcios públicos compreendem negócios jurídicos plurilaterais de ação conjunta*, porquanto, pode ha-

ver vários pactuantes, com interesses comuns, formados pelos entes federados, ou com entidades privadas.

Desta feita, no instante em que se coadunam apenas com entes federados, passam a ser pertencentes às normas do Direito Público, constituindo uma associação pública, em conformidade com o art. 6º da Lei dos Consórcios Públicos, integrando a administração indireta, gozando então, de todas as especialidades inerentes aos entes públicos.

De outra forma, sempre que há a participação de instituição privada, os consórcios públicos passam a reger-se pelas leis do direito civil, respeitado a previsão do art. 6º, § 2º da respectiva lei que define:

Art. 6º-O consórcio público adquirirá personalidade jurídica: I - de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; II - de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil. § 1º-O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. § 2º-No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Ocorre que conforme o art. 1º, § 1º concomitante com o art. 6º, os consórcios públicos adquirem personalidade jurídica o que facilita sua fiscalização e responsabilização.

Assim, via de regra, os consórcios serão regidos pelo direito público, salvo, quando houver participação privada, quando, então, serão aplicadas as normas civis.

No entanto, independente de sua natureza jurídica, o consórcio goza de privilégios legais, estabelecidos no art. 2º da Lei em comento:

Art. 2º-Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais. § 1º-Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá: I - firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; II - nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e III - ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

Na casuística em espécie não existe diferenciação entre consórcios, convênios e contratos, no entanto para a parte doutrinária consórcios e convênios se distinguem devido ao fato de que nos convênios existem interesses paralelos ou convergentes, e nos consórcios há a conjugação de interesses, nesta espécie não se fala de partes, mas de partícipes compartilhando objetivos.

Ademais, Medauar e Oliveira (2006, p. 50) estabelecem que a formação deste negócio jurídico ocorre através da formação de um contrato, com efetivação de protocolo de interesses entre os associados, devendo ser ratificado mediante lei por todos os participantes.

Este entendimento possui firmação, também, no art. 241 da CF/88, que retrata:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes

federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

As vantagens neste acordo de vontades são inúmeras, dentre elas, se destacam a distribuição de recursos para o planejamento, programação e execução de pretensões comuns, a formação ou fortalecimento de vínculos existentes, visando à conjugação de esforços como meio de atender as necessidades coletivas, melhor aproveitamento de recursos humanos, financeiros, tecnológicos e orçamentários.

Portanto, esta espécie de negócio visa consubstanciar interesses comuns, respeitando a individualidade e interesses de cada ente através de uma ação conjunta em cooperação de objetivos e atos.

Toda atividade de oferecimento de uma utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo o por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELLO, 2011, p. 687).

Para um serviço público ser objeto de consórcio público emerge a necessidade de dois elementos básicos, que compreendem a capacidade de trazer *bem-estar* à sociedade e sua *submissão a um regime de direito público*, assim o consórcio torna-se responsável pela efetivação deste serviço considerando suas atribuições conforme estabelecido no acordo, momento em que sua área de atuação estará ligada aos limites geográficos do ente conveniado (no município a área será a municipal, em um estado será a estadual etc.).

Neste enfoque, Meirelles (2005, p. 395) destaca que “[...] com essa cooperação associativa das municipalidades reúnem-se recursos financeiros, técnicos e administrativos que uma só prefeitura não teria para executar o empreendimento desejado e de utilidade geral para todos,” cuidando dos interesses locais e objetivando a redução de gastos.

Nada obstante, Durão (2007, p. 116) enfatiza como vantagens a redução de gastos e trabalhos ociosos, a promoção eficaz serviços comuns, a programação de orçamentos de forma mais racionalizada, a facilidade na prestação de contas e o estabelecimento de uma relação sadia entre os entes.

Salienta-se que o serviço precisa ser de natureza pública, estando em alinhamento com os vértices constitucionais de cada ente.

Neste enfoque para a execução de um consórcio há a necessidade de estabelecer um planejamento com a identificação do objeto, os objetivos pretendidos, um plano de ação para os recursos financeiros, a vigência deste consórcio e o compromisso a ser estabelecido entre os entes consorciados.

Por defluência constata-se que são inúmeras as possibilidades de atuação dos consórcios públicos, sendo que seu poder de persuasão e de eficácia se torna maior frente à junção de outros entes por um mesmo objetivo, facilitando a aceitação e a materialidade de suas políticas públicas no núcleo social.

Por decorrência vem expresso no art. 23, inc. VI, VII e XI da Carta Política a competência comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios para, “VI- proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII- preservar as florestas, a fauna e a fauna, XI- registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.”

Este artigo possui fomento no art. 24 incs. VII e VIII do mesmo dispositivo legal, os quais disciplinam a competência comum em

legislar acerca da “VII- proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII- responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

Fato este que torna inegável o incentivo do constituinte originário na direção de buscar a proteção e a restauração do meio ambiente, inclusive, por meio de consórcios públicos.

A temática ambiental é de suma importância em vista de tratar-se de um tema amplo que requer cuidados rigorosos por se referir a recursos finitos e essenciais para a vida humana, recursos estes que se encontram a ponto de esgotar-se devido ao consumismo desregrado da sociedade.

Este pensamento descortinado acerca da questão ambiental é que alicerça o pensamento ambientalista, pois a degradação ao invés de estar sendo controlada encontra cada vez mais adeptos a multiplicá-la.

Na seara de políticas públicas o cuidado com o meio ambiente vem formando fortes adeptos e pesquisadores, conscientes da realidade social e da importância ímpar que este bem possui no núcleo social. Neste sentido Milaré (2011, p. 112) destaca:

Ao mencionar o perigo que corre o *homem* e o *planeta Terra*, [...], despontava uma questão instigante: qual das duas entidades deve ser salva em primeiro lugar? A parte ou o todo? Ou existiria uma espécie de solidariedade e cumplicidade entre ambos para se preservarem mutuamente? A qual dos termos caberia a prioridade: à família humana ou ao ecossistema planetário? Enfim, como considerar esta alternativa, no âmbito do Direito?

É de conhecimento geral que a sociedade se desenvolve à custa dos recursos naturais. Ao que parece o homem não se conscien-

tizou acerca da finitude dos bens naturais para atender as necessidades infinitas de uma geração consumista.

De um lado tem-se a globalização e o crescimento a qualquer custo, de outro para a sustentabilidade, fundamentada no desenvolvimento social conjunto à preservação dos recursos naturais.

Isto desencadeia um confronto teórico e prático, na busca de descobrir qual o ponto seria primordial: a satisfação de um consumismo imoderado ou a busca pela sobrevivência da espécie humana e a salvação de todo o Planeta?

No transcorrer do tempo, em vista das degradações inegáveis e dos resultados de degradação irrecuperáveis, a coletividade vem abrindo-se para a ideia de respeito ao meio ambiente e a visão antropocêntrica vem dando vida a uma vertente ecocêntrica, assim o homem vem abandonando a ideia de ver-se como o centro do universo, para adequar-se ao seu lugar como um ser habitante e agente do globo terrestre tal como os demais.

A visão antropocêntrica no olhar de Milaré (2011, p. 114) torna-se um malefício, pois faz do homem um ser grande demais em um mundo que o próprio é simplesmente um ser dependente e frágil.

A ética ambiental tem firmado posição, e enraizado seus preceitos na órbita jurídica e fática.

Sendo o direito à vida irrenunciável e inalienável, nada mais natural que o homem pretenda valorizá-la. Desta forma, como o meio ambiente consiste em um reflexo das ações das pessoas, devolvendo ao homem somente o que recebe do mesmo, influenciando diretamente em suas vidas, não há óbice para que o homem passe a respeitar, proteger e restaurar este bem, sob pena de negar-se aos preceitos constitucionais e a fruição de uma vida com dignidade.

Ademais, vem esculpido no art. 5º da CF, nas vestes de cláusula pétrea, a vida como o bem maior, bem como no art. 1º inc. III tem-se a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o que resulta no fato de que a vida seria

insuficiente se não fosse pautada em um mínimo existencial, que garante aos seres humanos mais que o direito a não sucumbir, mas o direito a uma vida plena.

A qual apenas será possível através da fruição de um meio ambiente sadio e equilibrado, posto que este bem atua diretamente sobre a vida dos seres humanos, influenciando de forma imperativa, emergindo no solo pátrio como expressão da própria vida.

3 A GESTÃO PÚBLICA ASSOCIADA DE FORMA A PROMOVER A SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Nada obstante, consciente da propriedade, unicidade e fundamentalidade deste bem é que a gestão pública tem se coadunado para promover a sustentabilidade ambiental. Neste sentido, Milaré (2011, p. 60) destaca que:

Em nossa posição de espectadores e estudiosos da Questão Ambiental como ela se apresenta hoje, antes que se abram as cortinas do cenário mundial, podemos levantar duas hipóteses para alcançarmos uma visão razoável da realidade. Uma: o mundo é plano e linear e o meio ambiente, que procuramos abranger, tem 360 graus; não podemos vê-lo de um relance, será preciso dividir essa circunferência em ângulos menores e girar à volta, ao alcance de nossos olhos: será sempre uma visão fragmentada. Outra: o mundo é esférico, tridimensional, e com maior razão não poderemos contemplá-lo porque muitas de suas faces, em latitude e longitude, nos estarão invisíveis, inatingíveis, e a fragmentação é inevitável, da mesma forma. Conclusão: é impossível vermos, contemplarmos, abarcarmos a Questão Ambiental em todas as suas dimensões, de maneira plena e satisfatória.

Assim, se fosse efetuada uma gestão visando o bem-estar e a recuperação do meio ambiente, através de uma política pública

de consórcio, isto possibilitaria uma ação intensa e direta sobre seus malefícios, instante em que cada ente, dentro de seu setor de competência apresentaria sua visão problemática unindo esforços para um agir mais localizado e próximo, resultando em uma ação completa e substantiva.

Para Milaré (2011, p. 60) a visão do meio ambiente é setorial, e parcial, pois os cenários modificam-se continuamente devido as ações humanas que muitas vezes demoram a surtir efeitos. Se esta visão pudesse ser espacial, isto aumentaria as chances de uma política pública regional ser efetiva.

O que enfatiza a necessidade de os municípios participarem destas políticas, e de incluírem a temática ambiental em suas gestões, já que além de uma necessidade para a sobrevivência, a mesma, compreende uma competência Constitucional.

Assim, o meio ambiente é tudo o que nos envolve e com o que interagimos. É um universo de certa forma inatingível. Uma visão de 360 graus a nossa volta seria já uma superação de nós mesmos, se pudéssemos alcançá-la. E convém lembrar que o conhecimento é um processo discursivo e acumulativo para o qual necessitamos de atualização, ajuda e complementação. Por isso, nós nos associamos uns aos outros como átomos do saber, na tentativa de compreender o mundo que nos cerca. De certo modo, aquele que conhece (sujeito) tem de identificar-se com o que é conhecido (objeto). É preciso que nos identifiquemos *com* o ambiente e *como* parte dele. (MILARÉ, 2011, p. 61).

Ocorre que a realidade ambiental é mutante, apresentando desafios e peculiaridades, assim, emerge como primeira necessidade o conhecimento sobre a área onde o consórcio público iria atuar, de maneira a aproveitar ao máximo suas necessidades e possibilidades de ação, quanto mais próxima fosse feita a análise, mais efetiva ela seria.

É necessário que os entes públicos acompanhem a visão preocupada do homem com relação ao meio ambiente, possibilitando um agir conjunto em sua proteção e recuperação, de forma que ambos reconheçam seus limites para poder agir sobre ele e restaurá-lo.

Há um estímulo forte para aderir a este pensamento, basta querer a sobrevivência planetária, como declara Milaré (2011, p. 62-63).

É com o objetivo de atacar as necessidades iniciando pela supressão das necessidades regionais e setoriais que a Polícia Militar Ambiental de Santa Catarina criou o programa Protetor Ambiental (Proa), no ano de 1999, que até então formou 6.300 protetores ambientais.

Este programa, criado através de um convênio entre os municípios e o estado catarinense, direciona-se com base nos princípios do Programa Nacional de Educação Ambiental (Pronea), visando inserir os jovens na educação ambiental, promovendo um resgate de valores sociais e plantando no solo pátrio uma cultura sustentável, por meio de atividades teóricas e práticas.

Na circunscrição do Município de Chapecó, SC, atua o 5º Batalhão de Polícia Militar Ambiental, auxiliando na promoção da educação ambiental, por meio do programa Protetor Ambiental, o qual compreende um convênio entre os entes públicos e privados, onde professores colaboradores podem atuar gratuitamente levando educação e informação ambiental para adolescentes em idade escolar (12 a 16 anos).

Trata-se de um exemplo de política pública desenvolvida pela Polícia Militar Ambiental, onde os alunos são direcionados para o lado ambientalista, sendo conscientizados sobre as necessidades ambientais, a finitude deste bem e sua essencialidade para a vida humana.

No que tange a instituição militar ambiental Dezordi (2006, p. 21) destaca que a mesma emergiu em solo nacional baseada em convênios (com a FATMA, o IBAMA, o Ministério Público e o Judiciário), visando agir administrativamente em conjunto destes órgãos “[...] na esfera dos procedimentos administrativos (utilização de au-

tos de infração, termos de embargos, termos de apreensão, etc., oriundos daqueles órgãos), bem como ações de educação ambiental, buscando a conscientização da comunidade para a necessidade de preservação e/ou proteção ambiental”, visando dar efetividade as leis ambientais.

Assim, o programa não é uma novidade, mas uma política de ação desta corporação, pretendentes a dar concretude as suas prerrogativas. No que tange ao programa, os alunos são disciplinados pelos policiais militares ambientais, fardados e com conhecimento técnico específico para isto, e por demais professores relacionados à área, os quais dão materialidade ao plano de ensino destes jovens.

O ingresso destes alunos se dá através de provas, instante em que participam alunos de todos os âmbitos (urbanos e rurais), de todas as classes e raças, possibilitando a realização de uma troca de conhecimento entre os discípulos.

As turmas são formadas por 25 alunos e o curso possui a durabilidade de um ano. As aulas são ministradas conforme as necessidades destes jovens, especialmente sobre a matéria ambiental, iniciando na esfera jurídica e passando pela ótica ambiental e ética, oferecendo um resgate de valores e uma aproximação entre a instituição militar e a sociedade, dando efetividade às leis ambientais através de atividades teóricas e práticas, despertando o senso crítico destas pessoas, ensinando-as a resolverem suas problemáticas cotidianas dentro dos limites legais.

O 2º Batalhão de Polícia Militar Ambiental de Chapecó, SC, desde a implantação do programa (ano de 2006) formou 12 turmas de alunos (300 alunos).

O programa Protetor Ambiental compreende um exemplo de ação do poder municipal consorciado ao poder estatal, se materializando em um programa de extensa atuação, desenvolvido com seriedade, objetivando formar cidadãos pensantes, construtores de uma nova sociedade, conscientes de que da formalidade da lei escrita

para sua materialização há um longo caminho que precisa ser percorrido, e estes alunos recebem instrução e ferramentas para poderem percorrer este caminho seguros.

Os alunos formados pelo programa possuem a capacidade de estar atuando voluntaria e gratuitamente junto ao 2º Batalhão de Polícia Militar Ambiental de Chapecó, SC, auxiliando no ministrar e no desenvolver das aulas, dentro de suas possibilidades, como por exemplo, ajudando a organizar feiras, seminários e demais eventos abertos ao público promovido pela instituição.

4 DEFINIÇÕES CONCLUSIVAS

O respectivo manuscrito tratou de um tema de suma relevância, de tal forma que o constituinte originário o esculpiu em diversas passagens constitucionais, ou seja, o meio ambiente como extensão ao direito à vida.

Instante em que o artigo se desenvolveu sob a ótica do desenvolvimento de um federalismo cooperativo, abordando sobre suas definições jurídicas e doutrinárias e seus pontos fortes para a efetivação de políticas públicas, dentre as quais, a educação ambiental.

Nada obstante, foi analisado os consórcios públicos sobre o olhar da confecção de um acordo de vontades entre os entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pretendendo dar efetividade aos preceitos ambientais.

Desta feita, devido à extensão dos riscos evidenciados pelo meio ambiente, se propôs a realização de consórcios que envolvessem principalmente os Municípios, o que ocasionaria uma visão mais específica e próxima (regional, localizada), facilitando o encontro e a aplicabilidade de soluções, atuando a partir de pontos fragmentados, para o total.

Diante disso, citou-se como exemplo o convênio público realizado entre o estado Catarinense e seus municípios, que objetiva dar efetividade às leis e a educação ambiental, resultante no programa

Protetor Ambiental, realizado através da Polícia Militar Ambiental e outros órgãos públicos e privados (incluindo os municípios).

Este programa busca atuar nos jovens desde a mais tenra idade como meio de implantar valores, e construir uma sociedade pautada na legalidade e na sustentabilidade, uma comunidade composta por jovens pensantes e atuantes, conscientes de seus direitos e deveres como cidadãos.

O programa tem alcançado um nível excelente de efetividade, tanto que desde sua implantação (ano de 2006) na região (do município de Chapecó) até a atualidade (ano de 2016) formou 300 protetores ambientais, cujos quais, saem dos cursos com conhecimento e maturidade suficiente para solucionarem seus problemas pautados na legalidade e com consciência acerca do imperativo de construir um sustentável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 dez. 2014.

BRASIL. *Lei n. 11.107*, de 06 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>. Acesso em: 19 dez. 2014.

COSTA, José Armando da. *Controle do ato disciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. República e Federação no Brasil. *CADERNOS Adenauer IX 20 anos da Constituição Cidadã*, n. 1, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008.

DEZORDI, Sadiomar Antonio. *Competência da Polícia Militar de Santa Catarina como autoridade policial para efetuar a lavratura do termo circunstanciado na esfera ambiental*. 2006. Monografia (Bacharelado em Segurança Pública)-Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

DURÃO, Pedro. *Convênios & Consórcios Públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.597, de 03.01.12. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios Públicos: comentários à Lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. rev. e atual. até a EC 68, de 21.12.2011. Belo Horizonte: Malheiros, 2011.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. Doutrina, jurisprudência e glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTESQUIEU, Charles. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral; comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O Federalismo numa visão Tri-dimensional do direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.). *Con-sórcios Públicos: Instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi. *O federalismo e o desenvolvimento nacional*. Porto Alegre: Ed. UniRitter, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios de direito político*. Tradução J. Cretella Junior e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES GLOBAIS: ENTRE A FRAGILIDADE E A OPORTUNIDADE DA REGULAÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS

Paulo Junior Trindade dos Santos*
Wilson Engelmann**
Cristian Wittmann***

RESUMO

Este ensaio teórico busca identificar novos instrumentos de efetividade dos Direitos Fundamentais nas relações globais, considerando fragilidades e oportunidades quando da regulação dos diferentes aspectos da nanotecnologia. Apoiando-se em uma matriz epistemológica pragmático-sistêmica e no método construtivista, este artigo se divide em três grandes temas. Inicialmente aborda-se o modelo clássico de observação da Política e do Direito enquanto comunicações exclusivas do Estado em meio a sua soberania territorial, o que influencia diretamente sua forma de regulamentar os diferentes temas da sociedade. O segundo tema diz respeito a situação regulatória global e um novo paradigma às relações sociais e jurídicas, especialmente a partir a desconexão entre o Direito e o Estado quando das relações

* Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Pesquisador/Investigador Jurídico nas áreas de Direito Público com ênfase em Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional, Direito Processual Civil, Direito Privado com ênfase em Direito Civil e sua Contemporaneidade, Constitucionalização do Direito e Filosofia do Direito; pjtrindades@gmail.com

** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Avenida Unisinos, 950, Cristo Rei, 93022-000, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil; wengelmann@unisinos.br

*** Doutorando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor de Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* na área do Direito e em Gestão Pública; cristianwittmann@gmail.com

globais. Ambos capítulos servem de abordagem introdutória à apresentação dos programas de *compliance* como novos instrumentos, compatíveis com a policontexturalidade da sociedade global, para a regulação dos diferentes aspectos relacionados com as nanotecnologias. Apresentam-se exemplos de regulação autônoma de Direitos Fundamentais por organizações privadas, justificando a compreensão de que os mecanismos privados, autônomos e voluntários de conformidade, em conjunto com a estimulação dos entes estatais, podem auxiliar para uma efetividade dos Direitos Fundamentais relacionados com a nanotecnologia na sociedade global, não mais internacional. Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Nanotecnologia. Programas de *Compliance*.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio científico insere-se na qualificação da observação jurídica no cenário contemporâneo marcado pelos desafios da massificação por relações transnacionais, globais seja na produção de tecnologias, na regulação dos aspectos da vida dentre vários outros setores. Essas relações hoje não contemplam a atuação exclusiva dos Estados nacionais, mas sim pela crescente presença das organizações internacionais, empresas e organizações não-governamentais por exemplo.

Metodologicamente apoia-se na matriz epistemológica pragmático-sistêmica (ROCHA, 1998, p. 96) e no método construtivista a partir da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. O propósito deste artigo é investigar as limitações e oportunidades de efetividade regulatória dos direitos fundamentais nas relações transnacionais em volta à nanotecnologia, especialmente em se tratando de uma perspectiva que permite observar novos instrumentos de regulação em concorrência com os de regulamentação dos Estados nacionais.

Propõe-se a estrutura de três tópicos no capítulo de desenvolvimento, além desta introdução e da conclusão onde serão elen-

cados os resultados deste estudo. No primeiro capítulo analisar-se-á a relação de regulação que o Estado propõe quanto aos direitos fundamentais e sua ausência quando da nanotecnologia, sendo o segundo aquele que demonstra as relações para além do Estado - ou seja, aquelas que se desprendem do ente público e desenvolvem-se em meio aos fragmentos da sociedade global. Já o terceiro e último tópico de desenvolvimento abordará não somente as dificuldades de efetividade do modelo tradicional de direitos fundamentais regulamentado pelo Estado como também apresentar instrumentos de regulação de setores que englobam possibilidades de garantia e eficácia de direitos fundamentais.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 REGULAMENTAÇÃO, ESTADO E DA AUSÊNCIA QUANDO DAS NANOTECNOLOGIAS

Muito tem-se discutido sobre a relação entre o Estado e os Direitos Fundamentais. Da mesma forma que vários são os estudos acerca das crises do Estado. Têm sido contundentemente apontadas crises no âmbito conceitual, estrutural - também envolvendo a crise fiscal, ideológica e filosófica, a crise institucional, funcional e política (MORAIS, 2001). Todavia, paradoxalmente, o Estado segue funcionando e mantendo funções e monopólios como é o caso do uso legítimo da força para, inclusive, proporcionar a efetividade dos Direitos Fundamentais. Parece que as reconhecidas crises que passa o Estado são crises de percepção, especialmente em relação às atividades que historicamente desempenha, mas que hoje adquirem uma roupagem diferenciada própria do processo de globalização (ENGELMANN, 2005).

Não se pode desprezar os mais variados benefícios que a modernidade proporcionou. Do ponto de vista da teoria do Estado e da Constituição a secularização tornou-se um grande feito, da mesma

forma que a concepção constitucional permitiu uma dissociação do jurídico do político. Além disso há uma grande conquista relacionada ao território e monopólio do Estado sobre ele como Beck (1999, p. 18) indica, ou seja, “o Estado nacional é um estado territorial, isto é, seu poder está baseado no vínculo com um determinado espaço (no controle sobre associações, determinação das leis vigentes, defesa das fronteiras etc.).”

Tal forma de observação se reflete, necessariamente, em como o Estado sempre exerceu suas atividades quando da regulação dos interesses coletivos. Nesse contexto cabe lembrar os conceitos clássicos que sempre envolveram a atuação do ente público, ressaltando a sua característica principal, ou seja, o monopólio da função administrativa quando da regulação social. Imperava nesta época a então separação entre duas esferas dicotômicas que acabaram por serem exacerbadas no decorrer da história do Estado Moderno: a separação entre sociedade e Estado que tem a repercussão jurídica na separação entre as esferas do Direito Público e Direito Privado. Essa dicotomia contrapõe dois modelos de Direito. Uma que concebe o sistema como um conjunto de normas de conduta e a outra que concebe enquanto instituição capaz de se organizar. Para dar sentido a tal dicotomia/distinção torna-se essencial perceber as normas de conduta como sendo aquelas que coordenam os fins individuais e as demais normas como aquelas capazes de coordenar um fim coletivo dos diferentes partícipes (BOBBIO, 2007).

Nenhuma das formas de Estado - seja liberal, social ou contemporâneo - traz consigo uma qualificação da observação social que identifique possibilidades de diferentes modelos de regulações efetiva e eficaz. Ao mesmo tempo em que é desacreditada a tendência do constitucionalismo liberal de ignorar a sociedade civil, o modelo de bem-estar social se identifica como o regulamentador de todas as áreas da sociedade. Em ambas as situações há uma subestimação da autonomia dos sistemas e organizações.

A influência desses direitos do monopólio do Estado no tratamento dos mais diferentes assuntos é marcante e não seria diferente no que tange os Direitos Fundamentais. Canotilho (1993, p. 283-284) defende que o estudo dessa categoria deve estar restrito aos vigentes na ordem constitucional. Mais, reforça a exclusividade ao indicar que o local da incorporação jurídica destes preceitos é a Constituição fazendo, outrossim, a clássica distinção entre direitos naturais e Direitos fundamentais a partir da positivação no ordenamento legal:

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exato desta positivação jurídica é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo.

Estes direitos têm tamanha importância a ponto de serem concebidos enquanto direitos subjetivos públicos. Tratam-se de direitos que visam a proteção integral dos cidadãos diante do Estado, base esta, consagrada na passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direitos, assim como corrobora Gilmar Mendes (2007, p. 114):

Os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, isto é, como direitos dos cidadãos em face do Estado. Se se considerar que os direitos fundamentais são *prima facie* direitos contra o Estado, então parece correto concluir que todos os Poderes e exercentes de funções públicas estão diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos e garantias fundamentais.

Compreende Alexy (2000, p. 31) que existem três razões para a necessidade de transformação dos direitos humanos em direito positivo: “*el argumento del cumplimiento, el argumento del conocimiento y el argumento de la organización*”. Forçar o cumprimento, dar a publicidade e o conhecimento legítimo ao mesmo tempo que organiza os esforços do Estado para cumprir com este programa.

Tais ideias não podem se dissociar da compreensão de soberania e regulamentação - que surgem umbilicalmente com a concepção territorial e política do Estado moderno. De uma ligação direta com a pessoa do monarca, o conceito de soberania tem sido lapidado no decorrer da história. O conceito na modernidade trouxe reconhecidamente duas grandes consequências territoriais, uma interna e outra externa. No primeiro aspecto identifica-se o monopólio, a exclusividade, do uso legítimo da força (*lato sensu*) enquanto que do ponto de vista exterior o respeito e independência frente aos demais Estados nacionais. Monopólio e diversidade na diferenciação territorial. Esse uso da força também diz respeito ao regulamentar condutas, garantias. Nesse aspecto vale a referência a Alain Supiot que classifica enquanto regulamentação aquela promovida na sociedade e organizações de maneira externa, ao passo que regulação diz respeito a fazer com que se observe o funcionamento e equilíbrio homeostático da sociedade ou organização. Nas palavras do filósofo: “[...] regulamentar é ditar regras do exterior, ao passo que regular é fazer que se observem as regras necessárias ao funcionamento homeostático de uma organização.” (SIPIOT, 2007, p. 159).

A decisão jurídica, seja para impor ou para induzir comportamento, sempre tem como marcante o elo constitucional. A Constituição sempre foi um instrumento relevante na sociedade, servidor historicamente como sendo um mecanismo de acoplamento entre o Direito e a Política. Dentro dessa perspectiva é que ela tem marcado a retroalimentação entre ambos sistemas, onde o código operativo

de um passa a ser relevante para o outro como aponta Neves (2012, p. 57):

A Constituição, por um lado, torna o código-diferença ‘lícito/ilícito’ relevante para o sistema político; isso implica que as exigências do Estado de direito e dos direitos fundamentais passam a constituir contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivamente vinculantes, inclusive na medida em que decisões majoritárias democraticamente deliberadas podem ser declaradas inconstitucionais. Por outro lado, torna o código-diferença ‘poder/não poder’ ou, em termos contemporâneos, ‘governo/oposição’ relevante para o sistema jurídico.

Percebe-se, desta forma, a importância da jurisdição constitucional para, nos moldes tradicionais, efetivar as garantias humanas traduzidas em fundamentais pela positivação na Carta Magna. Nesse escopo o papel do Poder Judiciário sempre foi ressaltado como sendo o guardião deste bem tão precioso como bem argumenta um dos representantes desta corrente tradicional e conservadora do Direito:

Também indiscutível se afigura vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais. Dessa vinculação resulta ao Judiciário não só o dever de guardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, em especial dos direitos fundamentais, seja nas relações entre particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares. (MENDES, 2007, p. 118).

Essa concepção vai ser traduzida na esperança da regulamentação dos diferentes aspectos relacionados às nanotecnologias, como a pesquisa, desenvolvimento, produção, comercialização e

uso sem olvidar de todos os riscos que decorrem de cada um desses momentos. Tais tecnologias, que remetem a década de 1950, “[...] prospectam a produção de objetos, equipamentos e produtos que estão aproximadamente em torno da escala de 1 a 100 nanômetros (nm), ou seja, 10^{-9} de ordem de grandeza.” (ENGELMANN, 2010, p. 299). É importante frisar que “las diferencias entre microtécnica y nanotécnica no residen en el tamaño sino en las propiedades físicas que cambian por la relación superficie-volumen del objeto” e é “[...] *en este cambio de propiedades es donde se definen las fronteras de la nanotecnología [...]*” (CASTAGNINO, 2014).

As diferentes utilizações possíveis das nanotecnologias são as mais variadas e, todavia, estão em desenvolvimento frente ao universo de incertezas que traz consigo uma nova ciência. Seu uso pode ocorrer das maneiras mais variadas: aplicações médicas, engenharia e nanopartículas, tecnologia da informação, produção e armazenamento de energia, cosméticos, aspectos militares e até na área alimentar (FORTUNATO, 2014).

Ao contexto apresentado ainda há de se considerar o surgimento de diversos riscos oriundos da nanotecnologia, nunca olvidando que o *risco* é um elemento decisivo na sociedade complexa (ROCHA et al., 2005, p. 36). As incertezas decorrentes das pesquisas e usos em nanotecnologias trazem consigo um grau de indeterminação acerca das suas possíveis consequências. Embora as substâncias em suas condições e estrutura em que normalmente são encontradas na natureza não trazerem qualquer impacto, quando em escala nanométrica tais substâncias têm suas características alteradas, chegando a serem explosivas (ENGELMANN, 2012).

Dentro de uma concepção tradicional, espera-se que o controle dos efeitos das nanotecnologias sejam responsabilidades do Estado - especialmente acerca das consequências e riscos advindos dessa categoria científica e tecnológica. Ressalta-se que os interesses na regulação podem ser os mais diversos já que este novo *campo*

científico congrega *interesses* os mais diversos. Existem aqueles que buscam incentivo financeiro para o desenvolvimento das pesquisas, outros querem ter garantias para a produção e comercialização enquanto que outros querem delimitar as áreas e riscos até chegar aos que, a partir dos riscos que pode apresentar, a aplicação da precaução e a consequente cessação das atividades com nanotecnologias - somente para relacionar poucos exemplos.

Levando em conta a clássica concepção do Estado como sendo o exclusivo guardião dos Direitos Fundamentais, necessária a atuação do mesmo na regulamentação das diferentes faces da nanotecnologia. Afim de buscar empiricamente respostas, pôde-se encontrar quatro projetos de lei federal - três oriundos da Câmara dos Deputados e outro do Senado Federal. O primeiro, de número 5076/2005 de autoria do Deputado Federal Edson Duarte (PV-BA) tinha o intuito de *dispor sobre a pesquisa e o uso da nanotecnologia no País, criar uma Comissão Técnica Nacional de Nanosseguurança - CTNano, instituir o Fundo de Desenvolvimento de Nanotecnologia - FDNano além de outras providências*, sendo arquivado na primeira Comissão parlamentar pela qual foi analisado.

A segunda proposta de regulação pela via legislativa foi tratada no projeto de número 131 de 2010 de autoria do Senador Tião Viana (PT-AC) que, ao propor alterar o Decreto-Lei n. 986/1969 e a Lei 6360/1976 determinaria o direito a informação ostensiva no rótulo do produto quando da comercialização de produtos relacionados com recursos nanotecnológicos. Foi, da mesma forma, rejeitado pelos impactos econômicos. A terceira iniciativa legislativa é o projeto de lei n. 5133 de 2013. Reflexo da iniciativa do Deputado Federal Sarney Filho (PV-MA), a proposta visa *regulamentar a rotulagem de produtos da nanotecnologia e de produtos que fazem uso da nanotecnologia*. Esta proposta ainda tramita na Câmara dos Deputados, tal como o mais recente projeto, também de proposta pelo Deputado Federal Sarney Filho (PV-MA): projeto de lei n. 6741, também de

2013. A iniciativa dispõe sobre a *Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos, bem como o uso da nanotecnologia do país além de outras providências*.

Embora muito se advogue pela incidência do princípio da precaução, também se advoga pela possibilidade do desenvolvimento desta tecnologia que pode beneficiar diferentes ramos de garantias sociais a exemplo da saúde em decorrência dos medicamentos e processos que podem vir a ser instrumentalizados a partir da nanotecnologia. Todavia a grande dificuldade de esta regulamentação produzir efeitos práticos na garantia dos Direitos Fundamentais reside na dificuldade de tratar os riscos e consequências globais a partir de concepções nacionais.

2.2 GLOBALISMO: PARA ALÉM DO ESTADO NACIONAL

Percebe-se com o exposto que existe uma tradição conceitual em associar as demandas ao Estado, ainda arraigado na concepção geográfica-territorial e no convívio do monopólio interno e da diversidade externa de regulamentação. Naturalmente a esfera externa foi sendo desenvolvida na tentativa de haver uma coordenação entre os Estados nacionais e/ou na busca de uma entidade que pudesse reunir o poder nesta esfera. Nesta senda a história tem a perspectiva da criação de uma constituição de uma sociedade mundial. Luhmann (1997, p. 67) afirma que nos dias atuais as questões que envolvem a palavra “internacional” não mais se referem a uma relação entre dois ou mais nações, mas tratam de problemas políticos e econômicos da sociedade global.

O fenômeno, que tem ocorrido, é a transferência sem qualificação das concepções do Estado moderno para a esfera global. Identifica-se, na Organização das Nações Unidas, mesmo sendo considerado o grande terceiro ausente (BOBBIO, et all, 2009), a senão difícil senão impossível, tarefa da produção de normas para uma

constituição cosmopolita: “[...] *in fact, nation-state constitutional conceptions are uncritically transferred to global relations, burdening the UN with the impossible task of producing norms for a cosmopolitan constitution, as if it were simply an inflated nation-state collective.*” (TEUBNER, 2012, p. 46).

Esse movimento de internacionalização retrata, na realidade, um processo de ampliação da comunicação dentre as já existentes fragmentações da sociedade global. Sob a ótica política ou jurídica, por exemplo, não há qualquer concretude em uma constituição da sociedade mundial, e sim o reforço das diferenciações em ambas as esferas. O resultado desse processo é a competitividade constitucional dentre os diferentes Estados, e não a unificação dentre eles:

Los procesos de constitucionalización de la política internacional en curso no ostentan un monopolio para una constitución de la sociedad mundial. Es la autonomización de las constituciones parciales de carácter global y su puesta en red con otras constitucionalizaciones globales y nacionales lo que produce la competencia constitucional. (TEUBNER; DIEZ, 2005, p. 1055).

Essa mesma compreensão se aplica a todas as áreas da sociedade. Não seria distinto no que toca aos Direitos Fundamentais como sendo um dos aspectos do sistema jurídico. Esses processos permitem a emergência de diferentes categorias de normas, aumentando a complexidade jurídica em meio a uma fragmentação até então não percebida. As normas de comércio internacional, as oriundas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e aquelas emergentes de regimes transnacionais identificam-se às funções regulatórias, e não necessariamente a funções constitucionais por si só. O crescente movimento da fragmentação somente gera uma concorrência entre entes soberanos e não uma cooperação, já que as novas categorias de

normas são observadas entre as áreas da opinião pública e decisões vinculantes.

Supiot (2007) entende que “[...] o Direito da concorrência ocupa o lugar de um Direito Constitucional na escala mundial, e as instituições internacionais do comércio disputam com os Estados o papel de Terceiro garante das trocas.” Complementa que há uma participação crescente de outros atores na formação da política do Estado sendo este considerando um terceiro, ou seja, “[...] a definição do interesse geral já não é privilégio do Estado, mas se torna o produto das relações de força entre interesses particulares. O Estado então já não é um Terceiro, mas uma parte interessada no ‘diálogo social’.” (SUPIOT, 2007, p. 193).

Com os novos contornos à soberania, ao Estado e à sociedade, não proporcionam a criação de um Estado global. A soma dos diferentes entes soberanos não gera um Estado global, mas somente uma comunidade internacional. A consequência deste fluxo comunicacional é a potencialização de um novo âmbito constitucional não mais ligado ao Direito Internacional tradicional, ou seja, desvinculado dos padrões modernos de territorialidade e centralidade no Estado. A manutenção do discurso em torno da exclusividade em torno de “sistema internacional” ou de “relações internacionais” não proporciona uma significativa qualificação da observação jurídica por não se desvincular dos pressupostos do Estado-nação.

Beck (1999, p. 44) lembra que o termo *globalização* não é somente a palavra mais usada, mas também abusada, enquanto permanece menos definida e mal compreendida dos últimos e próximos anos. Denomina-se aqui global a partir dos pressupostos de Gunther Teubner. O jurista alemão ao conceituar a ideia de ordem global busca superar a própria linguagem ‘internacional’ pelas suas relações entre o nacional e internacional e suas definições geográficas-territoriais ainda alicerçadas no Estado-nação. A eleição do ter-

mo demonstra-se adequada nas palavras do jurista alemão quando se refere a uma ordem jurídica global:

[...] o direito global (não: 'inter-nacional!'), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição de sistemas jurídicos nacionais. [...] esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-nações por determinadas características, que podem ser explicadas por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro lado, ele está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais. (TEUBNER, 2003, p. 11).

Por existirem diferentes termos para observar a contemporaneidade, bem como o uso de inúmeras conceituações propõe-se algumas esclarecimentos no escopo deste trabalho. Se *globalismo* designa o novo contexto do mercado mundial, globalidade aproxima-se com a compreensão de inserção em uma sociedade mundial enquanto conjunto das relações sociais. Nesse contexto a globalização, não exclusiva a uma área específica, significa os processos que, por meio de atores transnacionais, interferem nas bases do Estado, quais seja, a soberania, identidade, suas redes comunicacionais e possibilidades de exercício de poder. Por isso a dificuldade do modelo conservador de exclusividade do Estado está sendo colocado em xeque. A superação da concepção territorial não significa o engajamento para o *internacional*, mas principalmente a característica transnacional e global que os sistemas e organizações possuem e que, de outro lado, propõe desafios ousados para o Direito, para a Política e para a Economia à operacionalização de suas decisões e à consecutiva realização de suas funções.

Não relacionado diretamente nas discussões focadas na dicotomia entre *hard* ou *soft law*, a fragmentação jurídica demonstra claramente um desacoplamento entre o Estado e o Sistema do Direito. Novas formas vinculantes de solução de conflitos emergem no seio da sociedade global sem qualquer intervenção ou regulamentação estatal ocorrendo justamente o contrário do que se esperava de acordo com a corrente tradicional. Ou seja, somente após o desenvolvimento das novas redes de discurso jurídico é que o aparato estatal, nacional ou internacional, passa a se interessar e buscando regulamentar. Cresce hoje o reconhecimento de diferentes contextos de produção de discurso jurídico. As decisões de conflitos não são mais exclusivas aos tribunais nacionais e internacionais, mas também de uma plenitude de instâncias sociais de característica não política. Exemplos são os mais variados como é o caso de organizações internacionais, cortes de arbitragem, instâncias de mediação, comissões de ética, regimes contratuais dentre de muitos outros.

Quando determinada comunicação passa a operar a partir da disputa entre legal e ilegal a mesma está inserida dentro da concepção jurídica de sistema, e pelo tanto, há uma transformação de tal evento em um evento jurídico - seja um evento inicialmente econômico, social, religioso e científico como bem podem envolver as nanotecnologias. Justamente a eficácia social do Direito, enquanto sistema, depende da sua capacidade de refletir internamente com base em sua própria complexidade seletiva: “[...] a eficácia social do direito depende, entre outros fatores, da sua capacidade de reproduzir determinadas interações sociais, interna e seletivamente, como acontecimentos jurídicos, quando lhe são colocadas à disposição do seu ambiente, como condições marginais, ou da capacidade de se imunizar contra elas.” (TEUBNER, 2005, p. 31).

A efetividade da comunicação jurídica passa a se deslocar para a periferia do sistema, passando a confiar em estruturas supra-

nacionais e transnacionais de governança em detrimento da força historicamente legitimada pelo Estado.

2.3 LIMITAÇÕES E OPORTUNIDADES DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A necessidade de gerir de forma plural os riscos de uma maneira adequada a esta difusão de decisões em meio a sociedade aumenta justamente por abordar os riscos não mais produzidos pela sociedade industrial, mas sim riscos abstratos que possuem vinculação com a complexidade e incerteza científica - a exemplo da proporcionada pelas nanotecnologias. A gestão dos riscos decorrentes desta recente área científica impõe-se como necessária para resguardar a efetividade dos Direitos Fundamentais.

Levando em consideração as limitações da dogmática jurídica contemporânea de ainda ter como exigência a configuração do nexo de causalidade percebe-se da quase impossibilidade da responsabilização na atualidade por potencial risco futuro abstrato:

[...] por essa exata razão, não apenas é necessária a utilização da responsabilidade civil como instrumento de reparação de danos (e, indiretamente, prevenção), como ocorre em sua acepção clássica (teoria do risco concreto, como fundamento dogmático para a imputação objetiva), mas também como elemento jurídico de gestão de riscos ambientais (teoria do risco abstrato), com incidência anterior à ocorrência e efetivação dos danos ambientais, impondo o cumprimento de medidas preventivas ao agente (obrigações de fazer e não fazer). (CARVALHO, 2008, p. 121).

A relação de causalidade normalmente identificada pelo Direito quando da sua decisão não se coaduna com a gestão reflexiva e policontextual dos riscos. Torna-se primordial “[...] afastar-se da

causalidade e aproximar-se da circularidade construtivista [...]” de forma a viabilizar “[...] uma explicação reflexiva da decisão jurídica, ou seja, uma teoria não normativista da decisão jurídica.” (SILVA, 2012, p. 37-38).

Reflexividade também corrobora com a indução de condutas por parte dos demais sistemas. O direcionamento com base no Direito é possível seja a partir de uma comunicação normativa geral ou por atos jurídicos específicos e a consequente perturbação sistêmica orientada. Embora lembra-se que cada sistema orienta sua comunicação a partir da recursividade circular fechada de seus atos, e que é impossível a orientação externa desse funcionamento, o Direito pode irritar os demais sistemas provocando uma compatibilização de comportamentos:

Quando sistemas recursivos e auto-organizados pode realizar valores próprios, em razão de perturbações externas, então o direito pode tentar, por produção normativa geral ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível. (TEUBNER, 2005, p. 38).

Essa compatibilização recíproca de comportamentos proporciona também um maior sincronismo no paralelismo temporal. Veja que cada sistema possui sua complexidade interna completamente diferenciada do seu ambiente e demais sistemas, característica conhecida como *paralelismo temporal* - uma defasagem temporal. Tem-se, por conseguinte, o desafio de que o sistema jurídico operacionalize a seus processos sistêmicos, e logicamente de tempo, de forma a buscar um maior sincronismo em face da sociedade contem-

porânea. Esse contexto tende a ser promissor o quanto mais o Direito se conceber como sistema de regulação jurídica:

Assim, deparamo-nos com o problema mais complicado na determinação dos limites e chances, na linguagem da autopoiesis, isto é, da regulação jurídica: o ‘encontro’ de sistemas de regras e tipos discursivos numa querela (*différend*); o *acoplamento estrutural* de sistemas autopoéticos, ou seja, a *interferência* do direito e do campo regulado. (TEUBNER, 2005, p. 41).

A situação regulatória será mais efetiva quanto mais maleável for a comunicação, permitindo que organizações e sistemas ajustem mutuamente seus comportamentos de forma a produzir uma organização das expectativas de forma recíproca efetiva e duradoura. Trata-se de sincronizar, e não impor, comunicar e não mais ordenar, regular e não mais regulamentar.

Regular passa por reconhecer a autonomia da complexidade jurídica frente ao seu ambiente - seja a sociedade seja os demais sistemas parciais de comunicação. Reconhecer também que o Direito global, não mais *internacional*, somente vai possuir efetividade quanto mais se tornar reflexivo e compatível temporalmente com os demais sistemas e organizações sociais - sejam privadas ou públicas. A policontextualidade torna-se fundamental, já que as organizações empresariais não mais operam nacionalmente e sim “[...] procuram novas formas de organização de trabalho” e tampouco “[...] se contentam com a subordinação, já não querem trabalhadores somente obedientes” (SUPIOT, 2007, p. 154) da mesma forma que os consumidores como um todo não esperam mais que seus produtos e suas experiências tenham de ficar restritas a determinado território.

A emergência de normas globais, autoproduzidas por organizações privadas são um novo exemplo da contratualização do Direito a partir de centros e periferias. Historicamente as atividades de

atores privados têm sido reguladas pelos contextos jurídicos de cada Estado, todavia, cada vez mais os entes públicos possuem dificuldade de dar efetividade a regulação quando se trata de atividades transnacionais de empresas que atuam globalmente. Por tal motivo é que se torna cada vez mais importante buscar alternativas a partir da insuficiência do modelo atual de imposição de comportamento:

Global laws are regarded as self-regulations which are made by private actors. Essentially, the activities of private actors have been regulated by laws of each state. But, in certain fields, states or interstate organizations have some difficulty in regulating transnational activities caused by or involving private actors which are becoming more and more important in the global society. In such fields as economics, activities are essentially transnational. (KAWAMURA, 2012, p. 9).

Não se trata de uma compreensão liberal, ou neoliberal, de Estado e Direito, mas o reconhecimento do paralelismo temporal entre a sociedade e o sistema jurídico quando arraigado a uma observação de mínima complexidade. Com o exposto pode-se avançar para a problematização da ideia da consequente fragilização da soberania em torno da regulação global em torno dos limites aos avanços tecnológicos oriundos das nanotecnologias e seus riscos. Como cada sistema, organização, compreende distintamente cada fenômeno, pauta-se como problemática da regulação jurídica é como se pode dar, de forma qualificada, um aprendizado mútuo entre sistemas quando da comunicação jurídica: “[...] o problema de cada nova regulação jurídica é a questão aberta sobre o processo concreto de aprendizado com o qual a comunicação social adapta-se à comunicação jurídica e vice-versa.” (TEUBNER, 2005, p. 49).

Neste aprendizado mútuo não se pode olvidar o papel das empresas, especialmente pela característica transnacional associada

a elas, no gerenciamento dos riscos oriundos das nanotecnologias. Conforme mencionado anteriormente, o Direito tem de estar atento a sua característica policontextual e dessa maneira induzir o cumprimento voluntário por parte das empresas daquilo que o mesmo considera legal: “[...] a produção sistêmica de riscos e sua evolução adequada na empresa faz com que seja necessário um *gerenciamento* de risco (*risk management*) empresarial a longo prazo através da precaução e da adaptação.” (DIEZ, 2013, p. 16). A incorporação da boa-fé objetiva como padrão de comportamento/decisão, pública ou privada, torna a organização responsável, desde a etapa inicial, comercialização e após o uso - em especial no contexto brasileiro após a Constituição Federal de 1988: “Nesse contexto, forçoso retornar à análise da boa-fé objetiva como uma norma de conduta, um *standard* ou padrão ético-jurídico, consubstanciada através de uma cláusula geral que se inspira na lógica solidarista e personalista introduzida pela Constituição Federal.” (BORGES et al., 2014, p. 77).

Apostar na exclusividade do Estado para regular a sociedade já não encontra bases em uma sociedade e um Direito policontextual. Nesse contexto pode-se ver como oportunidade a gestão compartilhada dos riscos e conseqüentemente da efetividade dos Direitos Fundamentais. Um dos instrumentos que surgem são os programas de *compliance* - traduzidos no Brasil como programas de integridade, cumprimento ou conformidade. Tais programas surgem com enfrentamento aos escândalos corporativos de cunho contábil no final da década de 1980 e em 1991 passam a serem incentivados por legislações nacionais ao reconhecerem a empresas punições diferenciadas quando possuírem iniciativas efetivas para detectar e prevenir crimes (BIEGELMAN et al., 2008, p. 45-71).

Um assunto relevante acerca dos programas de *compliance* está relacionado com as perspectivas de responsabilidade - civil, criminal e/ou administrativa - das entidades quando de um (potencial) dano/crime a partir das suas atividades - ofensas às garantias funda-

mentais. No caso específico das nanotecnologias torna-se importante pensar a partir de um contexto amplo de cadeias de responsabilidade, onde existe desde o desenvolvimento científico, a produção de materiais específicos com eventual abastecimento de outras cadeias produtivas, a comercialização, bem como o uso e o descarte. Aumenta-se ainda a complexidade pela diversidade de atores que participam de cada etapa, a exemplo do ente público que em determinadas categorias aporta não somente recursos financeiros, mas também logística de fomento para pesquisas.

Exemplos de regulações globais e autônomas são os mais diversos - motivo pelo qual advoga-se pelo reconhecimento e uma qualificada observação jurídica acerca desse assunto. Um bom exemplo disso é a “Internet Society”, uma associação privada que define as regras e regulação da evolução do protocolo *internet* ao redor do mundo. Dentro desse contexto sites como o eBay fornece um espaço comercial para as pessoas usarem e ele é quem decide as regras para que os usuários resolvam suas disputas jurídicas. Essa mesma organização estabeleceu mecanismos de avaliação da performance dos compradores e vendedores - sistema esse que virou um modelo e foi replicado em diferentes outros sites como é o caso do “Mercado Livre” e outros sistemas de comércio. Os domínios, endereços de sites e os endereços IP (*internet protocol*) são regulados por regras editadas pela Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) que é uma organização privada sem fins lucrativos criada pela Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) que, por sua vez, é uma associação norte-americana privada.

Na realidade os programas de cumprimento nada mais são que medidas internas que qualquer entidade pode adotar afim de assegurar que estará cumprindo com um contexto legal específico, ou seja e em termos pragmático-sistêmicos, trata-se de comunicação específica a partir do código “legal/ilegal” enquanto campo específico da comunicação jurídica de forma a organizar as expectativas

internas daquela organização. Trata-se de cumprimento da lei e mais. Verifica a aderência das atividades e processos aos requisitos legais onde para cada atividade torna-se uma obrigação estar ciente de todas as implicações e consequências legais.

Essa característica específica da regulação nanotecnológica implica necessariamente um aumento da complexidade interna do Direito, em especial a comunicação jurídica em torno dos programas voluntários de cumprimento. Um efetivo programa que regule no âmbito empresarial a conformidade com os riscos de ofensas a Direitos Fundamentais deve estar preocupado aos efeitos que necessariamente reproduzir o sentido jurídico passado, implementando justamente um dos desafios do sistema jurídico na atualidade: *a orientação ao futuro e não exclusivamente na reprodução do passado* (LUHMANN, 1983). Não resta dúvida de que o Direito como um todo deve orientar-se a partir de novos pressupostos e objetivos. Sob este prisma aqui defendido associa-se àqueles que

[...] propõe-se uma ética da *responsabilidade para o futuro* que pretende uma ‘nova’ responsabilidade, não só direcionada aos fatos pretéritos, mas, principalmente, aos futuros danos, em uma exigência de prudência, de prevenção e de precaução que recai sobre a humanidade futura, sempre levando em consideração o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (BORGES et al., 2014, p. 107).

Em se tratando de efetividade dos Direitos Fundamentais ainda pode-se observar que a implantação e verificação dessas garantias por meio de programas de cumprimento podem vir a serem mais benéficos e eficazes que a própria legislação nacional. Larry Catá Backer (BACKER, 2008) comenta sobre um caso de estudo da corporação “GAP Inc.” que atua no setor têxtil e possui ramificações, seja de produção ou comércio, em todo globo de todas as diferentes marcas

das quais é detentora. Tendo em consideração o “Code of Vendor Conduct” da empresa e suas obrigações de comprometer contratualmente os fornecedores a cumprir padrões e regimes de trabalho internacionalmente aceitos, a organização privada acabou por impor uma proteção a toda cadeia produtiva - imposição essa que também é acompanhada com o direito e obrigação de fiscalização e punições contratuais aos infratores destas normas contratuais.

Cita o autor que em 28 de outubro de 2007 houve uma denúncia de que jovens com idade aproximada de 10 anos foram encontrados trabalhando em uma fábrica têxtil na Índia em condições próximas a escravidão na produção de artigos para a linha “GAP Kids”. Houve então uma reação da empresa em menos de 24 horas com o estabelecimento de uma investigação privada acompanhada por órgãos de proteção de Direitos Humanos do governo norte-americano. No dia 31 daquele mesmo mês houve a divulgação do fim do relacionamento da empresa com o fornecedor acusado e a retirada dos produtos do estoque e lojas da “GAP Inc.”. Eis que no dia seguinte, em novembro, houve uma cobertura da imprensa relatando que as crianças que na fábrica trabalhavam foram entregues ao seu próprio destino sem qualquer abrigo após o rompimento, afetando novamente a reputação da empresa. Duas semanas após a primeira denúncia houve a imposição, por parte da “GAP Inc.” de medidas punitivas à empresa fabricante que incluíram medidas positivas, onde além da contratação de 50% menos produtos do fabricante houve medidas de inclusão social daquelas crianças e suas famílias com bolsas para estudo como medidas preventivas frente ao potencial retorno à situação anterior em outra fábrica no mesmo país. Embora as medidas apresentadas reflitam previsões contratuais privadas, a regulação dos Estados nacionais envolvidos não ficou alheia. Cita o autor que houve o acompanhamento e o incentivo de práticas de conformidade por parte do governo norte-americano e o próprio governo indiano se comprometeu publicamente a aumentar a fiscalização.

Embora não se possa auferir a completa integridade desses programas - a exemplo da recente descoberta da fraude da mundialmente conhecida Volkswagen (GLOBO.COM, 2015), é possível visualizar uma oportunidade de sinergia entre regulação Estatal e a regulação privada para a efetividade dos Direitos Fundamentais. Especialmente tratando dos aspectos da nanotecnologia este modelo parece ser um caminho frente a dificuldade da regulação Estatal - seja pela inércia do Poder Legislativo no caso brasileiro, seja pela dificuldade de gerir riscos em ambientes internacionais soberanos e autônomos.

Esse modelo reconhece a policontextualidade jurídica e política permitindo a incidência de normas de Direitos Fundamentais em relações privadas globais a partir de padrões comunicativos já existentes na sociedade. Sistemas jurídicos autorregulados como os programas de *compliance*, se induzidos pelos Estados nacionais, tendem a estabelecer no futuro padrões de conformidade que podem alcançar um efetivo cumprimento das garantias fundamentais nas relações particular para além da territorialidade e exclusividade da clássica soberania.

3 CONCLUSÃO

Levando em consideração o exposto no ensaio pode-se afirmar com segurança que o contexto social que propiciou a formulação da concepção clássica de regulamentação como atividade exclusiva do Estado mudou. Ainda se pode também afirmar que os problemas oriundos dos diferentes processos que envolvem as nanotecnologias, que trazem risco potencial aos Direitos Fundamentais, não podem ser regulamentados de forma efetiva pelo modelo clássico de exclusividade do ente público.

Como forma de superar estas dificuldades é que se propõe a policontextualidade como forma de observação jurídica. A partir

desta concepção, associada a autonomia do Direito frente aos Estados nacionais, são potencializados novos instrumentos que permitam uma gestão dos riscos oriundos da nanotecnologia de forma a superar a questão territorial tão ignorada pelas potenciais consequências dos riscos oriundos da nanotecnologia. Defende-se então uma gestão compartilhada, não exclusiva do Estado, mas por ele incentivado, pelos diferentes fragmentos da sociedade, incluindo também as diferentes organizações da sociedade.

Emerge assim a compreensão dos programas de *compliance* como instrumentos de autorregulação de setores da sociedade que, enquanto normas jurídicas privadas em sintonia com as já existentes no Sistema do Direito, podem ultrapassar as barreiras da soberania e territorialidade. A partir de programas privados, autônomos e voluntários - além de efetivos, pode-se visualizar uma alternativa eficaz de permitir a regulação conjunta dos diferentes aspectos que envolvem a pesquisa, desenvolvimento, comercialização, uso e descarte de produtos frutos da nanotecnologia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. La Institucionalización de los Derechos Humanos em el Estado Constitucional-Democrático. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé las Casas*, v. 8, p. 21-42, enero/jun. 2000.

BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 14, i. 2, 2008.

BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Building a World-Class Compliance Program: best practices and strategies for success*. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto; POLITO, Pietro; LAFER, Celso (Org.). *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Barueri: Manole, 2009.

BORGES, Isabel C. P.; GOMES, Taís F.; ENGELMANN, Wilson. *Responsabilidade civil e nanotecnologias*. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Delton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2008.

CASTAGNINO, Juan M. Técnicas, materiales y aplicaciones en nanotecnología. *Acta Bioquímica Clínica Latinoamericana*, La Plata, v. 41, n. 2, jun. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S032529572007000200001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 17 jun. 2014.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luiz Bolzan (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do ‘diálogo entre as fontes do direito’: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: CALLEGARI, A. L.; STRECK, L. L.; ROCHA, L. S (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FORTUNATO, Elvira. *As metas da nanotecnologia: aplicações e implicações*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010320702012000100012>. Acesso em: 20 jun. 2014.

GLOBO.COM. *Escândalo da Volkswagen: veja como a fraude foi descoberta*. Disponível em: <<http://glo.bo/1KBCEph>>. Acesso em: 25 set. 2015.

KAWAMURA, Satoko. *The formation of Global Economic Law: under aspects of the autopoietic system*. Japão, Shiga: Ryokoku University, 2012.

LUHMANN, Niklas. Globalization or World Society: how to conceive of modern society? *International Review of Sociology*, v. 7, i. 1, p. 67-79, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1998.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Artur Stamford de. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments*: societal constitutionalism and globalization. Tradução Garteh Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, Gunther; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Ed. Unimep, 2005.

