

Organizadores

Robison Tramontina

Yuri Schneider

Rodrigo Garcia Schwarz

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Direitos Fundamentais Sociais e Políticas Públicas
como Instrumento de Efetivação desses Direitos - Tomo IV*



Editora Unoesc

978-85-8422-037-3



9 788584 220373

Organizadores

Robison Tramontina

Yuri Schneider

Rodrigo Garcia Schwarz

ISBN 978-85-8422-037-3

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Direitos Fundamentais Sociais e Políticas Públicas
como Instrumento de Efetivação desses Direitos - Tomo IV*



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Gilvana Toniélo, Giovana Patrícia Bizinela, Bianca Regina Paganini
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro e Daniely A. Terao Guedes
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D598

Direitos fundamentais sociais e políticas públicas como instrumento de efetivação desses direitos: Tomo IV / organizadores Robison Tramontina, Yuri Schneider, Rodrigo Garcia Schwarz. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. – (Série Direitos Fundamentais Sociais) 220 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-037-3

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos - Filosofia. 3. Princípio da efetividade. I. Tramontina, Robison. II. Schneider, Yuri. III. Schwarz, Rodrigo Garcia. IV. Série

CDD 340.1

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 Têo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

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

Diretor Executivo da Reitoria
Alciomar Marin

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Glauber Wagner
Eliane Salete Filipim
Carlos Luiz Strapazzon
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron

Organizadores

Robison Tramontina
Yuri Schneider
Rodrigo Rodrigo Garcia Schwarz

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (Unoesc, Brasil)
Rodrigo Goldschmidt (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)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
CAPÍTULO I - FILOSOFIA DO DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	11
Alex Copetti, Rogério Gesta Leal	
A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA ÉTICA DISCURSIVA HABERMASIANA	21
Marcio Giusti Trevisol	
APLICABILIDADE DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	31
Caren Silva Machado Medeiros, Ana Paula Klemann	
DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONSTITUCIONALISMO(S) E RESSIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA	45
Ivone Fernandes Lixa	
O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS POLÍTICAS E SUAS IMBRICAÇÕES NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS.....	57
Robison Tramontina, Anny Marie Santos Parreira	
DEMOCRATIZANDO A CULTURA DO PODER POLÍTICO: PERCEPÇÕES SOBRE A CULTURA DE UM PODER POLÍTICO DEMOCRÁTICO	71
Milaine Koprowski, Cátia Rejane Liczbinski Sarreta	
O PAPEL DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TUTELADOS À SAÚDE	91
José Alberto Maia Barbosa, Izabel Soares de Lima Huning	
POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA MAIS MÉDICOS	103
Juliana de Oliveira, Yuri Schneider	
CAPÍTULO II - OS DIREITOS SOCIAIS E MEDIAÇÃO	
O CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA DIGNA	119
Luiz Geraldo Gomes dos Santos, Rogério Luiz Nery da Silva	
REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA ADEQUADA.....	131
Tais Mirela Sauer, Matheus Felipe De Castro	
O DIREITO SOCIAL DA EDUCAÇÃO COMO SINÔNIMO DE EXCLUSÃO SOCIAL	143
Bianca Strücker, Gabriel Maçalai	

DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUA EFETIVIDADE E LIMITAÇÕES	157
Rogério Luiz Nery da Silva, Sônia Maria Cardozo dos Santos	
O PAPEL DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS SOCIAIS	171
Rogério Luiz Nery da Silva, Daiane Garcia Masson	
DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NO CONTEXTO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ENERGÉTICAS NO BRASIL.....	183
Ana Angélica Moreira Ribeiro Lima, Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho	
O SISTEMA DE SEGURANÇA DO TRABALHO ADOTADO PELO BRASIL PODE PROTEGER O TRABALHADOR EM UM CENÁRIO DE CRISE E DE POSSÍVEIS DEMISSÕES EM MASSA	197
Yuri Schneider, Leandra Zatta Cassaniga	
A (IN) EFICÁCIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: REALIDADE E UTOPIA NA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO	209
Catia da Silva, Eloisa Nair de Andrade Argerich	

APRESENTAÇÃO

Uma das características centrais das sociedades democráticas de direito é a presença nas suas Constituições de um rol de direitos fundamentais. Contudo, apenas a consagração expressa de um elenco de direitos no Texto Constitucional não é suficiente para identificar determinado arcabouço institucional-jurídico como democrático. Onde não há direitos fundamentais efetivados não há democracia. A democracia pressupõe a efetivação de direitos fundamentais, e esses demandam, ou pelo menos encontram naquela, o ambiente para se consolidar.

Nesses termos, a real proteção dos direitos fundamentais pressupõe duas etapas: a da consagração e a da efetivação. A primeira etapa consiste no registro, na positivação dos direitos. A segunda, na garantia deles, na sua realização pelos meios específicos e adequados ou, em outros termos, que os cidadãos tenham acesso a eles e/ou possam exigi-los. Sendo assim, um dos maiores desafios das sociedades democráticas de direito está associado à efetivação dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos fundamentais sociais.

Os direitos sociais são considerados, na ordem constitucional brasileira, tal como em outras ordens, direitos fundamentais. Sendo assim, “uma garantia jurídica forte, constitucional¹” que vincula todos os constituídos e não pode ficar à mercê da livre disponibilidade do poder político.

Contudo, tal como em outros países, que são Estados Democráticos de Direito, o Brasil, por diversas razões, tem dificuldade para assegurar e permitir o acesso de seus cidadãos aos direitos sociais. Embora avanços significativos foram realizados no âmbito político e jurídico desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, há muito por fazer.

A partir desse cenário, o Programa de Mestrado em Direito da Unoesc, comprometido com a pesquisa em direitos fundamentais e com a preocupação de contribuir para a discussão e efetivação dos direitos fundamentais sociais, realizou nos dias 02 e 03 de julho de 2015 em Chapecó-SC, a nona edição de seu já consagrado e renomado Unoesc International Legal Seminar.

É importante registrar que nessa edição tivemos a colaboração e a participação da Rede Sul-americana de Direitos Fundamentais, a qual é formada² por Universidades Brasileiras (Unoesc-SC, PUCRS, Unibrazil-PR, Unisc-RS) pela Universidade de Talca-CHI e pela PUC-PE.

Dos trabalhos, oriundos de várias Universidades brasileiras, aprovados e apresentados no Grupo de Trabalho (GT) de Direitos Fundamentais Sociais, resultou o presente Tomo, o quarto da série. O presente e-book está dividido em dois capítulos, a saber: Filosofia do Direito, Políticas Públicas e Direito Fundamental à Saúde e Os Direitos Sociais e Mediação. Porém, os eixos temáticos são diversos, entre eles: Democracia, Políticas Públicas, Direito à Saúde, Direito à Moradia, Direito à Educação, Mediação e Direitos Sociais.

Esperamos que os trabalhos atendam às demandas e aos interesses dos leitores. Boa leitura.

Organizadores:

Robison Tramontina (Unoesc)

Yuri Schneider (Unoesc)

Rodrigo Garcia Schwarz (Unoesc)

¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editores, 2010.

² Formação na época do evento. Atualmente, há outros integrantes e uma nova configuração.

Capítulo I

Filosofia do Direito, Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Saúde

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Alex Copetti*
Rogério Gesta Leal**

RESUMO

O presente artigo objetiva estabelecer um panorama geral acerca da definição da dignidade da pessoa humana e da sua relação com os direitos fundamentais. Entende-se que a linguagem jurídica pode fornecer elementos para identificação de alguns aspectos da dignidade da pessoa humana, em que pese se tratar de conceito essencialmente filosófico e abstrato. O ponto central do artigo está no argumento de que pode ser estabelecido um paralelismo entre os direitos fundamentais e a definição da dignidade da pessoa humana, pois se aqueles direitos protegem e realizam a dignidade, então por intermédio do seu estudo poderão ser visualizados alguns aspectos do conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. Conexão.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de dignidade da pessoa humana é essencialmente filosófico, o que gera grande dificuldade de se estabelecer um significado objetivo e determinado.

A presente pesquisa tem a finalidade de contribuir para a delimitação do conteúdo da dignidade da pessoa humana. Serão buscados elementos contributivos para a sua delimitação na linguagem jurídica, pois entende-se que a linguagem jurídica reúne condições para contribuir na delimitação dos contornos da dignidade da pessoa humana.

No artigo, é adotada uma visão universalista da dignidade da pessoa humana e, por consequência, pressupõe-se a existência de direitos fundamentais universais. Além disso, não se estabeleceu distinção semântica no emprego das expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. O método utilizado é o dedutivo e a pesquisa foi realizada através de consulta bibliográfica e documental.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A definição ideal de dignidade da pessoa humana, aqui vista como uma qualidade atribuída por uma tradição cultural ao ser humano (*homo sapiens*), é essencialmente filosófica e abstrata. Disso decorre certa indeterminação na sua conceituação, todavia, essa indeterminação não impede que se busque delinear de forma objetiva alguns aspectos do seu conteúdo.

Quanto a dificuldade de conceituação, Bobbio (2004, p. 15) destaca que isso se deve ao fato do conceito de dignidade humana estar ligado às complexas manifestações da personalidade

* Especialista em Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Mater Dei; Mestrando em Direitos Fundamentais Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor do Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó; alexcopetti@hotmail.com

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor e pesquisador do programa de pesquisa, extensão e pós-graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina; Brasil; gestaleal@gmail.com

humana no seu contexto social, aponta também a importância do diálogo entre filosofia e direito, pois, conforme expõe, inicialmente é fundamental se entender o conceito de pessoa e quais valores lhe são inerentes (filosofia), tal conhecimento vai influenciar o modo pelo qual o direito reconhece e protege a dignidade.

Novelino (2011) afirma que é mais fácil apontar os casos de violação da dignidade da pessoa humana do que o seu significado, destaca que as dificuldades na conceituação da dignidade decorrem do fato de se tratar de uma noção plurissignificativa de pouca densidade semântica e da influência de fatores ideológicos, temporais e espaciais.

Maurer (2013, p. 121) entende que é possível apenas lançar perspectivas acerca da definição da dignidade humana e que qualquer definição prática de dignidade deve considerar os elementos da liberdade e do respeito como essenciais.

Nesse caso, a liberdade deve ser considerada porque não há como se compreender a dignidade sem liberdade, nem esta sem aquela, as duas são inseparáveis apesar de não se confundirem (MAURER, 2013, p. 132).¹

Com relação ao respeito, tendo como base o pensamento kantiano, a sua compreensão deve considerar dois aspectos: direito ao respeito e dever de respeito (MAURER, 2013, p. 137)

O direito ao respeito é o direito que todos têm de que a sua dignidade seja respeitada, esse direito pressupõe que todas as pessoas sejam iguais, sendo assim, a igualdade seria um subelemento da dignidade, afinal “[...] a igual dignidade de todos os homens funda a igualdade de todos.” (MAURER, 2013, p. 136).

Já, o dever de respeito impõe que todos devem respeitar a sua própria dignidade e a dignidade do próximo, ou seja, o dever de respeito contém a ideia de reciprocidade e reconhecimento (MAURER, 2013, p. 136-137).²

¹ Nesse sentido, afirma a autora: “Opor a liberdade à dignidade é ter uma concepção fracionada do homem; é não compreendê-lo em sua totalidade. Uma liberdade compreendida sem a responsabilidade seria uma liberdade alienada. Uma dignidade que no considerasse a liberdade do homem seria uma dignidade trunca-da.” (MAURER, 2013, p. 136).

“A dignidade exige, pois, a liberdade; mas a liberdade não é toda a dignidade. Eu posso, assim, deixar meu vizinho apontar uma arma contra si mesmo devido à sua liberdade, mas estaria eu respeitando, dessa forma, a sua dignidade? Do mesmo modo, eu posso considerar, de uma certa maneira, que a pessoa que mendiga e vive debaixo das pontes é livre; mas não é degradante deixá-la viver assim?” (MAURER, 2013, p. 135).

² A noção de respeito sob o viés da reciprocidade e sob o viés do reconhecimento pode ser identificada nas seguintes passagens: “[...] a humanização (aquilo que nos transforma em seres humanos, no que queremos nos tornar) é um processo recíproco. Para que os outros possam tornar-me humano, eu também devo torná-los humanos; se eles são todos como coisas ou bichos em relação a mim, eu nunca valerei mais do que uma coisa ou um bicho.” (MAURER, 2013, p. 140, nota de rodapé).

“Nós queremos, também, ser tratados como humanos, pois a humanidade depende em grande medida do que uns fazem aos outros. Explico: o pêssego nasce pêssego, o leopardo vem ao mundo leopardo, mas o homem não nasce homem e jamais tornar-se-á um se os outros não o ajudarem. Por quê? Porque o homem não é somente uma realidade biológica, natural (como os pêssegos e os leopardos), mas também uma realidade cultural.” (MAURER, 2013, p. 138, nota de rodapé).

“A noção de respeito que deve ser, dentre outras, obra do direito, comporta um outro aspecto. No lugar da palavra respeito encontramos, frequentemente, a palavra salvaguarda. Isso significa que “respeitar” não comporta a ação voluntária de atribuir. O respeito não é a atribuição, mas a salvaguarda de uma realidade que existe independentemente desse respeito, que preexiste a ele. Nós falaremos num reconhecimento. O fim da escravidão, por exemplo, não atribuiu repentinamente aos africanos uma dignidade que eles não possuíam até então, apenas reconheceu uma dignidade da pessoa humana que lhes havia sido injustamente negada. É aqui que reside o progresso do conceito de dignidade da pessoa humana. A dignidade, historicamente, não progride, mas o respeito desta deve afirmar-se, desenvolver-se. Nisso reside a descoberta cada

No pensamento de Kant o traço distintivo que separa o homem dos demais seres é a racionalidade,³ que tem origem na autonomia da vontade e na capacidade de autodeterminação do homem. É da racionalidade que advém a dignidade de todos os homens, que será violada toda vez que o ser humano for tratado como um objeto.⁴

Em outras palavras, no pensamento kantiano a dignidade já nasce com o ser humano, ela seria um atributo ou uma qualidade congênita e inalienável de todo e qualquer ser humano, seria uma qualidade inata que entende o ser humano como um fim em si mesmo e impede que ele seja tratado como um meio ou objeto para consecução de determinadas finalidades.

Há também aqueles que visualizam a dignidade da pessoa humana em duas dimensões, uma básica e outra cultural. Na dimensão básica, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana se confunde com a qualidade congênita identificada no pensamento de Kant, em outras palavras, a dignidade seria a qualidade do ser humano (advinda da sua autonomia e autodeterminação) que impede que ele seja tratado como objeto (BAEZ, 2010, p. 26).

Já na dimensão cultural a dignidade representaria a forma pela qual cada sociedade ou cultura realiza a dimensão básica, ou seja, como a partir da dimensão básica as pessoas se relacionam ou vivem numa determinada sociedade, como elas desenvolvem sua personalidade e buscam a felicidade numa determinada sociedade, tais formas de se relacionar, de viver e de se desenvolver podem variar na dimensão cultural. Nesta dimensão, a dignidade é relativa e pode variar de cultura para cultura, as práticas culturais (ou legais) de uma sociedade (ou grupo) devem ser respeitadas pelas demais quando não violam a dimensão básica da dignidade, ou seja, as práticas culturais (ou legais) não podem coisificar o indivíduo e devem sempre respeitar a sua qualidade de sujeito de direitos com autonomia e autodeterminação (BAEZ, 2010, p. 29).

A prática cultural que coisifica o homem não poderá prevalecer mesmo que o indivíduo por sua própria vontade se coloque na condição de objeto, pois assim estaria atingindo a dimensão básica da dignidade e gerando risco para sua própria existência. Além disso, a própria autonomia da vontade tem limites (não é absoluta) e o indivíduo não pode abrir mão da dimensão básica da dignidade com base na autodeterminação, o indivíduo não pode usar a sua autonomia da vontade para violar de forma irreversível a dimensão básica da sua dignidade.

Considerando-se verdadeira a premissa de que a dignidade da pessoa humana é um atributo com duas dimensões (básica e cultural), então é possível concluir que existem direitos humanos/fundamentais morfologicamente distintos, nos seguintes termos: os direitos humanos/fundamentais que protegem a dimensão básica seriam morfologicamente universais e os direitos humanos/fundamentais que protegem a dimensão cultural seriam morfologicamente relativos (podem variar de civilização para civilização) (BAEZ, 2010, p. 28-29).

Ao tratar do assunto, Sarlet (2013, p. 37) define dignidade da pessoa humana como uma qualidade intrínseca do ser humano que deve ser respeitada por todos (Estado e sociedade) e, com

vez mais apurada da dignidade em si e portanto o progresso da dignidade para si ou para nós. A consequência da dignidade da pessoa humana se formaliza num respeito.” (MAURER, 2013, p. 141).

³ Não se desconhece que, além da tese da racionalidade, existem outras teses que procuram fundamentar a ideia de que apenas os homens (homo sapiens) possuem dignidade, tais como as teses da razão discursiva e a especista.

⁴ Há quem defenda a ideia de que a dignidade somente será violada quando o ser humano for tratado como um objeto em virtude do desprezo pelo ser humano (NOVELINO, 2011, grifo nosso).

base nela, cria-se um conjunto de direitos e deveres fundamentais que protegem a pessoa (contra atos abusivos à dignidade), lhe garantem condições mínimas para desfrutar de uma vida digna (saudável) e lhe permitem participar, lado-a-lado com os demais, da construção do seu destino e da sociedade.

Em que pese a existência de inúmeras tentativas de definir a dignidade e do reconhecimento da grande dificuldade de se alcançar um conceito objetivo, há certo consenso de que a dignidade é um atributo que todo ser humano possui independentemente de qualquer condição específica, não depende da nacionalidade, origem, religião, gênero, idade, ou qualquer outra característica (basta ser “ser humano” para ter dignidade), atributo que o ordenamento jurídico tem o dever de reconhecer, proteger e promover.

No campo jurídico, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como uma regra, um princípio ou um postulado normativo (NOVELINO, 2011).

Como postulado normativo a dignidade da pessoa humana orienta/informa a criação, a interpretação e a aplicação de outras normas jurídicas. O valor dignidade da pessoa humana já foi visto pelo Supremo Tribunal Federal como um postulado normativo no julgamento do HC 94.404, no qual o artigo 5º caput da Constituição Federal foi interpretado à luz do postulado da dignidade da pessoa humana (NOVELINO, 2011).

A dignidade da pessoa humana também pode ser vista como um princípio, ou seja, como um mandamento de otimização (conforme leciona Robert Alexy). Nesse caso a dignidade aponta um fim ou traça um objetivo a ser alcançado pelo Estado no sentido de que deve promover os meios necessários para que os cidadãos tenham uma vida digna. Nesse ponto, a dignidade costuma ser associada ao “mínimo existencial”,⁵ que busca elencar um conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna (NOVELINO, 2011).

Também, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como uma regra associada à fórmula do objeto de Kant, segundo a qual o ser humano é um fim em si mesmo e a sua dignidade será violada toda vez que ele for coisificado, ou seja, toda vez que o ser humano for tratado como um objeto, como um meio para se alcançar determinada finalidade. Ressalta-se que há quem defenda a necessidade de existir um complemento a essa regra, no sentido de que a dignidade somente restará violada quando o ser humano for tratado como um objeto e esse tratamento decorrer do desprezo pelo ser humano (NOVELINO, 2011).⁶

Ainda, igualmente no campo jurídico, é possível visualizar o atributo dignidade da pessoa humana como um direito (direito de dignidade), como direito de ter a mesma respeitabilidade do outro, o mesmo reconhecimento, os mesmos direitos básicos, os mesmos direitos fundamentais. Em outros termos, pode-se dizer que quando é exigido o reconhecimento/respeito aos direitos fundamentais, está se exigindo o direito de dignidade.

Além disso, conforme já afirmado, o ordenamento jurídico deve reconhecer, proteger e promover a dignidade da pessoa humana, tem-se entendido que os ordenamentos jurídicos cum-

⁵ Barcellos (2002) entende que os direitos fundamentais integrantes do mínimo existencial seriam o direito à educação fundamental, à saúde, à assistência social aos desamparados e ao acesso à justiça.

⁶ Nesse contexto se insere a conhecida questão do arremesso de anões julgada pelo Tribunal Administrativo Francês.

prem esse objetivo especialmente por intermédio da criação de um conjunto de direitos e deveres fundamentais.⁷

Sendo assim, é possível dizer que em maior ou menor medida os direitos fundamentais advêm da dignidade e que, por isso, possuem um caráter unitário ou sistêmico, pois formam um sistema de proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a dignidade representaria o núcleo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais, e “[...] como núcleo dos direitos fundamentais, a dignidade se faz presente no conteúdo de todos eles, sem exceção, ainda que a intensidade seja variável.” (NOVELINO, 2011).

Esse caráter sistêmico ou unitário é também verificado no âmbito internacional, conforme se percebe na análise de algumas das diversas declarações de direitos humanos existentes no mundo, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos dos Estados Americanos de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos do Islã de 1981, a Carta Árabe dos Direitos Humanos de 1994, a Carta dos Direitos Humanos dos Povos Africanos de 1981, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 e a Declaração para uma Ética Global das Religiões do Mundo de 1993.

O elemento comum ou o valor ético comum dessas declarações de direitos é a dignidade da pessoa humana, todos os direitos nelas elencados são formas de proteção ou de realização da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, pode-se dizer que um direito será humano/fundamental somente se ele tiver por objetivo proteger ou promover (em maior ou menor grau) a dignidade da pessoa humana.

Portanto, pode ser estabelecido um paralelismo entre os direitos humanos/fundamentais e os contornos do conteúdo da dignidade da pessoa humana, pois se aqueles direitos protegem e realizam a dignidade, então por intermédio do seu estudo poderão ser visualizadas algumas dimensões da própria dignidade.

Neste ponto, cumpre esclarecer que o presente trabalho não pretende estabelecer as possíveis diferenças semânticas no emprego das expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, porém, alguns autores realizam profundo debate acerca dessa distinção, sendo assim é importante que ao menos se faça um breve relato sobre o assunto. A expressão “direitos do homem”, numa concepção universalista, poderia ser utilizada para identificar todos os direitos primordiais ou básicos para a preservação da dignidade e para a existência do homem. Já a expressão “direitos fundamentais” seria utilizada para designar os direitos do homem consagrados nos planos jurídicos internos dos Estados e o termo “direitos humanos” para identificar os direitos do homem consagrados no plano internacional. Pode-se dizer, nesse caso, que a designação “direitos do homem” é mais ampla do que as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, em outras palavras, os direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e os direi-

⁷ Nesse sentido: “Há uma relação de dependência mútua entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais surgiram como exigência da dignidade de proporcionar um pleno desenvolvimento da pessoa humana, é certo que somente por meio da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida. A exigência de cumprimento e promoção dos direitos fundamentais encontra-se estreitamente vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, pode-se dizer que ‘os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos’.” (NOVELINO, 2011).

tos humanos elencados em documentos internacionais seriam instrumentos jurídicos de realização dos direitos dos homens.

Apesar de não se poder afirmar que os direitos fundamentais são fruto tão-somente da evolução histórica natural do homem, tem-se que a contextualização histórica serve para uma melhor compreensão desses direitos no cenário atual. Destacando a importância dessa contextualização, Bobbio (2004, p. 06) afirma que os direitos fundamentais são direitos históricos nascidos em certas circunstâncias “[...] não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

Na análise da evolução histórica dos direitos fundamentais existe certo consenso doutrinário quanto à existência de dimensões desses direitos, sendo que as duas primeiras dimensões estão ligadas respectivamente aos valores liberdade e igualdade.⁸ Essas duas dimensões exerceram decisiva influência no processo de elaboração das Constituições dos Estados ocidentais contemporâneos.

A primeira dimensão tem origem no momento histórico das revoluções liberais de 1776 e 1789, seu principal objetivo é proteger a liberdade dos indivíduos por intermédio do reconhecimento de direitos individuais ligados à liberdade e à cidadania.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais tem origem no momento histórico do pós primeira guerra mundial, pois é nesse momento que se aprofundam drasticamente os problemas sociais que se arrastavam pela Europa desde a revolução industrial. O principal objetivo dessa dimensão de direitos fundamentais é alcançar a igualdade material, e, para tanto, tem por objeto direitos ligados a assistência social, a saúde e a educação, dentre outros (IURCONVITE, 2007).

Importa destacar também, que em 1948 surge o marco histórico da internacionalização dos direitos fundamentais: a declaração universal dos direitos humanos. E, apesar das críticas, deve-se reconhecer que ela foi o marco inicial que impulsionou, após a sua edição, o surgimento de vários outros documentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais com a criação de um sistema de proteção internacional desses direitos (LEAL, 2009, p. 60-61).

Atualmente, no direito internacional existem basicamente dois sistemas de proteção dos direitos fundamentais: o sistema global de proteção dos direitos humanos ou sistema das nações unidas (ONU) e os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, neste caso, existem vários sistemas (regionais) de proteção (como exemplo, podem ser citados o sistema africano, sistema europeu, sistema interamericano e sistema asiático).

⁸ Refere-se apenas a primeira e a segunda dimensão dos direitos fundamentais em virtude do presente trabalho objetivar apenas tratar da definição da dignidade da pessoa humana e da sua relação com os direitos fundamentais ligados à liberdade e à igualdade. Registra-se que não se desconhece que a doutrina informa a existência de outras dimensões dos direitos fundamentais, tais como a terceira e a quarta dimensões. A terceira dimensão decorre da evolução tecnológica e científica experimentada pelas sociedades no último século, que fez surgir problemas relacionados com a visão do ser humano como um ente inserido numa coletividade; passou-se a falar em direitos ligados ao valor fraternidade/solidariedade, que objetivam proteger o indivíduo inserido numa coletividade por intermédio do reconhecimento de direitos transindividuais como o direito a proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento dos povos. Já, a quarta dimensão surgiria em virtude dos avanços na área da engenharia genética, esses avanços serão responsáveis pela criação de direitos fundamentais ligados ao desenvolvimento genético (relacionados com clonagem e com a utilização de células-tronco, por exemplo). Por outro lado, há quem defenda a ideia de que a quarta dimensão de direitos fundamentais advirá da globalização e consagrará um grupo de direitos fundamentais relacionados com as ideias de respeito à diferença, tolerância e pluralismo (IURCONVITE, 2007).

O instrumento inaugural do sistema global de proteção dos direitos humanos é a Carta das Nações Unidas de 1944, que previu que os direitos fundamentais deveriam ser protegidos sem relacionar exatamente quais eram esses direitos. Esta Carta (1944) foi complementada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que estabeleceu o rol de direitos e garantias que deveriam ser protegidos.

Enquanto isso, o instrumento inaugural do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos é a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, que foi complementada pela Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948.

Assim como ocorre nas dimensões dos direitos fundamentais (primeira e segunda), os documentos criados no âmbito desses sistemas de proteção internacional também estão ligados aos valores liberdade e igualdade.

No sistema de proteção global dos direitos humanos, a primeira parte da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), regulamentada pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), consagra direitos fundamentais ligados predominantemente ao valor liberdade, e a segunda parte da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), regulamentada pelo Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), consagra direitos fundamentais ligados predominantemente ao valor igualdade (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p. 83-84).

Enquanto isso, no sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 é regulamentada pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (1969), que consagra direitos fundamentais ligados predominantemente ao valor liberdade, e pelo Protocolo de San Salvador (1988), que consagra direitos fundamentais ligados predominantemente ao valor igualdade.

Sendo assim, se os direitos fundamentais extraídos das dimensões acima mencionadas e elencados nas Constituições e nas declarações internacionais são formas de proteção ou de realização da dignidade e, se os principais valores protegidos por esses direitos são a liberdade e a igualdade, então é possível sustentar que a dignidade da pessoa humana é um atributo com conteúdo especialmente ligado a esses dois valores.

3 CONCLUSÃO

Como visto, a definição de dignidade da pessoa humana é essencialmente filosófica e abstrata, fato que dificulta o estabelecimento de um conceito objetivo.

É aceitável defender que uma forma de tentar resolver o problema é através da linguagem jurídica, pois esta parece reunir boas condições para identificar alguns aspectos da dignidade, inclusive lhes conferindo maior estabilidade, além de ser a única capaz de conferir força normativa à dignidade da pessoa humana, tanto no aspecto negativo (evitar a sua violação) quanto no aspecto positivo (promover o seu desenvolvimento).

Nesse sentido, é aceitável defender que se o ordenamento jurídico deve criar um conjunto de direitos e deveres fundamentais protetores e promovedores da dignidade, ao se analisar esse conjunto de direitos e deveres é possível estabelecer um significado mais estável e específico para a dignidade da pessoa humana.

E, se os principais valores protegidos por esses direitos (fundamentais) são a liberdade e a igualdade é possível sustentar que a dignidade da pessoa humana é um atributo com conteúdo especialmente ligado a esses valores.

Ressalta-se também, que no campo jurídico, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como uma regra (segundo a qual o ser humano é um fim em si e sua dignidade será violada toda vez que ele for coisificado), um princípio (nesse caso a dignidade aponta um fim a ser alcançado pelo Estado no sentido de que deve promover os meios necessários para que os cidadãos tenham uma vida digna), um postulado normativo (orienta/informa a criação, a interpretação e a aplicação de outras normas jurídicas) ou um direito (direito de dignidade).

Por derradeiro, importa destacar que apesar da linguagem jurídica reunir boas condições para identificar alguns aspectos da dignidade, certamente o intérprete não pode se fechar para outras formas de abordagens, afinal, essa linguagem, assim como qualquer outra forma de linguagem, não conseguirá abranger e solucionar todos os aspectos e complexidades da dignidade da pessoa humana, até porque, se assim o pretendesse, a consequência provável seria o enfraquecimento da dignidade em virtude da conformação jurídica.

HUMAN DIGNITY

ABSTRACT

This paper aims to establish a general overview about the definition of human dignity and their relationship with fundamental rights. It is understood that the legal language can provide information to identify some aspects of human dignity, despite it is essentially philosophical and abstract concept. The central point of the paper is the argument that can be established a parallel between the fundamental rights and the definition of human dignity, as if those rights protect and realize the dignity, then through his study can be viewed some aspects of content of human dignity.

Keywords: Human dignity. Fundamental rights. Connection.

REFERÊNCIAS

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

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do homem, direitos humanos e a morfologia dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides (Coord.). *Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto (Coord.). Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- IURCONVITE, Adriano dos Santos. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528>. Acesso em: 15 jul. 2014.
- LEAL, Rogério Gesta. Aspectos políticos e culturais constitutivos dos direitos fundamentais e sociais. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 2., 2012, Joaçaba. *Anais...* Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1611>>. Acesso em: 15 jul. 2014.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais como elementos operativos e constitutivos do Estado Democrático de Direito no Brasil*. 2002. 315 p. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta; RIBEIRO, Daniela Menengoti. Aspectos políticos e culturais constitutivos dos direitos fundamentais e sociais do Brasil. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMARELA, Mercè Barlecò i. *Direitos Fundamentais em Estados Compostos*. Chapecó: Ed. Unoesc, 2013.
- LEAL, Rogério Gesta; RIBOLI, Daniela. Considerações filosóficas sobre os direitos fundamentais. *Série Direitos Fundamentais Sociais*, Joaçaba: Ed. Unoesc, t. 2, 2013.
- MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- NOVELINO, Marcelo. *O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana*. 2011. Disponível em: <<http://abjuscorrespondencias.blogspot.com.br/2011/10/artigo-o-conteudo-juridico-da-dignidade.html>>. Acesso em: 01 ago.
- SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA ÉTICA DISCURSIVA HABERMASIANA

Marcio Giusti Trevisol*

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a fundamentação dos direitos humanos a partir da perspectiva habermasiana da ética discursiva. No livro *Direito e Democracia* (2003), o autor apresenta um sistema de direitos construídos a partir do princípio do discurso, do princípio da democracia e da forma jurídica que introduz cinco categorias de direitos fundamentais. Esses direitos são denominados absolutos e relativos. Tendo em vista esses grupos de direitos a objetividade do artigo está localizada na tentativa de situar a discussão habermasiana dos direitos humanos na esfera do Direito. Portanto, ao fundamentar teoricamente o conjunto de direitos humanos a partir da ética discursiva será possível lançar um olhar crítico sobre o processo de legitimação dos direitos humanos. Palavras-chave: Direitos Humanos. Ética Discursiva. Legitimação.

1 INTRODUÇÃO

O atual momento histórico nos coloca frente a inúmeros desafios de ordem social, política, econômica e cultural que cobram do indivíduo e da humanidade um compromisso planetário capaz de superar as barbáries que a sociedade é acometida. As barbáries contra a humanidade são históricas, mas especialmente, no século XX e XXI ficam em evidência com a segunda guerra mundial, apartheid, os atentados terroristas, as ditaduras, o extermínio de direitos políticos, as perseguições religiosas e culturais, a exclusão social, a miséria dentre outras. Essas violações fazem a humanidade buscar um conjunto mínimo de direitos humanos que devem ser garantidos e protegidos diante de situações adversas.

A ideia de fundamentar um conjunto de direitos humanos é histórica e dialética. É histórica, pois, desde os jusnaturalistas a humanidade esforça-se para determinar certos direitos que devem ser inalienáveis e protegidos para além da soberania dos Estados e, dialética porque é um campo de intenso conflito e mudança. Os direitos humanos são conquistas que se dão através de luta, no entanto, não são acabados estão sempre abertos ao novo e ao diferente, isto é, os direitos são fruto de um momento histórico e como tal são admitidos novos direitos.

Na esteira da discussão sobre os direitos humanos Habermas nos empresta conceitos importantes para discutir a questão da legitimidade dos direitos humanos. Na obra, *Direito e Democracia* (2003), o autor estabelece uma ligação entre a forma positiva do direito com a garantia institucionalizada de um conjunto de direitos humanos. Esses direitos são chamados de absolutos e relativos. Tendo em vista esses grupos de direitos, o presente artigo pretende, como objetivo principal, analisar a diferença entre as duas maneiras de fundamentar os direitos defendidos por Habermas na gênese lógica desse sistema de direitos. Para tanto, o artigo será dividido em duas partes. Na primeira parte, abordaremos a questão dos direitos humanos a partir da fundamentação

*Mestre em Ética e Filosofia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina; Pós-Graduado em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo; Professor de Ciência Política (Teoria Geral do Estado), Ética e Sociedade, Filosofia Aplicada à Comunicação da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; marcio.trevisol@unoesc.edu.br

da ética discursiva. Na segunda parte, desenvolveremos a tese dos direitos humanos absolutos e relativos defendidos por Habermas.

A legitimidade dos direitos humanos passa pelo reconhecimento dos sujeitos é possível através da construção comunicativa e consensual desses direitos. A fundamentação desses direitos encontra-se na teoria do discurso, a qual se desdobra no princípio do discurso, na forma do direito e no princípio da democracia. Esses conceitos são fundamentais para entender a complexa forma de fundamentação dos direitos humanos dada por Habermas.

2 FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA TEORIA DO DISCURSO

O direito, para Habermas, deve considerar não somente a institucionalização de uma formação da vontade política, mas também proporcionar o próprio médium no qual essa vontade pode expressar-se de forma livre entre os participantes do direito livremente associado. A fundamentação de um sistema de direitos deve contemplar a autonomia privada, garantia de liberdade de ação e autonomia pública como um processo racional democrático discursivo de formação intersubjetiva da opinião e da vontade. Esse processo é garantido pelo direito de participação democrática. A eficácia desse sistema de direitos é baseada, segundo Habermas, nos conceitos de forma jurídica, princípio do discurso e o princípio da democracia. A citação a seguir, expressa a ideia básica da construção da filosofia do direito em Habermas.

[...] o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser construída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito de liberdades subjetivas de ação em geral - constituindo para a forma jurídica enquanto tal - e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual, o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário. (HABERMAS, 2003, p. 138).

O princípio da democracia pretende responder à questão da legitimidade do direito. Para Habermas, a legitimidade do direito se encontra no reconhecimento das normas e leis juridicamente fundamentadas pelos próprios destinatários. Por isso, é fundamental construir canais que possibilitem que os sujeitos se sintam participantes da elaboração do direito positivo. Neste contexto, o princípio da democracia interliga a forma jurídica (leis positivas) com o princípio do discurso construído pelos destinatários do direito. O princípio da democracia é uma espécie de elo entre a forma jurídica e a princípio do discurso.

Por forma jurídica, estabelece-se um domínio de liberdade de escolha que tem consequências estruturais para as modernas ordens jurídicas. Para Dutra (2005, p. 255), “[...] a forma jurídica pode ser entendida a partir do modelo Kantiano de diferenciação entre direito e moral. Dessa distinção, resulta a forma jurídica que é constituída para liberdade subjetiva de ação e coação.” Assim, a forma jurídica é dada formalmente pelas leis positivas.

O princípio do discurso está ligado ao conceito de racionalidade comunicativa e permite a participação dos envolvidos no processo de formulação de leis, direitos e normas. O princípio do discurso é definido por Habermas (2003, p. 142) da seguinte forma: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.” Neste caso, o princípio do discurso pretende levar a um consenso que se dá através do uso da linguagem. A formulação discursiva deve ser neutra do ponto de vista moral.

É o “discurso racional” é toda a tentativa de entendimento sobre as pretensões de validade problemáticas, na medida em ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias (HABERMAS, 2003, p. 142).

O princípio do discurso pode ser de duas formas, a saber, como princípio de universalização ligado a moral e o princípio da democracia ligado ao direito. O princípio da democracia, que neste momento nos interessa, resulta da interligação do princípio do discurso e a forma jurídica. A forma jurídica é constituída para estabilizar os conflitos sociais. Essas determinações são positivas e verticalizadas. A legitimidade da forma jurídica está no reconhecimento dos destinatários dessas leis que é possível através do princípio da democracia. O princípio da democracia significa que “[...] somente podem pretender validade os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva.” (HABERMAS, 2003, p. 145). A legitimidade do direito encontra-se na formulação do princípio do discurso. O direito, segundo Habermas, não pode derivar de um direito moral superior, mas deve emanar da autonomia dos cidadãos. A estabilidade do ordenamento jurídico em uma sociedade pluralista é possível pelo procedimento democrático. Pelo princípio da democracia, os sujeitos de direitos são capazes de examinar quais os direitos são válidos para a convivência social, isto. Enquanto sujeitos de direito, devem acatar a prática da autolegislação no médium do próprio direito. Para Habermas (2003, p. 145),

[...] eles têm que institucionalizar juridicamente os próprios pressupostos comunicativos e os procedimentos de um processo de formação da opinião e da vontade, no qual é possível aplicar o princípio do discurso. Por conseguinte, o código de direito, levado a cabo o auxílio do direito geral a liberdades subjetivas de comunicação e de participação, os quais garantem um uso público e qualitativo de liberdades comunicativas.

Neste sentido, o princípio do discurso assume a figura jurídica de um princípio da democracia. É verdade, que auto legislação de cidadãos não pode ser deduzida, simplesmente, de uma auto legislação moral particular. O princípio da democracia resulta de interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica (HABERMAS, 2003, p. 319). No princípio da democracia aparece como núcleo de um sistema de direitos. Com esse processo fica estabelecida a diferença entre normas jurídicas e demais normas de ação. Enquanto o princípio moral baseia a fundamentação de suas leis e normas de ação na justificação a partir da experiência moral, o princípio da democracia pretende legitimar as ações a partir do direito, isto é, o princípio da democracia garante o entendimento e o consenso sobre normas de ação institucionalizadas que devem fornecer integração entre os sujeitos em uma sociedade pluralista. Por esse fato, o princípio da democracia não deve apenas estabelecer um processo de normatização, mas também orientar

a produção do próprio médium do direito. Por isso, é preciso criar não somente o sistema dos direitos, mas também a linguagem que permite à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros do direito igual e livre (HABERMAS, 2003, p. 146).

Esses aspectos analisados apontam que não deve apenas institucionalizar uma formação da vontade política racional, mas também deve proporcionar canais participativos que possam garantir um médium na qual a vontade pode ser expressa como vontade comum de membros que participam de uma associação livremente associada. Neste caso, a fundamentação dos direitos humanos precisa ser analisada a partir dos mecanismos que possibilitam o entendimento de certos direitos construídos intersubjetivamente em uma comunidade e que deve orientar as ações. Nesse processo de criação dos direitos humanos são pensados a partir do princípio do discurso, da forma jurídica e do princípio da democracia.

Para Habermas, o conceito de direitos humanos é de origem moral, mas também uma manifestação específica de direitos subjetivos. Na sua origem os direitos humanos são de ordem jurídica e tomada como meta pelos Estados Nacionais.

[...] os direitos humanos, segundo sua estrutura, permanecem a uma ordem do direito positivo e coercitivo o que fundamenta reivindicações jurídicas subjetivas que podem se reclamadas em juízos. Em tal medida, é inerente ao sentido dos direitos humanos o fato que exigiram para si o status de direitos fundamentais cuja observância se deve assegurar no âmbito de uma ordem jurídica subsistente, seja ela nacional, internacional ou global. (HABERMAS, 2007, p. 22).

Portanto, se os direitos humanos possuem status de direitos fundamentais, então, podemos entender os direitos humanos a partir de uma teoria do discurso. Essa fundamentação é absoluta, pelo menos para a maior parte dos direitos humanos fundamentais. Neste ponto, aparece uma questão central trabalhada por Habermas. O sistema de direitos fundamentais não pode ser simplesmente institucionalizado a partir da vontade política racional, mas deve ser pensado a partir dos próprios destinatários de tais direitos. O conjunto de direitos deve expressar como vontade comum de sujeitos livremente associados. Em outras palavras, os direitos humanos devem ser construídos através de um processo intersubjetivo que reconhece através da participação democrática as liberdades individuais, a autonomia pública e diferenças culturais. Na próxima seção trabalharemos a questão da fundamentação absoluta e relativa dos direitos humanos na perspectiva habermasiana.

3 CONSTRUÇÃO ABSOLUTA E RELATIVA DOS DIREITOS EM HABERMAS

A fundamentação dos direitos humanos para Habermas deve garantir a ligação entre a autonomia privada e pública dos cidadãos. O sistema jurídico deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos. Pois bem, como proporcionar a participação dos destinatários desses direitos em um processo democrático? Essa é a questão que Habermas pretende responder. Os direitos fundamentais estão ligados à ideia de auto legislação de civis exige que aqueles que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquan-

to autores do direito (HABERMAS, 2003, p. 157). O direito encontra força legitimadora em um tipo de coerção jurídica que garante certos motivos racionais de obediência do direito, em outras palavras, o direito positivo não pode obrigar os seus destinatários a obediência sem garantir o mínimo de autonomia e participação democrática no processo de construção do direito positivo. Para responde essa inquietação com referência aos direitos humanos Habermas garante o princípio do discurso.

Por isso, introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir - pela via da institucionalização jurídica - a figura de um princípio da democracia, o qual possa conferir força legitimadora ao processo de normatização. A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta de interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica (HABERMAS, 2003, p. 158).

O princípio da democracia aparece como um núcleo de sistemas de direitos. Neste sentido, a interligação entre a forma jurídica dará gênese lógica a um sistema de direitos, constituídos por um conjunto de cinco direitos fundamentais, os que devem gerar o próprio código jurídico (DUTRA, 2005, p. 277). Então se partirmos da institucionalização de direitos fundamentais não poderá haver qualquer direito legítimo sem um discurso consensual sobre esses direitos fundamentais. A interligação entre o princípio do discurso, a forma jurídica e o princípio da democracia dará o sistema de direitos fundamentais.

Essa interligação terá como resultado a gênese lógica de um sistema de direitos constituído por um conjunto de direitos fundamentais que contemplam boa parte dos direitos humanos elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito de liberdades de ação subjetiva em geral - constitutiva para a forma jurídica - e termina quando acontece a institucionalização jurídica das condições para o exercício discursivo da autonomia política. Essa é, na perspectiva de Habermas, a relação interna existente entre democracia e direitos humanos (TONETTO, 2005, p. 123).

Fica evidente com a colocação que é possível construir um conjunto de direitos fundamentais a partir da intersubjetividade mediada linguisticamente pelo princípio da democracia que aparece como núcleo de um sistema de direitos. O sistema de direitos deve precisar certos direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo. Desse modo, os direitos fundamentais passaram a ser construídos pelo princípio da democracia que interliga o princípio do discurso a forma jurídica. Para Habermas (2003, p. 159), “[...] o conceito de ‘forma jurídica’, que estabiliza as expectativas sociais de comportamento do modo como foi dito, e o princípio do discurso, à luz do qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral [...]”

Os direitos fundamentais para Habermas podem ser agrupados em cinco categorias básicas:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual (HABERMAS, 1997, p. 159).

As três formas expressas de direitos têm a origem na aplicação do princípio do discurso que atua como médium para a forma jurídica. Esses direitos regulam as relações entre civis livremente associados, antes de qualquer regulamentação ou organização do poder do Estado, contra o qual os civis devem proteger-se. Os conjuntos de direitos expressos garantem a autonomia dos sujeitos jurídicos à medida que estes são destinatários das leis. Habermas cita como exemplos no item (1), os direitos liberais clássicos como a dignidade do homem, à liberdade, à vida e integridade física da pessoa, à liberdade de escolha da profissão, à propriedade, à inviolabilidade da resistência. Para Dutra (2005, p. 228), “[...] a igualdade é o princípio de legitimação, de justiça: a simples forma dos direitos subjetivos não permite resolver o problema da legitimidade dessa lei.” A legitimidade do código de direito moderno encontra-se no princípio do discurso, o qual, possibilita uma maior medida possível de participação de iguais liberdades de ação subjetiva. Nesta perspectiva, a fundamentação dos direitos humanos habermasiana supera a forma Kantiana de fundamentação dos direitos humanos a partir do imperativo categórico. Para Kant, a fundamentação dos direitos humanos como lei geral dá-se pelo reconhecimento racional do indivíduo. Já para Habermas a legitimidade dos direitos humanos como lei geral dá-se pela forma linguística expressa no princípio do discurso.

O item (2) apresenta um direito fundamental o pertencimento a um grupo social, ou seja, a identidade como membro de uma comunidade. Esses direitos também provem do princípio do discurso. Como exemplo, o autor cita os direitos de proibição da extradição, o direito ao exílio e a participação política.

Em comunidades organizadas na forma de Estado, tais direitos assumem a forma de direitos de participação no Estado. Os aspectos exteriores da pertença ao Estado, que se apoiam no reconhecimento do respectivo Estado, não nos interessam aqui. Segundo eles, o status de membro forma a base para a atribuição das posições jurídicas materiais que perfazem o status de um civil no sentido da cidadania. Da aplicação do princípio do discurso resulta que cada um deve ser protegido contra a subtração unilateral dos direitos de pertença; porém ele deve ter o direito de renunciar ao status de membro. O direito à imigração implica que a pertença a uma associação deve repousar sobre um ato de aceitação por parte do sócio (ao menos suposto). Ao mesmo tempo, a imigração, portanto, a ampliação à comunidade de direito através de estrangeiros que desejarem obter direitos de associação, implica uma regulamentação que seja de interesse simétrico tanto dos membros como dos candidatos (HABERMAS, 2003, p. 161).

O status de membro de uma comunidade é inalienável. O princípio do discurso auxilia na perspectiva de reconhecimento do status do sujeito no grupo, mas em especial os direitos relativos ao exílio político ou o direito de não ser extraditado. Esses direitos estão presentes no Brasil. Por um lado, as questões de extradição política envolvendo agentes políticos acusados de corrupção, e, por outro lado, o número de estrangeiros que fugindo da miséria de seus países entram nas fronteiras e passam a ser reconhecidos pelo Estado de Direito Brasileiro.

No item (3), Habermas expõe a ideia de igualdade perante a lei.

A institucionalização jurídica do código de direito exige, finalmente, a garantia dos caminhos jurídicos, pelos quais a pessoa que se sentir prejudicada em seus direitos possa fazer valer suas pretensões. [...] à luz do princípio do discurso, é possível fundamentar direitos elementares a justiça, que garantem a todas as pessoas igual

proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvida, igual aplicação do direito, portanto, o direito de serem tratadas como iguais perante a lei, etc. (HABERMAS, 2003, p. 162).

Neste sentido, o princípio do discurso atuaria na garantia do tratamento igual perante a lei. Como exemplos históricos de direitos: a proibição dos tribunais de exceção, proibição do efeito retroativo, a proibição do castigo repetido no mesmo delito, bem como a interdependência pessoal do juiz (HABERMAS, 2003, p. 1962).

No item (4) Habermas (2003, p. 163) define a seguinte fórmula: “Direitos fundamentais a participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.” Estes direitos estão ligados à participação política. É nesse processo que os atores sociais passam de destinatários a autores do direito. Neste ponto, observamos a passagem do princípio do discurso para o princípio da democracia.

Iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma jurisdição simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e esta exige, por seu turno, uma formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direitos dos cidadãos. (HABERMAS, 1992, p. 164).

Para Dutra (2005, p. 232), “[...] trata-se, portanto, de um conjunto de direitos políticos visando à participação de todos os atingidos nos processos de decisão, de modo que a liberdade comunicativa de argumentar possa vir à tona nos processos legislativos.” Portanto, esses direitos garantem a liberdade de opinião, a liberdade de fé, participação em eleições e votações políticas, participação em movimentos sociais e em partidos.

No item (5), Habermas trabalha os direitos fundamentais relativos às questões sociais e ecológicas. Fórmula da seguinte forma:

Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4) (HABERMAS, 2003, p. 160). a) Em particular os direitos fundamentais expressos no item (5) se diferenciam dos apresentados nos itens de (1) até (4), pois, enquanto os direitos de (1) até (4) são absolutos os direitos fundamentais do item (5) são relativos. Sendo assim, Habermas pretende fundamentar um sistema de direitos que faça jus a autonomia privada e a autonomia pública. Desse modo, podemos apontar duas considerações; a) que os direitos elencados de (1) a (4), que se referem aos direitos de participação são fundamentados de forma absoluta porque garante a condição para a ação comunicativa ou a formação intersubjetiva da opinião dos cidadãos. São condições necessárias para a democracia. Por isso, esses direitos fundamentais são absolutos, pois, são indisponíveis e inalienáveis; b) Os direitos fundamentais expressos em (1) a (4) também garantem os pressupostos que Alexy (1990 apud DUTRA, 2005, p. 226) utilizou para esclarecer o princípio do discurso. A saber:

- a) todos podem participar de discursos;
- b) todos podem problematizar qualquer asserção;
- c) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso;
- d) todos podem manifestar suas atitudes, desejos e necessidades;
- e) todos podem exercer o direito acima.

Contudo, quando nos referimos aos direitos fundamentais relativos às regras parece não se aplicar da mesma maneira. No item (5) se apresenta os direitos relativos como uma forma de distribuir equitativamente as liberdades de ação que devem ser protegidas pelo direito de forma absoluta. Para Habermas (2003, p. 145), dos direitos sociais e ecológicos devem guardar algumas ressalvas como:

Um Estado social providente, que distribui chances de vida, garantido a cada um a base material para uma exigência humana digna através do direito ao trabalho, a segurança, à saúde, à habitação, à educação, ao lazer, à constituição de um patrimônio e às condições naturais de vida, correria o risco de prejudicar, através de suas intervenções antecipadas, a própria autonomia que ele deve proteger, preenchendo os pressupostos fáticos de um aproveitamento, em igualdade de chances, das liberdades negativas.

Como podemos verificar a formalização do direito pode se transformar em uma ameaça a autonomia privada. Para Habermas, caso os direitos fundamentais ligados às questões sociais e ecológica fossem fundamentados de forma absoluta poderia ocorrer uma instrumentalização que acabaria por aniquilar a autonomia pública e privada. Em outras palavras, a formalização do direito poderia retirar aquilo que deve proteger - a liberdade e a emancipação dos destinatários do direito em participar comunicativamente das decisões. Na medida em que o sistema de direitos assegura, tanto a autonomia pública quanto a privada, ele operacionaliza a tensão entre facticidade e validade, que descrevemos inicialmente como tensão entre a positividade e a legitimidade do direito. Essa tensão entre legitimidade e legalidade do direito somente será possível de resolver quando os destinatários do direito se reconhecerem como coparticipantes da formulação dos códigos jurídicos. A legitimidade do direito encontra-se na interligação do princípio do discurso com o princípio da democracia e a forma jurídica.

Mas ainda nos cabe a maneira de Habermas responder à seguinte pergunta: “[...] como será possível garantir as autonomia pública e privada de um indivíduo fundamentando os direitos sociais e ecológicos apenas de forma relativa?” Respondendo a essa questão, o autor, tece críticas ao Estado de Bem-estar social, por considerar que esse modelo de Estado garante as condições materiais mínimas para o cidadão, mas gradativamente vai tornando os cidadãos como clientes do Estado. O Estado passaria a ser paternalista. Essa forma de Estado diminui os espaços de participação e por fim dilui a possibilidade de formação da vontade coletiva.

Para Habermas (2003), existe uma tensão entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. A tradição socialista promove os direitos sociais em detrimento dos direitos de liberdade. Por outro lado, a corrente liberal tende a restringir os direitos sociais e ampliar os direitos de liberdade.

A fundamentação dos direitos somente será possível através da relação entre o princípio do discurso e o princípio da democracia, pois segundo Habermas, somente com a liberdade comunicativa que podemos garantir de forma legítima a democracia e o direito. No princípio da democracia que embasamos os direitos fundamentais que se dá através da cidadania e do direito de votar. Neste sentido, o princípio da democracia não tem relação com o desenvolvimento econômico.

O substrato social, necessário para a realização do sistema de direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operantes espontaneamente, nem pelas medidas de Estado de bem-estar que agem intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências

públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos (HABERMAS, 2003, p. 186).

O sistema econômico não pode neutralizar a autonomia pública e privada dos sujeitos, por isso, é necessário assegurar no sistema capitalista e no Estado de bem-estar social a autonomia dos sujeitos através de direitos subjetivos que podem ser discutidos amplamente através da ação comunicativa. Para Habermas (2003), é fundamental garantir a autonomia da pessoa. Por este fato, o autor, salienta a necessidade do cultivo de esfera pública autônoma que possam organizar um debate independente do controle do Estado e do sistema capitalista. Essas esferas são os partidos políticos, movimentos sociais, ONGs, sindicatos etc., que podem ampliar a participação das pessoas e fazer frente à domesticação ao poder da mídia e do sistema político-social. Essas esferas estão localizadas no mundo da vida, no qual, os assuntos de interesse geral podem ser discutidos, onde as opiniões possam ser expostas e resolvidas através de argumentos racionais sem o controle ou coação de um poder prévio que possa contaminar as discussões.

4 CONCLUSÃO

Por meio do artigo podemos tirar três conclusões referentes à construção dos direitos humanos fundamentais a partir da teoria discursiva habermasiana. Em primeiro lugar, inter-relação entre o princípio do discurso, o princípio da democracia e a forma jurídica são essenciais para a legitimidade das normas jurídicas. Neste ponto, encontramos a tensão entre legitimidade e facticidade do direito que pode ser resolvida quanto os destinatários das normas do direito se reconhecem como coparticipantes da elaboração das leis. Essa legitimidade encontra-se no princípio do discurso que se dissolve no princípio da democracia.

O segundo ponto, refere-se ao reconhecimento dos direitos em absolutos e relativos. Os direitos absolutos são legitimados a partir da ação comunicativa e reconhecidos pelas regras do discurso pertencendo a todos os indivíduos e a todos os Estados. Já os direitos relativos que são tratados no item (5) dizem respeito aos direitos sociais e ecológicos e devem ser tratados de forma relativa, pois, é um campo aberto ao debate devido a sua complexidade e as relações com o mundo da vida. Essa dinâmica de tratá-los de forma relativa os protege do paternalismo do Estado e da contaminação do mundo sistêmico. E por fim, esses direitos são contingentes, pois, possuem conteúdo variável de sociedade para sociedade.

Em terceiro lugar, é possível perceber que Habermas realiza uma releitura analítica dos direitos humanos a partir da ação comunicativa. Essa forma de entender os direitos humanos amplia a visão positivada da fundamentação e faz emergir um paradigma intersubjetivo de fundamentação dos direitos humanos. Essa possibilidade amplia a participação e a diversidade para a definição positiva dos direitos humanos.

THE FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS FROM THE HABERMASIAN DISCOURSE ETHICS

ABSTRACT

This article intends to analyze the foundation of human rights from the perspective of habermasian discourse ethics. In the book Law and Democracy (1992), the author presents a system of rights built from the beginning of the speech, the principle of democracy and the legal form that introduces five categories of fundamental rights. These rights are called absolute and relative. Considering these rights groups the objectivity of the article is located in trying to locate the habermasian discussion of human rights in the

sphere of law. Therefore, when theoretically support the package of human rights from the discourse ethics will allow for a critical look at the process of legitimation of human rights.

Keywords: Human Rights. Discourse ethics. Legitimation.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Theory of Practical Discourse. In: BENHABIB, S. BALLAMAYR, F. *The communicative ethics controversy*. Massachusetts: MIT, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Ed. UFSC, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Madrid, Espanha: Taurus, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1986.

MOREIRA, Luiz. *Com habermas, contra habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

TONETTO, Milebe Consendo. A fundamentação absoluta e relativa dos direitos em Habermas. In: PIZANI, Alessandro; DUTRA, Delamar Volpato (Org.). *Habermas em Discussão*. Florianópolis: NEFIPO, 2005.

TREVISOL, Marcio Giusti. *A legitimidade do direito na proposta habermasiana da ética discursiva*. 2007. 124 p. Tese (Mestrado em Filosofia)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

APLICABILIDADE DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Caren Silva Machado Medeiros*
Ana Paula Klemann**

RESUMO

Os direitos fundamentais evoluíram em decorrência do processo histórico e suas três principais dimensões são as que concernem aos direitos individuais, sociais e coletivos. O presente artigo se fundamenta nos direitos de segunda dimensão, os sociais, que exigem uma prestação positiva do Estado. Este “fazer” estatal, deve garantir o mínimo existencial, que implícito ao princípio da dignidade da pessoa humana, garante as condições mínimas para uma existência digna. Diante da limitação de recursos para atender a todos os anseios da sociedade, tem-se a reserva do possível, que visa garantir maior eficácia a alocação destes recursos escassos. Todavia, se utilizada de maneira deturpada pelo Poder Público a reserva do possível atua como fator limitador de direitos, ao passo que deveria garanti-los. Partindo deste pressuposto, as decisões sobre o que corresponde ou não ao mínimo existencial, fica ao arbítrio da Administração Pública. De modo que, cabe ao destinatário dos recursos, recorrer ao Poder Judiciário em face de seus direitos, para que a decisão possa ser tomada mediante a análise do caso concreto. O escopo deste artigo está em analisar a dicotomia do mínimo existencial e da reserva do possível, bem como verificar até que ponto a reserva do possível pode ser invocada, de forma a não ferir a dignidade da pessoa humana. Outrossim, a problematização da pesquisa está na materialização do chamado mínimo existencial e nos direitos intrínsecos a este. Trata-se de pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental.
Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Mínimo existencial. Reserva do possível.

1 INTRODUÇÃO

A evolução histórica teve grande impacto nos direitos fundamentais, alocando-os em três gerações ou dimensões de direitos. Os direitos de primeira dimensão se referem às liberdades individuais, ou seja, um “não fazer” do Estado. Já os direitos de segunda dimensão, também chamados de direitos sociais, exprimem um “fazer” do Estado, uma prestação positiva. E por fim os direitos de terceira dimensão referem-se aos direitos difusos e coletivos.

Todavia, este elenco em três dimensões não atua como fator restritivo de direitos fundamentais, partindo do pressuposto que os debates acerca dos direitos fundamentais jamais findam. No intento incessante de sanar as exigências sociais novos direitos são criados, ou reclassificados, como por exemplo, os direitos relacionados à engenharia genética e suas limitações quanto ao direito à vida, estes são tratados por alguns doutrinadores como direitos de quarta dimensão.

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Material e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera; Professora visitante da Pós-graduação em Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão; Professora titular de Direito do Trabalho, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Financeiro da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; caren.machado@unoesc.edu.br

** Especialista em Contabilidade e Controladoria pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade da Região de Joinville; Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; ana.klemann@gmail.com

A teoria do mínimo existencial parte da esfera dos direitos fundamentais e abarca as condições básicas para que o indivíduo tenha uma vida digna. O direito ao mínimo existencial é garantido em dispositivos constitucionais e abrange tanto as prestações positivas como as negativas do Estado.

Porém, suscita maiores discussões nas prestações positivas, nos direitos sociais, pois toda a prestação tem um custo e a escassez de recursos não permite sanar todas as demandas da sociedade. Para tanto, faz-se mister o entendimento da reserva do possível não como instrumento limitador de direitos, mas como pressuposto para a eficácia da aplicabilidade dos recursos, atingindo o maior número possível de cidadãos.

O estudo desta temática é de extrema relevância para o Direito brasileiro, por suscitar questões atinentes aos direitos fundamentais, os quais promovem recorrentes debates, especificamente no que concerne à dignidade da pessoa humana, dada a subjetividade e a abrangência da matéria.

Sob o viés dos direitos sociais, a essencialidade e o escopo deste artigo está em analisar a dicotomia do mínimo existencial e da reserva do possível, bem como verificar até que ponto a reserva do possível pode ser invocada, de forma a não ocasionar uma posição propositalmente absenteísta do Estado e não incidir em violação à dignidade da pessoa humana.

A problemática suscitada no presente artigo busca a materialização dos direitos albergados pelo mínimo existencial, elucidando quais são esses direitos garantidores da dignidade da pessoa humana, se são absolutos ou padecem de relativização.

Quanto à abordagem trata-se de pesquisa qualitativa, quanto aos procedimentos a pesquisa é bibliográfica e documental, por ser embasada em doutrinas, artigos científicos e jurisprudência.

2 HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NUMA PERSPECTIVA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

O rol de Direitos fundamentais assegurado pela Ilustre Carta Magna de 1988 em seu Título II, diz respeito aos direitos inerentes ao indivíduo, os quais são imprescindíveis para a construção de uma vivência digna.

A aceção do termo “direitos fundamentais”, trazido pela Constituição Federal, congloba direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos. Assim, as Constituições escritas encontram vinculação junto às declarações de direitos fundamentais, uma vez que a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dizia que o Estado que não possuísse separação de poderes e um rol de direitos individuais não teria uma Constituição (PINHO, 2011, p. 96).

Outrossim, depreende-se que os direitos fundamentais se encontram no cerne dos Direitos Humanos, uma vez que guardam estrita relação com os tratados internacionais que versam sobre referida temática. Num primeiro momento, os direitos fundamentais classificavam-se em gerações de direitos, ao passo que, atualmente denominam-se dimensões de direitos. Tal adequação fez-se mister dada a ampliação desses direitos no decorrer da evolução histórica, no intento ampliar sua abrangência, transmitindo uma ideia de direitos que transcendem.

Sob a perspectiva de Mendes e Branco (2012, p. 205), a idade moderna trouxe maior ênfase aos direitos fundamentais no que concerne à inversão da típica relação entre Estado e indivíduo, reconhecendo primeiramente o indivíduo como sujeito de direitos, e, na sequência atribuindo-lhe

deveres perante o Estado. E os direitos que o Estado exerce sobre o indivíduo fundamentam-se em manutenção das necessidades dos cidadãos.

Na esfera dos direitos fundamentais, o relacionamento entre indivíduo e Estado, paulatinamente deixou de ser uma relação equiparada a soberano e súdito, para alcançar os moldes do atual Estado Democrático de Direito. Esse aprimoramento da atividade Estatal em face dos direitos resguardados aos cidadãos remeteu a uma classificação destes direitos, elencados em direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, ou geração.

Os direitos de primeira dimensão correspondem aos direitos individuais e políticos, exprimindo uma ideia de liberdade. É a imposição de limites à intervenção estatal, resguardando direitos inerentes a cada pessoa humana. Caracterizam a prestação negativa do Estado, um “não fazer” em prol do cidadão.

O nacional deixa de ser súdito, passando à condição de cidadão, com direitos tutelados pelo próprio Estado. Tais direitos se originaram nas grandes revoluções burguesas do final do século XVIII, a Revolução Americana, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789. Dentre esses direitos individuais estão a liberdade de locomoção e inviolabilidade de domicílio e de correspondência (PINHO, 2011, p. 98).

Nesta toada, os direitos de primeira dimensão consagraram o indivíduo como livre em sua esfera privada e colocam um entrave na interferência estatal sobre os particulares, as questões sociais passam a apresentar deficiências decorrentes da ausência da tutela do Estado. Tais deficiências se agravaram com o advento da Revolução Industrial, exigindo medidas que estabelecessem uma nova dimensão de direitos fundamentais.

Destarte, a segunda dimensão traz os direitos de igualdade, cingindo os direitos sociais e econômicos, que têm o intuito de aprimorar as condições de vida e de trabalho da população. Tais direitos referem-se a uma prestação positiva, um fazer do Estado e se originaram de lutas da classe trabalhadora em um segundo período do capitalismo, a exemplo dos direitos trabalhistas, como o salário mínimo, a aposentadoria, a previdência social, o décimo terceiro salário e as férias remuneradas (PINHO, 2011, p. 98).

A indignação da classe trabalhadora frente às condições insalubres de vida e trabalho deu origem aos direitos de segunda dimensão, os chamados direitos sociais. Estes, distintamente dos direitos de primeira dimensão, carecem de uma prestação positiva do Estado.

Nas palavras de Mendes e Branco “São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 206).

Ainda no tocante aos direitos fundamentais de segunda dimensão, tem-se que estes são direitos sociais e coletivos que brotaram de reflexões e da ideologia antiliberal do século XX. Estão fundamentados no princípio da igualdade, não podendo dele se separar, sob pena de perder a razão que os fomenta (BONAVIDES, 2005, p. 564).

O princípio da igualdade ganhou força na segunda dimensão de direitos fundamentais, engajado nos ideais de melhores condições de trabalho, abriu um precedente para a criação de vários outros direitos oriundos de uma prestação positiva do Estado.

O princípio da igualdade ganhou força na segunda geração de direitos fundamentais, tendo atendido o direito à prestação estatal e o reconhecimento do direito de greve. São chamados

de direitos sociais por estarem atrelados a reivindicações de justiça social, podendo sua titularidade pertencer a indivíduos singularizados (MENDES; BRANCO, 2012, p. 206).

Neste íterim, cristalina a relevância dos direitos de segunda dimensão na con-substanciação do atual Estado Democrático de Direito. Essa dimensão de direitos pautados na isonomia entre os indivíduos impulsionou o surgimento de novas dimensões de direitos, os quais transcendem a mera atuação do Estado nas esferas individual e social.

A terceira geração considera os direitos de fraternidade ou de solidariedade. O Estado passou a tutelar, além dos direitos individuais e sociais, os direitos de uma sociedade de massas, nascida em razão da industrialização e urbanização, onde os conflitos sociais não eram resolvidos de forma eficaz somente com a proteção de direitos individuais (PINHO, 2011, p. 98).

Com a evolução da sociedade fez-se mister um pensamento direcionado aos interesses da sociedade em sua totalidade, sob a luz dos interesses coletivos. Originando os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Resta imperioso ressaltar o posicionamento filosófico de Bonavides quanto a origem dos direitos de terceira dimensão. Segundo ele, os direitos de terceira dimensão são fruto do humanismo e universalidade cristalizados ao fim do século XX. Enquanto os direitos de primeira e segunda dimensão protegem o indivíduo ou um grupo determinado, os direitos de terceira dimensão se destinam ao gênero humano, como valor supremo para uma existencialidade concreta. Essa dimensão de direitos emergiu da reflexão sobre temáticas atinentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2005, p. 569).

Depreende-se que na órbita dos direitos de terceira dimensão encontram-se os direitos difusos ou coletivos, decorrentes de um longo processo de reflexão e da humanização dos direitos fundamentais, criando uma nova esfera de direitos, que abarca o direito à qualidade do meio ambiente e à conservação do patrimônio histórico e cultural, dentre outros atinentes à coletividade.

Embora cada geração ou dimensão tenha se originado de uma demanda social em um determinado período histórico, elas coexistem, podendo incorrer em novos direitos ou adaptações dos já existentes com o intuito de sanar as necessidades que surgirem. Tem-se, por exemplo, a garantia contra certas manipulações genéticas, trazendo debates sobre o clássico direito à vida em contraponto aos avanços da ciência (MENDES; BRANCO, 2012, p. 207).

A atual denominação de dimensão de direitos remete a ideia de direitos de não se limitam em função do tempo, direitos que em sua totalidade atuam de forma a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, que está entre os basilares do atual ordenamento jurídico brasileiro. A relevância de tais direitos é expressa constitucionalmente em cláusula pétrea (art. 60, IV, CF), assegurando que os direitos e garantias individuais não podem objeto de Proposta de Emenda Constitucional tendente a aboli-los, ou seja, não podem ser restringidos, apenas ampliados.

3 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO UM INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No tocante à reserva do possível, faz-se mister uma observação criteriosa, deixando de concebê-la como um mero fator de limitação de direitos fundamentais, para compreendê-la como

um instrumento para a concretização destes, de modo a direcionar os recursos escassos à conservação da essência dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Sarlet (2008, p. 20), a designada reserva do possível, se refere a um conjunto de resistências aos direitos sociais como direitos subjetivos, e têm impulsionado grandes discussões, que vão desde o conteúdo em si da reserva do possível, até os limites da atuação jurisdicional nesta matéria.

As discussões acerca da reserva do possível se fundamentam na invocação errônea desta cláusula, de modo a impor óbice a direitos fundamentais. Os direitos sociais a que ela muitas vezes se opõe, são de cunho individual, ou seja, são direitos garantidos a uma coletividade que podem ser requeridos em face de um singular por motivos particulares.

O valor econômico dos direitos fundamentais também enseja posicionamentos distintos, a visão de que somente a dimensão prestacional do Estado possui mensuração econômica resta plenamente equivocada. No entendimento de Sarlet (2008, p. 21), os direitos fundamentais podem ser destituídos de valor econômico dependendo do bem jurídico que protegem, neste caso, vida, intimidade, liberdade, etc.

Porém, todos os direitos fundamentais são de certa forma, direitos positivos, no sentido de que os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral também exigem um conjunto de medidas positivas por parte do poder público no que tange a sua tutela e promoção. Para tanto, demandam recursos materiais e humanos para sua efetivação. Outrossim, pode-se afirmar que todos os direitos fundamentais podem implicar um custo, não somente na dimensão prestacional.

Considerando que pode haver custo tanto para a concretização de direitos positivos como nos negativos, nítida a relevância das discussões acerca da reserva do possível, visto que o Estado não conta com uma fonte inesgotável de recursos e estes devem ser geridos da maneira mais eficaz em prol da sociedade e da valorização do ser humano.

Sarlet (2008, p. 23) aduz sobre a origem alemã da expressão reserva do possível, no início da década de 70. Nessa compreensão de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais estaria resguardada pelas capacidades financeiras do Estado, condicionando direitos fundamentais a prestações financiadas pelos cofres públicos.

Contudo, na transposição do modelo alemão para o cenário brasileiro, há de se observar as peculiaridades existentes em cada nação. Condicionar a realização de direitos sociais à existência de recursos disponíveis pode reduzir drasticamente a eficácia destes direitos, uma vez que, nem sempre a captação de recursos acompanha as necessidades constantes dos indivíduos.

Partido desse pressuposto, a reserva do possível compreendida em sentido amplo, apresenta pelo menos um conteúdo tridimensional abarcando: a) a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda relação com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET, 2008, p. 27).

Desse modo, é nítida a complexidade da matéria intitulada reserva do possível, tendo em vista que abrange um conjunto de medidas por parte da organização Estatal, que compreendem desde a disponibilização dos recursos financeiros e humanos até a questão da proporcionalidade e da razoabilidade das prestações. A opção por tratar uma população inteira contra a gripe ou

prestar assistência a um único paciente terminal pode ser trágica, mas é necessária. E neste tipo de decisão, controversa e polêmica, se fundamenta a reserva do possível.

Corroborando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aduzindo que a escassez dos recursos públicos pode instaurar situações de conflito, a serem dirimidas por meio de políticas públicas definidas no texto constitucional ou com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República. Tendo o Estado o encargo de optar por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes. Esse drama gerado pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária leva a “escolhas trágicas”, sob uma perspectiva de intangibilidade do mínimo existencial (BRASIL, 2011).

Mensurar o valor de um direito fundamental em comparação a outro é sem dúvida uma tarefa árdua, partindo da premissa que cada qual, a seu modo, assegura a seu titular uma existência digna. Portanto, a opção por efetivar um direito, em detrimento de outro de igual valor, caracteriza a intangibilidade do mínimo existencial.

Salienta Sarlet (2008, p. 28), muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada como justificativa para impedir intervenção judicial e para a omissão estatal no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais. Assim, na invocação da reserva do possível, deve-se considerar o disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.

Neste contexto, a utilização da reserva do possível não pode confrontar a garantia ao mínimo existencial, pelo contrário, deve possibilitar sua concretização. É inegável que a escassez de recursos públicos constitui óbice para a implementação de muitas políticas públicas, contudo, não pode o Estado imbuir-se do disposto sobre a reserva do possível para se omitir, não prestando a devida assistência aos cidadãos. Portanto, nos casos onde de fato houver ausência de recursos, cabe ao Estado fazer prova de tal insuficiência e fazer a alocação eficiente dos recursos disponíveis.

4 COMPREENDENDO O MÍNIMO EXISTENCIAL EM SUA MATERIALIDADE

O mínimo existencial tem sido amplamente discutido na jurisprudência, que o traduz como implícito ao princípio da dignidade da pessoa humana, englobando as condições necessárias para uma vida digna, possibilitando a concretização de direitos como a liberdade, além de prestações positivas do Estado como o direito à saúde, à educação, à alimentação, à moradia e à segurança.

O direito ao mínimo existencial é um direito fundamental garantido na Constituição Federal de 1988 e intrínseco ao disposto no artigo 1º, III da Carta Magna, que traz entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2011).

Sob este prisma, tem-se o mínimo existencial tanto nos direitos de primeira dimensão, ou seja, no “não fazer” do Estado, como também nos direitos sociais, que compreendem um agir do Estado. Contudo, o impacto maior é sobre as prestações positivas, dada a escassez de recursos para a plena concretização de alguns desses direitos.

O mínimo existencial não está previsto expressamente no texto constitucional vigente, no entanto, a Constituição de 1946 já assegurava o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas em condição econômica desfavorável. Ainda que

o dispositivo constitucional não apareça explicitamente, tal como em 1946, a doutrina nacional continua reconhecendo sua existência. O mínimo existencial pode apresentar-se tanto nas prestações positivas do estado, de natureza assistencial, como nas negativas, como a imunidade fiscal (FLORES, 2007, p. 75).

Para ajudar na compreensão do tema toma-se por base a doutrina do status de Jellinek, de índole positivista, encontrava-se associada “[...] à concepção do Estado de Direito formal e ao individualismo” e contemplava o status subiectiones, status libertatis, status civitatis e o status activae civitatis. Contudo, a teoria moderna ampliou o quadro do status e o adaptou à realidade do Estado Social de Direito. Dentro do contexto que pretende-se abordar, destacam-se os denominados status positivus socialis e status positivus libertatis (TORRES, 2009, p. 180).

Os direitos denominados prima facie são os direitos sociais relacionados ao status positivus socialis não ensejam prestações estatais obrigatórias e gratuitas, que demandam a interpositio legislatoris para existirem e devem ser exercidos de acordo com a vontade do legislador. Esses direitos sujeitam-se a uma “otimização progressiva” e a reserva do possível, tornando-se inteiramente subordinados a existência de políticas públicas e sociais. Com relação a estes direitos, convém salientar que os mesmos devem ser proporcionados pelo Estado até “[...] o ponto em que não se prejudique o processo econômico nacional, e não se comprometa a saúde das finanças públicas.” (TORRES, 2009, p. 130).

Pode-se inferir que existem direitos sociais que dependem da concessão do legislador, pois não geram por si sós a pretensão a prestações positivas do Estado e não possuem eficácia erga omnes. São direitos que estão postos na Constituição na forma de normas programáticas sujeitos sempre ao interpositio legislatoris, especificamente pela via do orçamento público, que é o documento onde se perfectibilizam as escolhas em matéria de direitos sociais, sempre levando em conta que tais direitos são determinados dentro de um espaço de recursos financeiros escassos e limitados (TORRES, 2009, p. 273).

Embora a garantia do mínimo existencial não esteja expressa na Constituição de 1988, está implícita em diversos dispositivos, além do art. 1º, III e art. 3º, III, tem-se a referida questão da imunidade fiscal, um exemplo de prestação negativa do Estado, onde se observa previsão constitucional no art. 150, que trata das limitações do poder de tributar, vedando possíveis abusos neste sentido e do artigo 145 que delimita a tributação de acordo com a capacidade econômica do indivíduo.¹

Tal disposição constitucional confere o mínimo existencial ao contribuinte por meio dos direitos de primeira dimensão, de modo que a arrecadação de impostos deve respeitar a individualidade do contribuinte, cobrando impostos condizentes com os rendimentos e o patrimônio de cada indivíduo, garantido assim o mínimo necessário para uma existência digna.

Há quem defenda a atuação do Poder Judiciário no que concerne a concretização dos direitos sociais, como o direito à saúde e à educação, argumenta-se que são direitos indispensá-

¹ Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e a atividade econômica do contribuinte (CF, art. 145 §1º).

veis para que o ser humano tenha uma vida digna, sendo pertinente sua apreciação na via judicial (MENDES; BRANCO, 2012, p. 881).

Nesta toada, sendo o indivíduo privado de seu direito, e, sentindo, portanto, que houve ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, pode este recorrer em juízo, solicitando a devida prestação por parte do Poder Público. Considerando a impossibilidade de exaurir todo o conteúdo atinente à dignidade da pessoa humana, qualquer ponderação de valor com outro preceito fundamental faz-se insustentável, devido a abrangência e a complexidade da matéria.

Outrossim, para Flores (2007, p. 78), o direito ao mínimo existencial, não demanda significativas indagações, no concernente às prestações negativas do Estado, tendo em vista que a supressão da incidência fiscal para aqueles que não dispõem de meios favorece uma existência digna. Contudo, no aspecto de prestações positivas, o direito ao mínimo existencial possui uma conotação dramática, em razão da limitação dos recursos orçamentários.

Os debates mais fervorosos acerca do mínimo existencial sem dúvida estão na prestação positiva do Estado, na garantia à educação, saúde, trabalho, lazer, cultura, entre outros. Sobre tudo na educação e saúde o anseio social não é por uma mera garantia de serviço gratuito, mas pela garantia de um serviço de gratuito de qualidade, que confira ao indivíduo o mínimo no que se refere à dignidade da pessoa humana. Porém, o entrave nessa prestação positiva condizente às expectativas sociais está na disponibilidade dos recursos necessários para concretizá-las.

Como regra, a noção de mínimo existencial impõe um padrão mínimo de segurança material, onde o Estado estaria compelido a concretizar as condições, não necessariamente ótimas, para uma existência com dignidade (LEAL, 2000, p. 106). A este padrão mínimo são outorgadas as características básicas dos direitos da liberdade, constituindo-se em um direito público subjetivo do cidadão, aos quais independem de complementação legislativa, tendo eficácia imediata (TORRES, 2009, p. 34).

Disso resulta a conclusão de que o mínimo existencial se constitui de um conjunto de prestações materiais obrigatórias a assegurar a cada pessoa a sua dignidade, e que está imunizado contra ingerências por parte do Estado e da sociedade.

Por outro lado, é cediço que o mínimo existencial cinge direitos atinentes à dignidade da pessoa humana, no entanto, é uma concepção dotada de abstração. Afinal, o que de fato garante a dignidade da pessoa humana? Como atribuir esse mínimo existencial considerando sua subjetividade frente a cada indivíduo?

Figueiredo (2010, p. 25) corrobora, aduzindo que o mínimo existencial se molda num conjunto de prestações Estatais garantidoras da dignidade de cada pessoa, não estando sujeitas a intervenções por parte do Estado e da sociedade.

Nesta seara, faz-se mister esclarecer no que consiste a dignidade da pessoa humana. Sarlet (2012, p. 73) a conceitua como qualidade inerente ao ser humano, parte do respeito que lhe é devido pelo Estado e pela comunidade, conglobando direitos e deveres fundamentais que visam coibir qualquer exposição à condição degradante, garantindo o mínimo necessário para uma existência saudável.

Outrossim, a controvérsia está em definir quais são esses direitos com o condão de garantir ao indivíduo uma vida digna. Alexy (2011, p. 512) salienta a necessidade de uma ponderação de princípios, para assim poder mensurar os direitos sociais que o indivíduo detém. Considera, sobretudo, a liberdade fática, e, por outro lado, a competência decisória do legislador, além de outros

princípios concernentes à liberdade jurídica de terceiros, outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos.

Embora a aplicação de um juízo de valor sobre direitos fundamentais igualmente consagrados e protegidos pelo legislador constitua uma tarefa árdua, imprescindível se faz a ponderação destes no caso concreto. Não há o que se falar, portanto, em direitos subjetivos absolutos no tocante aos direitos sociais, pois estes estão condicionados a uma ponderação baseada na realidade fática. O que de certa forma constrói um paradoxo, pois, ainda que o Estado seja obrigado a assegurar os direitos sociais que refletem na dignidade da pessoa humana, tais direitos podem sofrer ponderação em relação a outros direitos, no intento de garantir a todos os indivíduos o mínimo para uma vivência digna.

Adentrando o aspecto da materialidade do mínimo existencial, é notório que dele fazem parte os direitos sociais, os quais se pautam na igualdade entre os indivíduos. Não se pode olvidar que dentre as prestações positivas do Estado para a garantia do mínimo existencial está o disposto no artigo 3º, inciso III da Lei Maior, que traz entre os objetivos principais da República a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades.

O combate à miséria guarda estrita relação com a garantia ao mínimo existencial. No entanto, a linha tênue estabelecida entre os direitos sociais e o mínimo existencial fomenta ações do governo nos dois sentidos, perdendo-se o enfoque central que é a luta contra a miséria (TORRES, 2009, p. 17).

Analisando o conjunto de prestações obrigatórias do Estado aos indivíduos, emerge o questionamento: Há limite material para o provimento do mínimo existencial? O Estado tem o dever de conceder saúde e educação a todos, indistintamente, mas qual o limite dessa prestação? Afinal, a saúde abrange o viés preventivo e curativo, já a prestação educacional abrange desde a educação infantil, podendo ir além do ensino superior, mas o que é de fato obrigatório ao Estado?

A perspectiva de Torres (2009, p. 246) no tocante ao direito à saúde é pela definição de fronteiras entre um direito fundamental, que leva à prestação obrigatória estatal e um simples direito social, fora do âmbito do mínimo existencial e condicionado a escolhas orçamentárias. Para Sarlet (2012, p. 286), o nível de prestação de direitos sociais se relaciona com a conjuntura atual da sociedade, com a situação econômica em que se encontra, condicionando a esta a efetiva realização das prestações reclamadas.

Destarte, o entendimento que se obtém é pela prestação positiva do Estado no tocante a direitos fundamentais, o que não impede que se busque na via judicial pelo provimento de um direito que não adentre o rol de direitos fundamentais, mas que no caso concreto garanta o mínimo existencial na situação peculiar do indivíduo. Entrementes, as prestações excedentes ao previsto legalmente como obrigatório, sujeitam-se às limitações oferecidas pelo cenário econômico e pela conjuntura em que a sociedade se encontra.

Analisados conceitos pertinentes à reserva do possível e ao mínimo existencial passa-se a analisar um julgado do STF sobre a temática, bem como uma singela análise do caso africano Irene Grootbom.

5 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Esclarecida a dicotomia que envolve o mínimo existencial e reserva do possível, faz-se mister elucidar o entendimento jurisprudencial no que concerne a aplicação da cláusula da reserva do possível. Neste ínterim, é posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO INOMINADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRAGÉDIA DAS CHUVAS QUE ATINGIU O MUNICÍPIO DE NITERÓI NO ANO DE 2010. ALUGUEL SOCIAL. DIREITO À MORADIA. BUSCA PELA INCLUSÃO EM PROGRAMAS HABITACIONAIS. AUTOR QUE COMPROVOU TER TIDO SUA RESIDÊNCIA INTERDITADA PELA DEFESA CIVIL. OBSERVÂNCIA AOS DIREITOS ASSEGURADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO INOMINADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO” [...] Em relação à teoria da reserva do possível, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal entende por sua inaplicabilidade em face de injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado. Ademais, a jurisprudência desta Corte também abona a possibilidade de controle jurisdicional na espécie, tendo em vista a necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais na implementação de políticas públicas. A propósito, confira-se excerto da ementa da STA-AgR 223, Rel. p/ ac. Celso de Mello, DJe 9.4.2014, na qual o Pleno assim se pronunciou: “A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO [...] CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) [...] (BRASIL, 2015).

A jurisprudência colacionada traz a lide apreciada pelo emérito Supremo Tribunal, que não reconheceu o recurso extraordinário com agravo, interposto pelo estado do Rio de Janeiro em face de um particular, não acolhendo a invocação da reserva do possível.

A demanda fundamentou-se na busca do autor pela concretização do direito social à moradia, uma vez que este, comprovadamente, foi desprovido de sua morada em virtude de causa natural, necessitando da tutela jurisdicional em caráter emergencial. Pleiteou a inclusão em programa de moradia popular, todavia, o estado do Rio de Janeiro, eximindo-se da prestação invocou a cláusula da reserva do possível, a qual restou descartada pela corte.

O deslinde dos fatos apurou o injusto inadimplemento de obrigação devida ao particular pelo ente federado. Ressaltou que a invocação da reserva do possível deve estar condicionada à observância de certos preceitos constitucionais, como a vedação ao retrocesso social e, por fim, a garantia ao mínimo existencial.

No tocante a eficácia dos direitos fundamentais frente a escassez de recursos, esta pesquisa preocupou-se em fazer uma breve análise no direito comparado sobre um case emblemático que ocorrera na África. A jurisprudência africana, no conhecido Caso Grootboom. O Caso CCT 11/00 foi julgado na Suprema Corte da África do Sul, tendo como partes da lide o Município em face de Irene Grootboom, a qual representou mais de 900 pessoas entre adultos e crianças na busca pela concretização do direito à moradia. Veja trecho da decisão emblemática:

O caso traz a dura realidade de que a promessa da Constituição da dignidade e igualdade para todos continua a ser para muitos um sonho distante. As pessoas não devem ser impelidas por condições de vida intoleráveis a recorrer a invasões de terra. [...] O grupo de pessoas com quem estamos em causa no presente processo viviam em condições desumanas, decidiram mudar-se ocupando ilegalmente terra de outra pessoa. Eles foram despejados e desabrigados. A causa raiz dos seus

problemas são as condições intoleráveis em que eles estavam vivendo enquanto esperavam na fila a sua vez de ser atribuída habitação de baixo custo. Eles são as pessoas cujos direitos constitucionais têm que ser determinados neste caso. [...] Irene Grootboom e outros ficaram desabrigados como resultado de sua expulsão de suas casas informais situadas em terrenos privados destinados à habitação formal de baixo custo. Eles apelaram para o Cabo da Boa Esperança High Court (Tribunal de Grande Instância) para uma ordem exigindo do governo para fornecer-lhes abrigo básico adequado ou habitação. [...] O acórdão concluiu provisoriamente que tendas, latrinas portáteis e um abastecimento regular de água. (SOUTH AFRICA, 2000, tradução nossa).

A fundamentação utilizada para tanto foi pela concretização de direitos previstos constitucionalmente e que não podem ser vistos isoladamente. Percebe-se no caso o entendimento endossado pelo Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC - no plano internacional. O qual prevê no item 1 do seu artigo 2^a que os Estados-partes se comprometem a adotar medidas que garantam o pleno exercício dos direitos reconhecidos no referido acordo até o máximo de seus recursos disponíveis.

A nossa Constituição consagra tanto os direitos civis e políticos como os direitos sociais e econômicos. Todos os direitos em nossa Bill of Rights estão inter-relacionados e se reforçam mutuamente. Não pode haver dúvida de que a dignidade humana, a liberdade e a igualdade, os valores fundamentais da nossa sociedade, são negados aos que não têm comida, roupa ou abrigo. Proporcionar direitos socioeconômicos para todas as pessoas, portanto, permite-lhes desfrutar dos demais direitos consagrados no Capítulo 2. A realização desses direitos também é fundamental para o avanço da raça e gênero igualdade e da evolução de uma sociedade na qual homens e mulheres são igualmente capazes de atingir seu pleno potencial. [...] O direito de acesso a uma habitação condigna não pode ser visto isoladamente. Há um estreito relacionamento entre ele e os outros direitos socioeconômicos. [...] O Estado é obrigado a tomar medidas positivas para satisfazer as necessidades das pessoas que vivem em condições extremas de pobreza, falta de moradia ou moradia intolerável. (SOUTH AFRICA, 2000, tradução nossa).

O caso em tela mostra a busca de Irene Grootboom, representando cerca 900 pessoas pela concretização do direito à moradia previsto na Constituição sul-africana. As condições de habitação enfrentadas por essas pessoas eram degradantes, viviam em uma favela sem as mínimas condições de saneamento. Diante do não cumprimento da promessa do poder público em melhorar a situação, as pessoas optaram por ocupar outra área sem a devida permissão.

Após sucessivas ordens de despejo e alocação dos moradores em locais provisórios, o Estado africano foi obrigado a se posicionar, de modo garantir, de acordo com os recursos disponíveis, a concretização do direito à moradia digna. Embora a escassez de recursos não possibilitasse a cada indivíduo receber uma casa, o Estado concedeu lonas para abrigar os moradores, oferecendo-lhes as condições mínimas de dignidade, na proporcionalidade dos recursos disponíveis.

A jurisprudência supracitada aborda o mínimo existencial em sua materialidade. O Estado não pode manter uma posição absenteísta frente à miséria e a degradação do ser humano. Ainda que a captação dos recursos cresça de forma desproporcional às necessidades humanas, não se

pode criar um contingente de direitos a serem providos, mas pode-se prover o direito na proporção dos recursos que o Estado possui, respeitando o mínimo existencial para cada indivíduo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução histórica da sociedade consiste em uma incessante evolução de direitos. Os direitos de primeira dimensão se fundamentam nas liberdades individuais, em um “não fazer” do Estado, ao passo que os direitos de segunda dimensão concernem na prestação positiva do Estado, são os chamados direitos sociais, pautados na isonomia entre os indivíduos. No tocante aos direitos de terceira dimensão, tem-se os direitos difusos e coletivos, como o direito ao meio ambiente saudável. Esse rol de direitos não é taxativo, atualmente já se fala em direitos de quarta dimensão, atinentes à engenharia genética e tendem a ser infinitamente ampliados, porém, não podem ser reduzidos ou restringidos.

A Carta Magna de 1988 é um marco de direitos fundamentais, exaltados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio pressupõe que a dignidade é inerente ao ser humano, cabendo ao Poder Público assegurar a efetividade dos direitos a ela concernentes.

Os direitos e garantias fundamentais, não se restringem apenas àqueles compreendidos no Título II da Constituição Federal de 1988, se estendem por todo o ordenamento jurídico e fornecem subsídios para uma existência plena e digna.

Ainda sob o prisma da dignidade da pessoa humana, tem-se o mínimo existencial, ou seja, as condições mínimas, que devem ser asseguradas ao indivíduo para que este possa viver com dignidade. Outrossim, a interpretação acerca do tema não pode ser restritiva, de modo a imprimir conotação de mínimo necessário para vida, tendo em vista que para tanto, bastaria à proteção do direito à vida.

O maior impasse com relação ao mínimo existencial está nos direitos que exigem uma prestação positiva do Estado, nos direitos sociais. A impossibilidade de sanar todas as necessidades sociais devido a insuficiência de recursos origina a cláusula da reserva do possível.

Pode-se concluir que a noção de mínimo existencial impõe um padrão mínimo de segurança material, onde o Estado estaria compelido a concretizar as condições, não necessariamente ótimas, para uma existência com dignidade. A este núcleo basilar são outorgadas características básicas dos direitos da liberdade. Podendo dizer que constituem um direito público subjetivo do cidadão, aos quais independem de complementação legislativa, tendo eficácia imediata.

Entrementes, a reserva do possível é passível de ambiguidades. Uma análise superficial remete a uma ideia de limitação de direitos, quando na verdade, a reserva do possível possui cunho social de garantia de direitos. A divergência está em como o Poder Público se utiliza dessa cláusula. O que deveria servir de instrumento para possibilitar uma alocação de recursos mais eficiente, tem sua utilidade deturpada, sendo empregada para fins de omissão Estatal, ou seja, para que o Estado se abstenha da sua função de garantidor dos direitos fundamentais.

Quanto à materialidade do mínimo existencial, entende-se que sua essência está, em regra, entre os direitos sociais e outros direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988. No entanto, a delimitação do mínimo existencial sofre influência direta da conjuntura econômica da sociedade em cada período histórico, o que não implica em uma posição absenteísta do Estado, mas em uma realocação de recursos.

Em observância ao entendimento jurisprudencial atual, a invocação da reserva do possível está atrelada à observância de preceitos constitucionais, como a vedação ao retrocesso social e, sobretudo, a garantia ao mínimo existencial, o qual guarda estrita relação com a dignidade da pessoa humana.

A reserva do possível sem o devido respaldo constitucional configura injusto inadimplemento de obrigação e, quanto a isso, é uníssona a jurisprudência, não reconhecendo a invocação da cláusula.

Ademais, considerando o Caso Grootboom, julgado na África no em outubro de 2000, o Estado não pode se abster da sua função prestacional ante a insuficiência de recursos, o julgado mostrou ser possível atentar sobre a dignidade da pessoa humana na proporcionalidade dos recursos que se possui, atendendo ao mínimo existencial.

Diante do exposto, nítidos são os percalços enfrentados para que se atinja o mínimo existencial. Outrossim, na hipótese de lesão à direito, aquele que se sentir lesado, pode, pelo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV da CF/1988), levar a possível violação à apreciação do Poder Judiciário.

Ademais, a dignidade do ser humano não pode estar adstrita ao arbítrio da Administração Pública, cabe ao Poder Judiciário, ao juiz em sua faceta de intérprete e aplicador do Direito, analisar os casos no plano concreto, atuando como guardião da lei e obstando violações a direitos fundamentais.

APPLICABILITY OF THE MINIMUM EXISTENTIAL THEORY AND POSSIBLE RESERVE AS FUNDAMENTAL RIGHTS OF WARRANTY

ABSTRACT

Fundamental rights have evolved as a result of the historical process and its three main dimensions are those relating to individual, social and collective rights. This article is based on the second dimension of rights, social, requiring a positive provision of the state. This “do” state must ensure the existential minimum, which implies the principle of human dignity, guarantees the minimum conditions for a dignified existence. In the face of limited resources to meet all the desires of society, we have to reserve as possible, aimed at ensuring more effective allocation of these scarce resources. However, if used in a distorted manner as possible by the reservation Government Rights acts as a limiting factor, whereas it should guarantee them. On that basis, decisions on which corresponds or not to the existential minimum is at the discretion of the Public Administration. So, it is up to the recipient of the resources, recourse to the courts in the face of their rights, so that the decision can be made through the analysis of the case. The scope of this article is to analyze the dichotomy of existential minimum and reserves as possible and see to what extent the reserve can be invoked in order to not hurt the dignity of the human person. Moreover, the questioning of the research is the materialization of the existential minimum and called intrinsic rights to this. It is qualitative, bibliographic and documentary research.

Keywords: Fundamental rights. Human dignity. Existential minimum. Reservation possible.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil*: possibilidade constitucional. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão em 23 ago. 2011. Brasília, DF, 15 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário 887232*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Decisão em 11 maio 2015. Brasília, DF, 15 maio 2015. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188948545/recurso-extraordinario-com-agravo-are-887232-rj-rio-de-janeiro-0055292-7720148190000>>. Acesso em: 30 maio 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FLORES, Gisele Maria Dal Zot. Mínimo existencial: uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais. *Justiça do Direito*, v. 21, n. 1, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, Belo Horizonte, p. 163-206, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2014.

SOUTH AFRICA. *Constitutional Court of South Africa*. Case CCT 11/00. Decided on 04 Oct. 2000.

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

DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONSTITUCIONALISMO(S) E RESSIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA

Ivone Fernandes Lixa*

RESUMO

Em fins do século XX novos e difusos discursos do Direito vão apontando a emergência de modelos teóricos inovadores autodenominados “críticos”. No Brasil, neste contexto, se inaugura uma inovadora e revolucionária face do constitucionalismo que expande o poder do Judiciário, em nome da defesa da ordem democrática e direitos fundamentais. Nesta esteira de mudanças uma das novidades é o amplo catálogo de direitos sociais que redefine o campo hermenêutico, até então herdeiro da tradição formal legalista moderna. Entretanto, no desejo de consolidar e garantir tanto no plano institucional como cultural os direitos fundamentais, se assiste na primeira década do século XXI no Brasil, bem como em alguns países latino americanos, a ampliação do campo da democratização e políticas sociais. Neste marco, ao mesmo tempo que vai sendo implantado um novo paradigma constitucional a partir da plurinacionalidade, demodiversidade e novos direitos vinculados a uma nova racionalidade, há a expansão do papel do Poder Judiciário, o que acaba por provocar uma distorção da jurisdição e dos fundamentos hermenêuticos que lhe servem de legitimação. É a partir desta inédita complexidade que, desde o marco da tradição do pensamento crítico, pensadores do Direito são obrigados a repensar a hermenêutica a partir de uma nova lógica, novos fundamentos e novos elementos epistemológicos, deslocando a questão hermenêutica para uma dimensão distinta do que lhe foi reservado pela racionalidade moderna e além do que até foi legado pela tradição positivista: o campo externo de valoração normativa. Desafio que entre oscilações e divergências não pode ser negado.

Palavras-chave: Constitucionalismo contemporâneo. Hermenêutica jurídica. Teoria crítica. Direitos fundamentais.

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: HERMENÊUTICA E DIREITO (PALEOPOSITIVISMOS E JUS-CONSTITUCIONALISMOS)

A questão inicial que se coloca para qualquer campo do conhecimento é o seu problema constitutivo. Ou seja, o desafio inicial do conhecimento é epistemológico, o que obriga delimitar e particularizar seu objeto de forma a evidenciar a problemática em torno da qual gravitam suas proposições, objetivos e finalidades tornando possível a identificação de seus elementos constitutivos, e simultaneamente, definir seus paradigmas de sustentação e justificadores de sua legitimidade.

Portanto, a primeira tarefa da reflexão aqui proposta é esclarecer o que se define como Hermenêutica, em particular a Hermenêutica Jurídica, e quais as questões essenciais que envolvem a delimitação de seu objeto e particularidades metodológicas, esforço que é um grande desafio aos que se dedicam a este campo do conhecimento que no Direito tem ocupado lugar privilegiado nestas primeiras décadas do século XXI.

* Pós-doutora em Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutora em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide; Mestre em Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora pesquisadora e extensionista da Universidade Regional de Blumenau; Rua Antônio da Veiga, 140, Victor Konder, 89012-900, Blumenau, Santa Catarina, Brasil; iflixa@furb.br

Sem dúvida uma das pautas centrais do Direito contemporâneo é a “questão hermenêutica” e seus fundamentos legitimadores, sobretudo, quando as concepções ancoradas no velho paradigma juspositivista legalista ou paleo positivismo - definido pela intrínseca lógica auto sustentadora e auto justificadora legal - é substituído em meados da segunda década do século XX por um neojuspositivismo - subordinando o Direito ao sentido constitucional que, embora redefinido pelo princípio da legalidade substancial que vincula o sentido normativo à coerência dos princípios e fundamentos constitucionalmente estabelecidos, mantém o velho paradigma da legalidade formal de produção -; e mais recentemente, acentuadamente a partir das três últimas décadas do século XX e início do XXI, com a entrada em cena das democracias participativas os direitos fundamentais ganham novo status político e jurídico constituindo o que Ferrajoli (2015, p. 20) chama da “[...] esfera do não decidível”, definindo limites políticos e jurídicos tanto da produção das normas como de sua interpretação.

“Hermenêutica” é um termo herdado pela tradição do pensamento ocidental relacionado à compreensão do sentido para além do anunciado pela palavra, uma espécie de tarefa de transmutação compreensiva.¹ Porém, o que atualmente se rotula como “Hermenêutica” possui um sentido distinto daquele original e “[...] desenvolveu-se, em grande parte, sem ter consciência de si.” (GRONDIN, 1999, p. 22), como resultado de uma soma de condições sociais e teóricas ocorridas no cenário europeu moderno, e que acabou por construir-se como campo específico do conhecimento. Por esta razão é questionável que se recue em períodos anteriores aos séculos XVI e XVII para ser escrita a historiografia do pensamento hermenêutico. Sob uma perspectiva histórica, a “questão hermenêutica” é colocada no mundo moderno nos campos do conhecimento relacionados com a interpretação de textos, sobretudo com a teologia e jurisprudência, disciplinas teóricas que vão ser obrigadas a criar instrumentos técnicos segundo uma lógica cientifista acerca do conteúdo de textos transmitidos pela tradição através de uma correta interpretação de seu sentido.

Sem querer mergulhar no imenso oceano da construção do pensamento hermenêutico moderno, o certo é que “Hermenêutica” ganha o status de Teoria Geral de Interpretação como resultado de um processo cumulativo, possível pela conjunção, de um lado, do modelo de racionalidade científica moderna como “fiança” intelectual; e de outro, porque solucionou de maneira eficiente o conjunto de desafios colocados a partir do século XV no campo da interpretação dos textos sacros, profanos e jurídicos. Por esta razão lembra Gadamer que o sentido de “hermenêutica” é situada na tradição científica da modernidade.

O uso moderno da palavra “hermenêutica” principia exatamente aí, quer dizer, com o surgimento do conceito moderno de método e de ciência. No seu uso aparece sempre implícita uma espécie de consciência metodológica. Não apenas possuímos a arte da interpretação como também podemos justificá-la teoricamente. (GADAMER, 2002, p. 113).

¹ Embora sem possibilidade de esclarecimento conclusivo sobre a origem e o sentido da palavra hermeneutiké na cultura grega antiga, o certo é que era associada à atividade sacra, a transmutação do divino para o humano, e não reflexão sobre o sentido da linguagem tal qual passou a ser considerado na modernidade.

É exatamente neste sentido que vai se orientar o esforço teórico dos pensadores que delimitaram as propostas iniciais da moderna hermenêutica, qual seja, elaborar uma teoria a partir do conjunto das representações capaz de conferir auto-certeza científica ao conhecimento paulatinamente construído que atinge a “idade da Razão” no século XIX.

Definida como saber específico acerca da compreensão do sentido “Hermenêutica” é um termo que historicamente foi carregado de imprecisões. Na tradição clássica, o grande esforço teórico em sua origem foi o de delimitar regras para eliminar as arbitrariedades e subjetivismos interpretativos, e com esta preocupação, é que se definiram as concepções univocistas, paradigmas dominantes entre os séculos XVII e XIX. Já no século XX amplia-se o campo metodológico e é reorientado seu objeto assumindo-se a Hermenêutica como filosofia universal da interpretação, considerando a interpretação a característica essencial da presença humana no mundo. Um avanço que acabou por definir o panorama do pensamento hermenêutico contemporâneo.

Tanto a redução da realidade ao eterno relativo que condena o humano a impossibilidade do bem e do previsível como a incessante busca da verdade única e universal dada pelo experimental tecnicista podem ser considerados como extremos hermenêuticos que têm servido como mola propulsora ao que se pode definir como “pêndulo” hermenêutico.² Tal qual um pêndulo que oscila entre dois polos cuja velocidade diminui pouco a pouco, assim como a distância entre os extremos, mas sempre antagônicos por menor que seja a distância, até que chegue ao centro e pare; a Hermenêutica foi levada ao extremo univocista (que no Direito serve de instrumento operacional ao velho positivismo legalista) e seu contrário o relativismo equivocista (concepção que têm ocupado a discussão jurídica com a emergência do constitucionalismo contemporâneo). Evidentemente dois dogmas se excluem e simultaneamente reducionistas (DORANTES, 2005, p. 31).

Segundo Beuchot Puente (2005, p. 46-47), a hermenêutica univocista sustenta a concepção reducionista de que somente há uma interpretação válida e todas as demais, em sua totalidade, são incorretas. Trata-se de uma construção que recebeu distintas matrizes vinculadas ao cientifismo que encontra seu apogeu no positivismo do século XIX e maior elaboração no positivismo lógico do século XX, segundo o qual, um enunciado era interpretado de maneira válida de acordo com o adequado procedimento lógico analítico de verificação independente da realidade, uma vez que a comprovação conceitual é tautológica. Além de que, lembra Beuchot Puente, assim como afirmavam os escolásticos que a universalidade constrói falsidades e a particularidade edifica a verdade é necessário ter cuidado com juízos extremos uma vez que é mais fácil haver equívoco no universal do que no particular. Ou seja, afirmar que apenas é corretamente interpretado o que é empiricamente verificável é uma afirmação em si mesmo insustentável já que a mente que enuncia o princípio é finita e assim o enunciado é em si mesmo inverificável. Ou seja, o univocismo se auto refuta.

É exatamente este univocismo hermenêutico que vai ao encontro do modelo de ciência que vai presidir o Direito moderno (racional e universal) que se alia à consolidação das novas formas políticas resultantes da consolidação do Estado e provocam uma renovação no método hermenêutico na esfera jurídica. Se um lado, o auge da filologia obriga um maior cuidado com o significado das palavras expressas nos textos e de outro, o desenvolvimento de uma nova lógica

² A expressão “pêndulo” hermenêutico é utilizado por Dorantes na obra *Hacia una interpretación analógico-icónica del hombre para designar as oscilações entre os extremos - do univocismo ao equivocismo - que tem conduzido as teorias hermenêuticas modernas.*

jurídica que acredita ser possível descobrir o sentido objetivo da letra da lei no “sistema” normativo positivado conferem ao jurista os elementos para justificar e racionalizar sua tarefa: a de reconhecer e declarar o sentido objetivo da lei.

No entender de García (1994, p. 38), podem ser destacadas três consequências com o processo de estatização da lei:

- a) o direito deixa de ser aquele elemento neutro que se organizava a partir de uma necessidade interior, oculta, derivada de sua condição como *verbum Dei* ou de uma “razão” transformada em direito;
- b) se rompe com uma sociedade “juscêntrica” que fazia do descobrimento da lei pressuposto da organização do poder e se configurava aos juristas como estamento privilegiado na organização política da sociedade medieval que estaria à mercê de sua intervenção tanto no descobrimento como na aplicação da lei;
- c) começam a serem definidos os pressupostos do positivismo jurídico. Portanto, o “direito criado” enfrenta os pressupostos de uma autoridade legisladora sedimentada nas manifestações dos doutos juristas.

Dessa maneira, na medida em que a autoridade quase “mágica” dos juristas vai perdendo terreno frente às novas formas de exercício de poder do Estado, o direito deixa de ser um “direito de especialistas” no sentido estrito. A legitimidade hermenêutica da glosa e do comentário sofria então uma dupla perda: a da origem do texto legal e da negação da obscuridade de seu significado, já que até então, a autoridade quase divina de um texto legal e a opinião dos doutores garantia as exigências de segurança e certeza na fixação de um sentido objetivo da lei. Desde então, é necessário fundar uma nova legitimidade ao “velho” direito. Progressivamente o poder político é secularizado e se positiva o “velho” direito e as novas estruturas de poder culmina com um complexo processo de sistematização do direito que o coloca como objeto científico, como algo autônomo, frente ao intérprete.

Na leitura de Streck (2011), o *modus interpretativo* vigente/dominante no cotidiano dos juristas sustenta-se, paradoxalmente, em concepções herdadas exatamente desta velha na tradição positivista e na busca de sua superação. Em um primeiro momento - chamada pelo autor de positivismo primevo - é resolvido o problema da interpretação do direito sob uma perspectiva sintática.

Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõe a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representaria as hipóteses - extremamente excepcionais - de inadequação dos casos às hipóteses legislativas. (STRECK, 2011, p. 120).

Entretanto, em um segundo momento, com a entrada do pensamento kelseniano é superada esta concepção. Define-se, no entender de Streck (2011, p. 120-121), um positivismo normativista, que surge a partir de propostas que aperfeiçoam o “rigor” lógico do cientificismo po-

sitivista e assim, ocorre uma modificação significativa já na primeira metade do século XX, quando o poder regulatório do Estado e a falência dos modelos sintáticos-semânticos de interpretação trazem para o primeiro plano o problema da indeterminação do sentido do Direito, encontrando em Kelsen uma forma de solução dos “desvios” subjetivistas criados pelas correntes hermenêuticas filiadas as Escolas do Direito Livre e da Jurisprudência dos Interesses.

Desde então, superado o positivismo jurídico exegético e firmado o normativista, criaram-se teses e fundamentos hermenêuticos que entre discussões e aporias (tipo: voluntas legis versus voluntas legislatoris ou objetivismos versus subjetivismos) acabam por situar a questão hermenêutica no campo metodológico, que mais servem como justificativa (**álibis teóricos**) de legitimação para os resultados que o intérprete se propõe a alcançar ou/e garantir, certas que serão abaladas com o “giro” constitucionalista provocado pela emergência dos Estados Democráticos de Direito da segunda metade do século XX.

2 CONSTITUCIONALISMO, CRÍTICA E RESIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA

As últimas décadas do século XX são marcadas no plano teórico pelo esvaziamento das imagens e discursos representativos da racionalidade moderna, o que acaba por criar um complexo debate no qual são criadas novas rotulações. Instala-se um tempo dos “pós”, “de(s)” e “neo(s)”. Inéditas expressões que significam tentativas de rotular situações às quais ou se defende, e se tenta promover, ou se rechaça. Mas, há o que parece ser um ponto de convergência: o esgotamento das categorias da modernidade e das grandes utopias que serviram para construir o horizonte de futuro moderno, tomando-se a crítica à modernidade o ponto de partida para sua própria superação.

Para autores como Zizek (2012), a complexidade sem fim do mundo contemporâneo possibilita o surgimento de conceitos opostos que parecem inquestionáveis, tais como a intolerância como tolerância, religião como senso comum racional, etc. Enfim vive-se um tempo em que é grande a tentação de gritar: “chega de bobagem”! Talvez seja essa, diz Zizek, a manifestação do desejo de estabelecer uma linha demarcatória entre a fala lúcida e sã e a bobagem, reação que tem servido para despertar a ira da ideologia predominante. Segue afirmando:

O senso comum de nossa época diz que, em relação à antiga distinção entre “doxa” (opinião acidental/empírica, sabedoria) e Verdade, ou ainda mais radicalmente, entre conhecimento positivo empírico e Fé absoluta, hoje é preciso traçar uma linha entre o que se pode pensar e o que se pode fazer. (ZIZEK, 2012, p. 20).

É na tentativa de ir além do mero pensar, neste contexto dos “pós”/”de(s)”/ “neo(s)” e com desejo de fazer a reinvenção é que no Brasil se edificam e consolidam correntes no Direito que se auto denominam críticas. Em meados da década de 80 a realidade brasileira reclamava a reconstrução da ordem democrática. Os instrumentos de exercício de poder esvaziados pelo fim das verdades racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes não conseguiam mais responder inteiramente às inquietações e às necessidades daquele momento (WOLKMER, 2012, p. 25) produzindo, o que se passou a designar como “crise do direito”. A “crise”, produto da descrença e insegurança jurídica, é definida por Wolkmer (2012, p. 31) “[...] como a agudização das contradições e dos conflitos sociais em dado processo histórico. Expressa

sempre a disfuncionalidade, a falta de eficácia ou o esgotamento do modelo ou situação histórica aceitos e tradicionalmente vigentes.” Sinais de esgotamento que vão conduzindo para o interior do campo jurídico o pensamento crítico, inaugurando, assim, uma discussão inédita e fértil.

Uma possibilidade de enfrentamento e compreensão da “crise” jurídica brasileira foi encontrada na Teoria Crítica, concepção que desde a década de 60 vinha influenciado pensadores do direito europeu, através de “[...] ideias providas do economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), da releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault sobre o poder.” (WOLKMER, 2012, p. 40). Na Europa as inovações da Teoria Crítica encontravam um terreno fértil no ambiente pós-guerra que projetavam no campo jurídico a desmistificação do jusnaturalismo e do positivismo. Wolkmer (2012, p. 40) retomando a trajetória do criticismo lembra que a crítica jurídica consolidou-se inicialmente na França por volta dos anos 1970 culminando com o “manifesto” da Associação Crítica do Direito em 1978, atingindo em seguida a Itália, Espanha, Bélgica, Alemanha, Inglaterra e Portugal.

Na América Latina os “ventos” inovadores chegam por volta da década de 80 com o engajamento de juristas progressistas e comprometidos com a superação dos obstáculos políticos que impediam a construção e efetivação da democracia. Este movimento de renovação do pensamento jurídico recebe a adesão de pensadores brasileiros em inúmeras faculdades de direito que acabaram por serem pioneiros de uma pedagogia jurídica emancipadora. As perspectivas epistemológicas, apesar de múltiplas, tinham como ponto em comum a defesa do rompimento com o positivismo legalista e revelação do caráter dominador e centralizador do direito hegemônico.³

A Teoria Crítica trouxe consigo o impacto do questionamento do papel ideológico do direito na medida em que, diferentemente da concepção moderna de ciência, coloca no interior da discussão jurídica as contradições e ambiguidades inerentes ao direito moderno, buscando tomar o direito como instrumento não de manutenção da ordem estabelecida, mas a possibilidade de emancipação do sujeito histórico tradicionalmente “[...] submerso em determinada normatividade repressora, mas também discutir e redefinir o processo de constituição do discurso legal mitificado e dominante.” (WOLKMER, 2012, p. 18). Mostrava-se assim um horizonte inovador, mas que trazia em si, a necessidade de rompimentos e abandonos teóricos.

Foi exatamente neste contexto que a hermenêutica ganha um novo status na discussão jurídica, já que é próprio de momentos agudos de transição que a questão hermenêutica ganha relevância. Mais do que nunca foi necessário compreender a partir de novas categorias uma realidade também inovadora. A complexidade desta nova problemática de descobrir o “lugar” da hermenêutica numa lógica jurídica emancipadora fez com que fosse instaurada uma discussão movendo o “pêndulo hermenêutico”.

A ordem política e jurídica colocada em marcha no Brasil com a Constituição de 1988 e o inédito momento histórico de então somados representavam a superação do autoritarismo, exclusão social e violação de direitos fundamentais que, desde os primórdios da “invenção” colonialista, vinham constituindo uma patologia crônica exposta no grave quadro social que se delineava.

³ São inúmeros os pensadores do direito relacionados ao pensamento jurídico crítico, mas a verdadeira arqueologia epistemológica feita por Wolkmer na obra *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, já citada, lembra com acuidade nomes e trajetórias que merecem ser registradas.

Naquele momento, lembra Sarmento (2010), que grande maioria dos juristas entram em sintonia com as tendências constitucionalistas que apontavam como grande desafio garantir a efetividade das constituições democráticas. Até então, historicamente, os comandos jurídicos e políticos constitucionais, de fato, estavam nas mãos dos detentores dos poderes político, econômico e social e finalmente, o país começou a “levar à sério” a Constituição e, apesar das dificuldades enfrentadas, tais como a desigualdade e o patrimonialismo que ainda povoam as instituições nacionais, os avanços em relação ao passado são inquestionáveis (SARMENTO, 2010, p. 3-4).

Logo após a homologação da Constituição de 1988 juristas como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève⁴ passaram a militar a concepção de que a Constituição, enquanto norma jurídica deveria ser aplicada comumente pelos juízes, defendendo um “constitucionalismo de efetividade”, independente de qualquer mediação legislativa.

[...] o que viria a tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade. Se até então, o discurso da esquerda era de desconstrução da dogmática jurídica, a doutrina da efetividade vai defender a possibilidade de um uso emancipatório da dogmática, tendo como eixo a concretização da Constituição. (SARMENTO, 2010, p. 248).

Desde aí se aprofundaram e se radicalizaram os estudos da hermenêutica jurídica. Influenciados pelo “giro” linguístico da filosofia e a entrada do pensamento de Ronald Dworkin, Robert Alexy, John Rawls, Hans Georg Gadamer, Jürgen Habermas, entre outros, juristas como Lenio L. Streck e Eros Roberto Grau refundam o pensamento jurídico brasileiro denunciando e renunciando ao velho positivismo e seus procedimentos hermenêuticos. Nesta nova etapa, ou quadra da história, como prefere Lenio L. Streck nominar este inédito momento de redefinição, é acentuada a natureza valorativa do Direito e dos princípios constitucionais.

Nesse contexto, lembra Daniel Sarmento, há uma [...] verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade, razoabilidade, etc.” (SARMENTO, 2010, p. 249) e se incorpora no pensamento jurídico crítico brasileiro o neoconstitucionalismo. Tratava-se de um momento de conquistas e necessidade de que fossem garantidas.

Entretanto, já na primeira década do século XXI muitos se davam conta que o neoconstitucionalismo não era a superação do velho positivismo. Como afirma o próprio Lenio L. Streck, não é porque o neoconstitucionalismo tem um discurso axiológico e valorativo que é superado o positivismo formal legalista (STRECK, 2012, p. 37). As teorias “pós”/ “neo” positivistas acabaram por cair na incerteza e indeterminação do Direito. Seguramente o “relativismo” e a “teoria da argumentação” foram mal incorporados no pensamento brasileiro e decreta-se a “morte do método” e em seu lugar passa a reinar absoluta incerteza e relativismo nas decisões judiciais. Possivelmente são os efeitos perversos de uma lógica colonizada que insiste em ser mantida na cultura jurídica brasileira.

⁴ Destacando-se a obra *Direito Constitucional e a Efetividade das Normas*, de Luis Roberto Barroso publicada no início da década de 90 e *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*. In: *Uma vida dedicada ao Direito: uma homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, publicada em 1995.

Não é novidade, desde Kelsen, que o julgador tem um “espaço discricionário” em aberto e que desde muito foi desmistificado o juiz “boca da lei”, mas como adverte Streck, deve-se estar atento com o “pós positivismo à brasileira”:

[...] é preciso estar alerta para certas posturas típicas do “pós positivismo à brasileira”, que pretende colocar o rótulo de novo em questões velhas, já bastante desgastadas nessa quadra da história, quando vivenciamos um tempo de constitucionalismo democrático. Ainda hoje presenciamos defesas vibrantes de “ativismos judiciais” para “implementar” e “concretizar” os direitos fundamentais, tudo isso sempre retornando ao mesmo ponto: a ideia de que, no momento da decisão, o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua “vontade [...]” (STRECK, 2012, p. 38).

Em síntese, as concepções e modelos “descobertos” no Brasil em fins do século XX, sobretudo com a entrada em cena do neoconstitucionalismo, é decretada a “morte do método” o que acabou por produzir descontrolado soliptismo e ativismo judicial que mais confunde discricionarieidade com arbitrariedade e o resultado, ao que parece, é que o “pêndulo hermenêutico” está “solto” e querendo voltar a um ponto “seguro”. Outra face perversa inegável produzida desde então é a crescente judicialização da vida cotidiana e política, o que acaba por neutralizar movimentos sociais e desvincular as práticas judiciais e políticas do Estado do compromisso constitucional primeiro, o que tem obrigado pensadores da Hermenêutica a rever fundamentos e pré concepções.

Para Ferrajoli (2012, p. 245), nestes tempos de total impotência e decadência da política predomina um constitucionalismo principialista, momento “[...] quando se leva em contra todas as suas implicações, coloca em perigo a separação dos poderes, o princípio da legalidade e submissão do juiz somente à lei: em síntese, todos os princípios do estado de direito.” Diante de angustiante constatação pergunta o pensador garantista italiano: quais alternativas se pode contrapor a esta orientação que coloca no Direito em uma espécie de “loteria do protagonismo judicial”? É momento de profundo e profícuo debate das vias possíveis de solução.

Uma das possibilidades é apontada por Ferrajoli (2012, p. 251) ao propor como ponto de partida para a definição do horizonte hermenêutico os direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional.

[...] isto é, não dar lugar a antinomia e lacunas, com todos os espaços de discricionarieidade política deixados em aberto, de um lado, pela proibição de produzir normas incompatíveis com os princípios constitucionais e, de outro, pelas possíveis formas e graus de observância da obrigação de sua atuação.

Entretanto, chama a atenção Ferrajoli (2012, p. 253) que todas as soluções, principalmente as mais controversas, não podem ser consideradas “verdadeiras” ou “objetivamente corretas”, uma vez que cada decisão, no campo hermenêutico, poderia ser considerada como condições de possibilidade de decisão definidas a partir do horizonte compreensivo e, portanto, é inevitavelmente orientada por opções morais e políticas do intérprete.

E conclui o referido autor:

Mas os juízes não serão nunca, porque não poderão nunca sê-lo, simples bocas da lei, como desejavam os iluministas. Nem poderão jamais alcançar verdades absolutas, mesmo que seja na forma da “verdadeira” resposta correta. O reconhecimento desta imperfeição, ou se quiser, aporia, repito, é um fato de saúde institucional: gera o hábito da dúvida, a consciência do erro sempre possível, a disponibilidade para escutar todas as razões opostas que se confrontam no juízo, a “prudência” - a partir da qual advém o belo nome “juris-prudência” - como estilo moral e intelectual da prática jurídica e, em geral, das nossas disciplinas. (FERRA-JOLI, 2012, p. 254).

Em síntese, frente a complexidade do fenômeno jurídico contemporâneo e a permanente reconstrução e vigilância da ordem democrática no Brasil são possíveis múltiplas possibilidades de soluções para a “questão hermenêutica” uma vez que o legislador e nem mesmo o Estado são detentores de todas as hipóteses de interpretação e aplicação da norma jurídica, o que evidentemente descortina a grande falácia do mito fundador do direito moderno: a certeza e segurança nascida da plena razão estatal.

Portanto, em que pese o esforço de correntes hermenêuticas jurídicas contemporâneas que se autoreferem como críticas, resta em aberto um espaço jurídico que ainda não pôde ser preenchido pelas práticas fundadas nestas correntes. É possível pensar uma alternativa às práticas alternativas e reinventar a crítica desde as experiências democráticas participativas. Desde uma crítica à razão proléptica hermenêutica do direito moderno que além de contrair o presente reconhecendo como única fonte compreensiva o direito estatal, reduz o espaço de mediação jurídica ao Estado, é possível ampliar espaços presentes emergentes.

Adotando a sugestão de Boaventura de Sousa Santos no que chama de sociologia das emergências que é a prática de ampliar o presente reconhecendo o que foi subtraído pela sociologia das ausências, hermeneuticamente ampliando os espaços de possibilidades de compreensão do direito para além do Estado, é possível identificar agentes, práticas e saberes com tendências de futuro sobre as quais é possível ampliar as expectativas de esperança. Trata-se de uma ampliação sobre as potencialidades e capacidades ainda não reconhecidas e necessariamente movendo-se no campo das experiências sociais que desde as práticas do “reconhecimento”, “transferência de poder” e “mediação jurídica” são legítimos espaços de luta por dignidade humana e direitos fundamentais.⁵

É indo nesta direção que é possível falar-se em reconhecer o mundo social como mundo de possibilidade compreensiva e, portanto, fonte de uma nova racionalidade hermenêutica. Trata-se de uma perspectiva pluralista de direito que reconhece múltiplos espaços de fontes normativas, apesar de na maioria das vezes, como lembra Wolkmer (1994, p. 155), é informal e difusa. O pluralismo é uma fonte de inúmeras possibilidades de regulação. Para Wolkmer (1995, p. 158):

O pluralismo enquanto concepção “filosófica” se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-

⁵ Esta é a proposta defendida, entre outros, por Hélio Gallardo em *Derechos Humanos como Movimiento Social*. Edicioness desde abajo, Bogotá e explorada por Norman J. Solórzano Alfaro em *Fragmentos de una Reflexión Compleja sobre una Fundamentación Del Derecho y la Apertura a una Sensibilidad de Derecho Humano Alternativa*, a ser publicado na Revista Jurídica Eletrônica n. 2 do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau.

-relação entre realidades e princípios diversos. Parte-se do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a vida humana. A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade.

[...]

O pluralismo, enquanto “multiplicidade dos possíveis”, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade das culturas.

Em meio a discussão plural e decolonial nas primeiras décadas do século XXI chegam ao poder em vários países latino americanos governos progressistas que avançaram no campo da democratização, políticas sociais e integração regional. Neste marco, os governos populares da Bolívia, Equador e Venezuela em especial, foram implantando um novo paradigma constitucional a partir da plurinacionalidade, demodiversidade, novos direitos vinculados a uma racionalidade reprodutiva da vida que expressamente deseja a vontade descolonizadora como conteúdo fundamental do projeto político em marcha nestas nações (MEDICI, 2012, p. 56).

Neste novo cenário, o processo hermenêutico jurídico não pode ser uma “canibalização”, para usar a expressão de Boaventura de Sousa Santos, dos demais. É necessário uma tradução das múltiplas hermenêuticas dentre as quais jurídica. E é neste sentido que não cabe uma hermenêutica jurídica nos moldes tradicionais. São campos distintos que se tocam - o estatal e o social; o interno e o externo; o formal e o substancial - em que mundos normativos, práticas e saberes dialogam, se desentendem e interagem tornando possível reconhecer os pontos de contato entre a tradição moderna ocidental e os saberes leigos. A tarefa hermenêutica como tradução retoma o sentido mais original do termo, mas a partir de uma perspectiva inovadora que traduz saberes nem sempre convergentes.

Com estas concepções o espaço hermenêutico no direito adquire uma dimensão distinta do que tradicionalmente lhe foi reservado e vai um pouco mais além do que até foi edificado pela hermenêutica jurídica crítica dominante. É um espaço de aproximação e de assumir responsabilidades mútuas que rompe com a lógica construída pelo saber colonizador e abre para ainda tornar possível a esperança no justo. As condições de possibilidade de compreensão é elaborada com o outro e a partir deste outro historicamente negado e silenciado, reinventando processos hermenêuticos desde uma ordem constitucional democrática e participativa.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Hermenêutica Jurídica ao longo da modernidade define seu objeto e pressupostos teóricos dentro de preocupações que foram oscilando entre dois campos metodológicos aparentemente excludentes: o univocismo, de matriz iluminista que no Direito alimentou e justificou o legalismo formal positivista; e o relativismo de matriz romancista que mais recentemente foi incorporado equivocadamente pelo neoconstitucionalismo panprincipialista - como chamam seus críticos; o que tem delineado uma insistente atitude cientificista “pendular”. Tal discussão, incorporada no pensamento jurídico moderno, foi reproduzida pela cultura jurídica brasileira desde o século XIX,

inicialmente com forte matriz univocista e que, no estágio contemporâneo do Direito, sobretudo com as chamadas Teorias Críticas que ganharam relevo após a instauração do Estado Democrático de Direito pós 1988, se desloca para o relativismo soliptista. A emergência do constitucionalismo contemporâneo pautado no horizonte da democracia substancial - ou participativa - que tem orientado os modelos políticos-jurídicos construídos em alguns países da América Latina nas últimas décadas do século XX refundam a lógica de Estado e de Direito. Assim, são reinventadas práticas hermenêuticas com novas metodologias, pedagogicamente democráticas. O presente estudo pretendeu refazer brevemente a trajetória do pensamento hermenêutico jurídico moderno brasileiro destacando os desafios contemporâneos a serem superados buscando discutir o esgotamento dos modelos tradicionais e as novas possibilidades a partir da criticidade pautada em modelos políticos e jurídicos democráticos participativos que têm redefinido o paradigma hermenêutico em direção inédita e desafiadora.

FUNDAMENTAL RIGHTS, CONSTITUTIONALISM(S) AND HERMENEUTIC RESIGNIFICATION

ABSTRACT

At the end of XX century, news and diffuse law speeches will pointing the emergence of innovative theoretical models self-proclaimed "critical". In Brazil, in this context, is inaugurated an innovative and revolutionary face of constitutionalism which expands the power of the judiciary, for the preservation of democratic order and fundamental rights. On this track changes a new feature is the extensive social rights catalog that redefines the hermeneutic field, hitherto of modern formal legalistic tradition. However, the desire to consolidate and ensure both institutional and cultural fundamental rights, is being witnessing the first decade of XX century in Brazil as well as in some Latin American countries, expanding the field of democratization and social policies. In this context, while it is being implemented a new constitutional paradigm from plurinationality, demodiversity and new rights linked to rationality, there is the expansion of the role of the judiciary which ultimately provoke a distortion of jurisdiction and hermeneutic fundamentals that serves as its legitimacy. It is from this unprecedented complexity that since Mark of the tradition of critical thinking, the juridical thinkers are forced to rethink hermeneutics from a new logic, new foundations and new epistemological elements, shifting the hermeneutical question to a different dimension than have been given by modern rationality and beyond what was bequeathed to the positivist tradition: the external field of normative valuation. Challenge between oscillations and divergences can not be overlooked.

Keywords: Contemporary constitutionalism. Legal hermeneutics. Critical theory. Fundamental rights.

REFERÊNCIAS

BEUCHOT PUENTE, Mauricio. *Tratado de Hermenêutica Analógica - hacia un nuevo modelo de interpretación*. 3. ed. UNAM, México D. F: Editorial Ítaca, 2005. (Colección Seminarios).

DORANTES, Arturo Guillermo González. *Hacia una interpretación analógico-icónica del hombre*. México: Revista Analogica, 2005. (Coleção Analogia Filosófica)

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos - o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução Alexandrer Araújo de Souza et al. São Paulo: RT, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade y Método II*. 5. ed. Tradução Manuel Olasagasti. Salamanca: Sígueme, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II - Complementos e Índice*. Tradução Enio Paulo Giachini. São Paulo: Vozes, 2004.

GARCÍA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

MÉDICI, Alejandro. *La constitucionalización horizontal - teoría constitucional y giro decolonial*. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico - fundamento de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

ZIZEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Bointempo, 2012.

O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS POLÍTICAS E SUAS IMBRICAÇÕES NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS¹

Robison Tramontina*
Anny Marie Santos Parreira**

RESUMO

O presente trabalho traz o tema do financiamento de campanhas políticas e suas imbricações éticas na teoria da justiça de John Rawls, analisando o que constitui e qual é a importância do valor equitativo das liberdades políticas neste contexto. Tem-se o seguinte problema: a discussão de Rawls sobre o tema do financiamento de campanhas oferece uma base normativa viável para entender e avaliar as exigências da justiça? A tese é de que as ideias formuladas na teoria da justiça de Rawls permitem formar uma base reflexiva em torno do tema proposto. O artigo divide-se em três partes: inicialmente, apresenta-se a alguns pressupostos e critérios presentes na concepção de justiça em Rawls; a seguir reproduz-se a exposição dos princípios da justiça como equidade; e, por fim, sob a leitura de Rawls, evidenciam-se alguns aspectos do financiamento de campanhas e as suas relações com a justiça.

Palavras-chave: Justiça. Liberdades Políticas. Financiamento de campanhas. Democracia constitucional. John Rawls.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tendo como tema o financiamento de campanhas políticas e suas imbricações éticas em o liberalismo político de John Rawls, estuda-se a defesa de Rawls em prol do valor equitativo das liberdades políticas, em especial, como o princípio da liberdade política igual impõe a autonomia financeira às campanhas como requisito de realização da justiça política. Do contexto da pesquisa infere-se que as ideias formuladas na teoria da justiça de Rawls permitem formar uma base reflexiva a respeito do tema proposto. O artigo divide-se em três partes. Inicialmente, apresenta-se a alguns pressupostos e critérios presentes na concepção de justiça em Rawls. A seguir reproduz-se a exposição dos princípios da justiça como equidade. Por fim, sob a leitura de Rawls, evidenciam-se alguns aspectos do financiamento de campanhas eleitorais e as suas relações com a justiça. Por tratar-se de um estudo preliminar, adota-se como metodologia de abordagem e apresentação, a proposta estruturalista². Sendo assim, é uma leitura interna, não comparativa dos temas propostos

* Doutor e Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; robison.tramontina@unoesc.edu.br

** Mestranda em Direitos fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Público pela Fundação Escola do Ministério Público, RS; Graduada em Direito pela Faculdade Cathedral, RR; annymarieps@gmail.com.

¹ Este artigo é resultado parcial da pesquisa de Mestrado sobre *Dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais* em andamento no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Sua realização contou com apoio especial do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

² Essa opção é apenas metodológica. A leitura estrutural é adequada para pesquisas em fase inicial. Ela permite identificar as partes, suas inter-relações e sua posição na totalidade.

Uma concepção de justiça política para Rawls tem efeito prático. Ela indica quais exigências devem ser impostas às instituições sociais. Neste sentido, o termo justo e injusto é usado para descrever e qualificar os sistemas sociais, econômicos, políticos e jurídicos, e não as atividades e ações individuais. Daí por que se diz (POGGE, 2003, p. 28) que a ideia de justiça em Rawls tem sentido mais estrito. Aqui, os princípios de justiça são desenhados para serem aplicados nas principais instituições sociais, a Constituição, o sistema econômico e social - “estrutura básica da sociedade” - o objeto primeiro da “justiça como equidade”.

Desde as primeiras até suas últimas formulações, Rawls pressupõe na formulação de sua teoria um ambiente democrático. Ele procura apresentar uma concepção de justiça que seja adequada, do ponto de vista moral. Em TJ esse objetivo era parte de uma investigação mais ampla sobre a justiça social e sua compatibilidade com a natureza humana (FREEMAN, 2003, p. 1-2). Rawls (2002, p. 22) rejeita a visão utilitarista de justiça e, em objeção, apresenta uma teoria de justiça contratualista - remontada a partir de Locke, Rousseau e Kant. Nesse modelo, a distribuição igual dos “bens sociais primários” (liberdades, oportunidades, renda e riqueza e as bases do autorrespeito) é uma exigência da justiça. Em uma democracia constitucional, segundo Rawls, a distribuição de certas liberdades básicas prefere ao bem-estar social e as diferenças de renda, riqueza, posições sociais devem ser arranjadas para maximizar os benefícios dos menos favorecidos na sociedade

Segundo Freeman (2003, p. 223), a teoria de Rawls, procura harmonizar a atuação positiva do Estado no combate às desigualdades sociais e estruturais sem que haja violação de direitos individuais básicos. A proteção da igualdade socioeconômica, assim como o pluralismo e os direitos individuais são expressões de um só valor, qual seja, no do tratamento igualitário dispensado pelas instituições políticas e sociais a todos os indivíduos. Assim, quando a estrutura básica da sociedade se distancia desse ideal de igualdade ela se torna injusta. Ela trata de forma desigual seus membros quando lhes restringe a liberdade ou permite que cresçam num ambiente de pobreza.

2 A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA EM RAWLS, PRESSUPOSTOS E CRITÉRIOS

2.1 A SOCIEDADE COMO UM SISTEMA EQUITATIVO DE COOPERAÇÃO

A sociedade como sistema equitativo de cooperação entre indivíduos é considerada por Rawls (2003, p. 6) como uma ideia “organizadora”. É uma intuição (pressuposto abstrato) extraída a partir do histórico-social da cultura pública de sociedades democráticas (TRAMONTINA, 2011, p. 87).

Rawls desenvolve a ideia de cooperação social equitativa com base na visão que ele tem da “natureza social da espécie humana”. Ele vê a sociedade como uma empresa cooperativa, porque entende que as pessoas precisam uma das outras. Os sucessos e a satisfação dos outros são necessários e complementários aos sucessos individuais, pois “[...] as potencialidades de cada indivíduo excedem aquelas que ele pode ter a esperança de realizar.” (RAWLS, 2002, p. 582). Neste sentido, a sociedade é uma “união social de uniões sociais” (RAWLS, 2002, p. 586) em que cada indivíduo reconhece necessidades comuns e capacidades naturais diversas como elementos da atividade total em que todos participam na divisão dos benefícios produzidos coletivamente.

Para esclarecer melhor o significado da ideia de cooperação social, Rawls (2003, p. 8) destaca três de seus elementos. Primeiro, as regras e os procedimentos que regulam a cooperação social são publicamente reconhecidas e aceitas pelos indivíduos que cooperam, ou seja, não é

“[...] mera atividade socialmente coordenada.” Segundo, os termos da cooperação são estabelecidos de forma equitativa, no seguinte sentido: as condições da cooperação são razoáveis e abarca a ideia de reciprocidade. Todos aqueles que colaboram se beneficiam de forma adequada pela sua participação. Terceiro, a cooperação social permite que cada participante promova sua própria concepção de bem, isto é, permite a ideia de vantagem racional.

A ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação juntamente com outra duas ideias centrais, de sociedade bem ordenada e a de cidadão, formam o substrato a partir do qual Rawls desenvolve sua concepção de justiça. Estas serão analisadas nos próximos tópicos.

2.2 A IDEIA DE SOCIEDADE BEM ORDENADA

Uma sociedade bem ordenada, para Rawls (2003, p. 11), trata-se de uma sociedade “[...] efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça.” Isto implica que, os indivíduos aceitam a mesma concepção de justiça, e que as instituições sociais a respeitam. Este senso de justiça compartilhado garante uma base compartilhada de valores a partir dos quais os “[...] cidadãos podem arbitrar suas exigências de justiça política sejam em relação a suas instituições política, ou aos demais cidadãos.” (RAWLS, 2003, p. 12).

Em sociedades democráticas - em que o pluralismo (variedade de doutrinas e visão de mundo) é um fato permanente - o reconhecimento público de uma determinada concepção de justiça é a base para a formação do “consenso sobreposto”, entendimentos coincidentes apesar das divergências pessoais. Para Freeman (2003), uma sociedade regulada por uma concepção pública de justiça (sociedade bem ordenada) estimula as pessoas a concretizarem a justiça e a defenderem práticas institucionais justas (FREEMAN, 2003, p. 2-3).

2.3 VISÃO POLÍTICA DE PESSOA

A concepção de pessoa em Rawls (2003, p. 27), assim como sua concepção de justiça, é normativa e política. Ela é formulada levando-se em conta a visão de pessoa reconhecida em “textos políticos básicos” como as constituições e declarações de direitos humanos. Neste sentido, a pessoa enquanto categoria política corresponde à figura do cidadão, indivíduo considerado como livre e igual. A liberdade e a igualdade decorrem da posse de faculdades morais (“senso de justiça” e uma “concepção do bem”) e de faculdades da razão (julgamento, pensamento e inferência) em graus mínimos necessários para a realização da cooperação social equitativa (RAWLS, 2000, p. 62).

Começa-se pelas últimas, as faculdades da razão.³ Na justiça como equidade, o razoável e o racional são duas ideias complementares e independentes. São complementares por que ambas trabalham em conjunto no estabelecimento dos termos equitativos da cooperação social. São independentes por que não derivam umas das outras. O razoável e o racional conectam-se cada qual com uma faculdade moral distinta. O razoável relaciona-se com a capacidade moral de “ter senso de justiça”, e o racional com a capacidade de “ter uma concepção do bem” (RAWLS, 2000, p. 95-96).

³ Rawls (2000, p. 92, nota 1) trabalha o tema da razão sob o prisma das virtudes. Ele reconhece que a distinção feita entre o razoável e o racional deriva de Kant. O razoável corresponde ao imperativo categórico-razão prática pura - e o racional a hipotético - razão empírica.

Pessoas são razoáveis quando estão dispostas a propor princípios e critérios em termos equitativos de cooperação. Isto é, ao estabelecerem os termos da cooperação social em bases equitativas, as pessoas sabem que as condições que elas defendem para a cooperação são condições aceitáveis do ponto de vista dos demais cidadãos.⁴ O critério do razoável, segundo Rawls (2000, p. 97), cria um “mundo social público” no qual os fins racionais de cada membro são perseguidos em termos equitativos, em condições que todos podem se beneficiar. Já a ideia de racional se relaciona com a capacidade do agente em alcançar seus fins da forma mais satisfatória possível. Assim, ser racional demanda capacidade de julgamento e deliberação, saber priorizar os fins e interesses e de promovê-los (RAWLS, 2000, p. 94).

Dizer que uma pessoa tem senso de justiça significa dizer que ela tem capacidade para compreender, aplicar e agir a partir dos princípios de justiça que estabelecem o sistema de cooperação. Ter uma concepção do bem significa a capacidade de “ter, revisar e buscar agir de modo racional uma concepção do bem”, daquilo que se avalia ser “uma vida digna de ser vivida” (RAWLS, 2003, p. 26). Ter uma concepção do bem consiste em ter “um projeto mais ou menos determinado de fins últimos” e de vínculos pessoais, associativos etc. (RAWLS, 2000, p. 62). Estas concepções não são fixas, isto significa que as pessoas, ao amadurecerem, poder mudar suas visões.

Uma pessoa, para Rawls (2000, p. 61), é um cidadão em potencial. Cidadão é aquela pessoa considerada como livre e igual. Uma pessoa é considerada como igual quando ela exerce suas faculdades, da moral e da razão, em grau mínimo suficiente⁵ para serem membros cooperativos e é considerada como livre em três aspectos. Primeiro, eles possuem a faculdade moral de ter uma concepção do bem. Segundo, se consideram livres, isto é, como fontes autenticadoras de reivindicações. Terceiro, são capazes de assumirem a responsabilidade por seus objetivos (RAWLS, 2000, p. 75-77).

2.4 VISÃO POLÍTICA DE JUSTIÇA

Em o Liberalismo Político, Rawls reconhece que pluralismo é uma característica presente nas sociedades democráticas modernas. Isto é, que o conflito entre doutrinas razoáveis - religiosas, filosóficas e morais - é um resultado normal da cultura democrática que tem em seu bojo instituições livres. A diversidade de visões no campo político é considerada como um pressuposto decorrente do exercício da razão humana. Uma “doutrina abrangente e razoável” aceita, segundo Rawls (2000, p. 24), os princípios fundamentais de um regime democrático. Doutrinas “irracionais” podem coexistir em um sistema democrático desde que não ponham em risco a unidade e a justiça da sociedade.

Em face do pluralismo, a adoção de uma única concepção de bem, uma homogeneidade moral, somente seria possível, em uma sociedade democrática, pelo uso “opressivo do poder estatal” (RAWLS, 2000, p. 81). Partindo desta noção Rawls desenvolve uma concepção política

⁴ Segundo Rawls (2000, p. 93, nota 2), sua ideia de razoável tem ligação com o princípio de motivação moral de Scanlon o qual diz que “[...] temos um desejo básico de sermos capazes de justificar as próprias ações perante os outros com argumentos que não poderiam rejeitar se fossem razoáveis.”

⁵ Para Rawls (2002, p. 561-562), esse “mínimo ético” é possuído pela maioria esmagadora das pessoas. Os que não possuem este mínimo são casos isolados e se dão em consequência de condições sociais de pobreza, de graves injustiças e contingências fortuitas. Os que têm uma maior capacidade terão as vantagens especiais reguladas pelo princípio da diferença.

de justiça para responder o problema proposto no Liberalismo Político: que teor deve ter uma concepção de justiça para que esta alcance o “consenso sobreposto” entre cidadãos? Em outros termos, “[...] em que condições é possível haver uma base de justificação razoável no tocante a questões política fundamentais.” (RAWLS, 2000, p. 27).

A resposta apontada por Rawls (2000) consiste em adotar uma concepção política de justiça que, por conta do pluralismo não pode ser metafísica, deve ser formulada a partir de ideias implícitas na cultura política pública. Para demonstrar que a concepção política de justiça apresentada pela justiça como equidade tem aptidão para conquistar o apoio livre entre cidadão, Rawls destaca três atributos da sua concepção: objetivo, modo de apresentação e conteúdo. O objetivo de tal concepção é orientar a estrutura básica das instituições. Seu modo de apresentação é o de uma visão auto-sustentada e seu conteúdo expressa ideias fundamentais implícitas⁶ na cultura política pública de uma sociedade democrática (RAWLS, 2000, p. 56-57).

Os princípios da concepção política de justiça são formulados para serem aplicados apenas nas principais instituições sociais e para tratar temas referentes a elementos constitucionais essenciais e de justiça básica. Suas ideias não vinculadas a nenhuma doutrina moral específica. Por fim, as ideias e os princípios defendidos pela justiça como equidade são abstraídos de noções já existentes nas culturas democráticas liberais.

Uma concepção política de justiça, para Rawls, possui as seguintes características. Ela especifica direitos, liberdade e oportunidades com base no lastro histórico-constitucional dos regimes democráticos. Ela oferece primazia a tais direito, bem como os meios necessários para que os cidadãos possam efetivamente colocá-los em prática (RAWLS, 2000, p. 48). Neste sentido, os problemas relacionados a “elementos constitucionais essenciais” e “questões de justiça básica” devem ser resolvidos por meio do apelo a valores políticos tais como os valores de igual liberdade política e civil, igualdade de oportunidade, da reciprocidade econômica e as bases do respeito mútuo entre os cidadãos. Estes valores são expressos pelos princípios de justiça que são aplicados a estrutura básica da sociedade. Esta visão supõe que o cidadão tem duas visões. Uma abrangente e outra política. Na justiça como equidade cabe a cada um estabelecer a forma pela qual os valores do domínio político se relacionam com os outros valores, os de suas concepções particulares do bem (RAWLS, 2000, p. 185).

Segundo Audard (2002, p. 35), a concepção política de justiça de Rawls não é neutra. Ela tem um ideal político, o da sociedade como sistema equitativo de cooperação e o de cidadãos como pessoas morais (livres e iguais). Existe aqui um conteúdo moral no campo político, mas não como uma ideologia dominante, como um simples fora de aglutinação. Ao contrário, a moral se apresenta no campo político sob o aspecto de um consenso livre e público que pode ser, quando necessário, reconstruído pela discussão

⁶ Rawls (2000, p. 56) assume que a tradição do pensamento democrático tem um teor cognoscível aos cidadãos em geral. As instituições e a forma de interpretá-las são percebidas como ideias e princípios implicitamente compartilhados.

3 OBJETO E METODOLOGIA DA TEORIA DA JUSTIÇA

3.1 ESTRUTURA BÁSICA DA SOCIEDADE

O objeto primeiro da justiça como equidade é a estrutura básica da sociedade. Os princípios formulados na teoria da justiça são idealizados para regularem este objeto em específico. Isto ocorre por que para Rawls (2003) as ações e práticas realizadas neste nível repercutem diretamente nas questões de justiça social. A estrutura básica da sociedade, segundo Rawls, especifica a distribuição de direitos fundamentais, dos deveres e a divisão dos benefícios da cooperação social. Ela é formada pelas principais instituições sociais como a Constituição política, o judiciário, o sistema político e econômico.

Segundo Rawls, as regras e critérios utilizados e aplicados pela estrutura básica da sociedade, dada a sua função, devem ser públicos. A publicidade do sistema de regras define os parâmetros a partir dos quais se cria “[...] uma base comum para a determinação de expectativas mútuas.” (RAWLS, 2002, p. 59). Este sistema de regras deve, ademais, estimular os indivíduos a conduzirem seus interesses pessoais de forma coerente com o ponto de vista da justiça social.

O sistema de regras adotado pela estrutura básica da sociedade “[...] favorece certos pontos de partida mais que outros.” Por este motivo, Rawls (2002, p. 8, 322) sustenta que desigualdades profundas são moralmente arbitrárias e não podem, portanto, serem justificadas pelo argumento do mérito ou do valor. As condições sociais têm influência sobre a capacidade e os talentos dos indivíduos, elas impactam diretamente na capacidade dos indivíduos em exercerem seus direitos e liberdades básicos. Isto implica que certos bens para Rawls (2000) são considerados como “primários” e devem ser distribuídos adequadamente pela estrutura básica da sociedade.

A ideia de bens primários cumpre, segundo Rawls (2000, p. 235), uma função prática, a de apresentar um conjunto de liberdades básicas iguais e de oportunidades equitativas que, se implementado pela estrutura básica da sociedade, garante a todas as pessoas o exercício de suas capacidades morais e um desenvolvimento humano satisfatório. Classificar certos bens como primários cria uma base de comparação interpessoal necessária para se avaliar a exequibilidade dos princípios de justiça (RAWLS, 2003, p. 85). Aqui os bens primários são compreendidos como “coisas necessárias e exigidas” por pessoas vistas não apenas como seres humanos, mas como cidadãos.

O catálogo de bens primários apresentados por Rawls (2000, p. 228) abarca: a) direitos e liberdades básicos; b) liberdades de movimento e de livre escolha de ocupação; c) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade; d) renda e riqueza; e, e) as bases sociais do autorrespeito. Na justiça como equidade estes bens são elementos objetivos. O acesso a eles permite que os indivíduos ajam como cidadãos. Assim, uma distribuição desigual dos bens primários violaria a justiça social.

3.2 A IDEIA DE POSIÇÃO ORIGINAL

As ideias apresentadas anteriormente são consideradas como pressupostos por que para Rawls uma concepção de justiça coerente, do ponto de vista moral, com uma democracia constitucional é aquela que entende a sociedade como um sistema equitativo de cooperação e considera seus membros como livres e iguais. Rawls (2003) utiliza uma teoria contratualista para determinar

princípios de justiça aceitáveis neste contexto. Isto é, princípios de justiça que seriam escolhidos por cidadãos, pessoas livres, iguais, racionais e razoáveis.

A ideia da posição original é formulada por Rawls (2003, p. 23) como um artifício de representação, é um modelo que serve para indicar as condições e as restrições que devem ser impostas aos contratantes para o alcance de um acordo equitativo sobre os princípios de justiça que regularão a estrutura básica. Social. Segundo Rawls (2002, p. 130), esta é uma situação “puramente hipotética”, por isso as partes e a estrutura básica da sociedade são descritas a partir de uma visão específica de pessoa, de sociedade e de justiça - um enfoque político. Em outros termos, em uma democracia constitucional as pessoas devem ser vistas como livres e iguais, e a sociedade compreendida como um sistema equitativo de cooperação ao longo das gerações. O acordo inicial é formulado entre cidadãos nascidos em uma sociedade fechada e submetidas a condições apropriadas, a certas restrições - véu de ignorância.

Rawls (2002, p. 152-153) reconhece que define a posição original para expor o que ele considera como a solução deseja para a definição de uma concepção de justiça. Para tanto, ele procura dispor as partes na posição original de forma equitativa, tratando-as como pessoas morais. O propósito é juntar em um único conceito critérios que permitam a construção de um acordo razoável a respeito dos princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade.

Para que a escolha dos princípios de justiça seja realizada de forma dedutiva pelos contratantes, isto é, sem a influência de hipóteses psicológicas ou condições sociais, Rawls propõe uma lista de princípios - extraídos de concepções de justiça existentes na tradição da filosofia política - e uma lista de bens primários como substrato informativo da deliberação. Por isso, Rawls (2003, p. 117) afirma que “A posição original é um processo de seleção [...]” Aqui avalia-se qual dos princípios de justiça, presentes em tal lista, especificam uma concepção de justiça política apropriada “[...] para construção de uma base moral adequada para as instituições democráticas.” (RAWLS, 2003, p. 118).

Mas, como se determina um ponto de vista a partir do qual possa ser produzido um acordo equitativo entre cidadãos? Rawls (2002, p. 147-152) responde a esta pergunta introduzindo o artifício do “véu de ignorância”. Este é um recurso teórico que exclui das partes o conhecimento das “contingências específicas” (posição social e econômica, capacidades, idade, gênero etc.). A intenção é ocultar todas as informações que possam permitir “situações privilegiadas de negociação”, isto é, quais das diferentes alternativas - apresentadas a partir de uma lista de princípios - favorecem seus casos particulares. Aqui os contratantes são obrigados a avaliarem os princípios com base somente nas considerações e conhecimentos gerais. Para Rawls, isto confere equidade à deliberação.

4 JUSTIÇA COMO EQUIDADE, DOIS PRINCÍPIOS

A teoria da justiça proposta por Rawls (2000, p. 46) procura responder uma questão controvertida na tradição do pensamento democrático, a de como conciliar as exigências da liberdade e da igualdade entre os cidadãos. Segundo Rawls (2000), o pensamento democrático moderno está associado a duas tradições diferentes. Uma vinculada a Locke, que prestigia as liberdades individuais (“liberdade dos modernos”) como a liberdade de pensamento, de consciência e certos direitos básicos. Outra, vinculada a Rousseau que privilegia as liberdades políticas iguais e os valores da

vida pública (“liberdade dos antigos”). Rawls acredita que os princípios da justiça como equidade, escolhidos na posição original, permitem uma reconciliação destas duas tradições.

4.1 PRINCÍPIOS RAWLSIANOS DE JUSTIÇA

Para Rawls (2000), dois princípios seriam escolhidos na posição original. O princípio da igualdade de liberdades básicas; o princípio da igualdade equitativa de oportunidade; e o princípio da diferença (maximin). Aquele corresponde ao primeiro princípio, e os dois últimos correspondem as duas partes do segundo princípio. Os dois princípios defendem três categorias: o valor equitativo das liberdades políticas; a igualdade equitativa de oportunidades; e, o princípio da diferença. Estes elementos, segundo Rawls (2000, p. 48), expressam o conteúdo igualitário do Liberalismo Político. Em *Justiça como Equidade uma Reformulação*, Rawls (2003, p. 60) descreve os princípios de justiça da seguinte forma:⁷

- 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 de todos.”
- 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 de diferença).”

Para “ponderar” os valores da igualdade e da liberdade estampados nos dois princípios, Rawls (2003) estabelece uma ordem serial entre os dois princípios especificados. Assim, a aplicação do segundo princípio (princípio da igualdade de oportunidade e da diferença) tem como pressuposto a satisfação, pelas “instituições de fundo” do primeiro princípio (igualdade das liberdades básicas). Não obstante esta disposição lexical, Rawls (2003, p. 65, nota 10) alerta para a relação intrínseca entre os dois princípios. Os princípios e suas partes formam um conjunto e por isso devem ser aplicados como “uma unidade”.

A prioridade estabelecida pelo primeiro princípio, conforme dispõe Rawls (2003, p. 147), é para o “esquema de liberdades básicas” e não para uma liberdade considerada em particular. Daí porque ele diz que, nenhuma liberdade básica é absoluta. Em certas situações elas podem conflitar entre si. A meta, então, é fazer um ajuste entre as liberdades básicas para que as capacidades morais dos indivíduos possam ser desenvolvidas. Com o primeiro princípio Rawls defende o acesso igual de todo cidadão às liberdades básicas.

Rawls (2003, p. 156) quer dizer com essa prioridade que, “[...] uma liberdade básica só pode ser limitada ou negada em benefício de outra ou outras liberdades básicas, e nunca em favor de um bem público maior [...]” Neste sentido, uma distribuição desigual de liberdades básicas somente é aceitável quando cumprido dois requisitos. Primeiro, ela deve reforçar o sistema total

⁷ O princípio da igualdade de liberdades básicas e o princípio da igualdade de oportunidade e da diferença serão chamados respectivamente de primeiro princípio e segundo princípio em alguns trechos.

de liberdade compartilhado por todos. Segundo, tal restrição deve ser aceitável desde o ponto de vista dos mais afetados.⁸

Para compatibilizar os valores dos dois princípios de justiça, ante a precedência do primeiro princípio, Rawls defende a garantia de uma distribuição equitativa apenas para as “liberdades políticas”. O valor⁹ das liberdades políticas para “todos os cidadãos” deve ser relativamente igual. Todos devem ter - independentemente de suas posições sociais - capacidade para influenciarem o resultado das decisões políticas e para assumirem cargos públicos. Para Rawls (2002, p. 382-383), é improvável a existência de uma sociedade justa sem a garantia de tais liberdades.

Rawls (2003, p. 62) anota uma lista de liberdades básicas que ele considera com sendo as mais importantes para os cidadãos exercerem e desenvolverem plenamente suas faculdades morais, quais sejam: liberdades políticas; liberdade de pensamento e consciência; liberdade de associação; liberdade pessoal (direito a não ser agredido); liberdades próprias do “estado de direito” como, por exemplo, o direito de não ser preso arbitrariamente.

O segundo princípio de justiça abarca dois princípios complementares: o da igualdade equitativa de oportunidade e o princípio da diferença - aqui também se respeita a ordem lexical. Aquele, segundo Rawls (2003, p. 61-62), tem a função de “[...] corrigir os defeitos da igualdade formal de oportunidades [...] no sistema da chamada liberdade natural.” Aqui a preocupação é garantir uma igualdade para além da mera formalidade. Isto é, procura-se, por meio daquele princípio, garantir uma chance efetiva de acesso a cargos públicos e posições sociais. Rawls nomeia este tipo de igualdade de “democrática”. Por esta igualdade rejeita-se a “dominação política”, e impõem-se certas exigências à estrutura básica da sociedade para que o “sistema de mercado livre” não conduza a concentração excessiva da riqueza e propriedade. O igual acesso à educação é citado por Rawls como sendo uma destas exigências (RAWLS, 2003, p. 62).

Rawls leciona que, as pessoas na posição original, uma vez garantidas as liberdades básicas e a justa igualdade de oportunidades, somente optariam por uma distribuição desigual de outros bens primários se esta distribuição desigual melhorar as expectativas dos menos favorecidos. Combinando o princípio da diferença com o princípio da justa igualdade de oportunidade, Rawls busca apresentar uma alternativa tanto ao sistema de liberdade natural como ao princípio liberal de igualdade de oportunidade. O sistema de liberdade natural é a igualdade formal de oportunidades: pessoas com igual capacidade têm igual acesso a cargos e empregos. Rawls rechaça essa visão sob a alegação de que essa interpretação despreza as diferenças sociais que num sistema de liberdade natural é fortemente determinado por contingências naturais e sociais.

Ao estabelecer a prioridade do princípio da justa igualdade de oportunidade em relação ao princípio da diferença, Rawls intenciona favorecer a oportunidade daqueles com menores possibilidades uma vez que leque de alternativa fica mais amplo quando comparado com uma distribuição estritamente igualitária. Por tal motivo, na visão do filósofo, aqueles que tiverem uma

⁸ Em uma Teoria da Justiça, Rawls (2002, p. 164) parece assumir uma exceção ao caráter “absoluto” do primeiro princípio quando discorre que: “[...]. Só quando as circunstâncias sociais não permitem o estabelecimento efetivo desses direitos básicos é que podemos consentir com a sua limitação [...]”.

⁹ Rawls (2000, p. 382) faz uma diferenciação entre liberdade e o “valor da liberdade”. Não se admite na justiça como equidade “[...] trocar uma liberdade menor ou desigual por uma melhoria do bem-estar econômico.” (RAWLS, 2002, p. 164). Contudo, a diferença de renda e riqueza, permita pelo princípio da diferença, permite que certos indivíduos tenham um maior ou menor valor de liberdade.

desigualdade de oportunidade fruto da desigualdade econômica devem ter um espectro maior de oportunidades.

Cada um dos princípios regula “as instituições numa esfera particular [...]” Juntos, os dois princípios regulam a estrutura básica (RAWLS, 2000, p. 48). Os princípios da justiça como equidade manifestam o conteúdo de uma concepção política de justiça. Isto implica que,

5 FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS E SUA RELAÇÃO COM A JUSTIÇA

Os cidadãos, para Rawls, devem fazer alguns “juízos” sobre a justiça de seu sistema político-social. Primeiramente, eles devem - reconhecendo o fato do pluralismo - perquirir: sobre a justiça da legislação e das políticas sociais; sobre quais opiniões políticas devem ser transformadas em lei; e, sobre quando as leis estabelecidas devem ser obedecidas ou rejeitadas. Com base nestes três tipos de problemas Rawls (2002, p. 212) propõe a aplicação dos princípios de justiça numa sequência de quatro estágios.

O primeiro estágio refere-se à escolha dos princípios de justiça na posição original, cuja explicação e desdobramentos já foram explicados anteriormente. O segundo estágio corresponde ao momento em que, ao retornarem para “seus lugares na sociedade” os cidadãos utilizam os princípios escolhidos na situação inicial para julgar as reivindicações dentro do sistema social. O segundo momento, portanto, é marcado pela “convenção constituinte”. Nesta fase, o véu de ignorância já não é tão “denso”, isto é, as partes possuem mais informações. Elas já sabem a partir de quais princípios devem ser atribuídos e avaliados os poderes e deveres do governo e dos cidadãos. Já conhecem o nível de desenvolvimento econômico, cultural e político de suas sociedades. É neste contexto, carregando todo o arcabouço reflexivo-conceitual da fase precedente, que os “delegados racionais” (RAWLS, 2002, p. 217) devem escolher uma Constituição política “eficaz” no seguinte sentido, a Constituição deve satisfazer aos princípios de justiça e fornecer parâmetros para a criação de leis igualmente justas (RAWLS, 2002, p. 213).

Do ponto de vista ideal, uma Constituição justa seria fruto de um procedimento justo concebido para assegurar um resultado justo. Em outros termos, seria um processo político justo que garantiria a produção de leis justas. Esta é uma visão procedimental pura reconhecida por Rawls como não factível. Resta, portanto, identificar dentre os sistemas de justiça existentes quais têm “[...] maior probabilidade de conduzir uma ordem legal justa e eficaz.” (RAWLS, 2002, p. 214). Procura-se identificar artificialmente um processo político justo que resulte em leis justas.¹⁰

O terceiro estágio é o legislativo. O “legislador representativo” julga os projetos de lei sob um fino véu de ignorância. Ele desconhece informações particulares sobre si mesmo, mas sabe que a elaboração dos institutos legais deve ser coerente com os princípios da justiça e com a Constituição. Rawls classifica esta fase como “[...] um procedimento de avanços e recuos.” Saber se uma legislação é justa, ou não, é uma questão difícil, mas Rawls argumenta que, com bases nas premissas da justiça como equidade, pode-se saber, ao menos, quando uma lei é injusta. O último estágio de aplicação dos princípios de justiça refere-se à fase da aplicação das regras a casos particulares pelos juízes e administradores e o da observância destas pelos cidadãos. Aqui não se

¹⁰ Rawls (2002, p. 214) afirma que este também é o problema do Bentham, mas em Teoria são usados como critério de avaliação do processo político e das leis os princípios da justiça como equidade e não o princípio da utilidade.

aplica o véu de ignorância, todos têm total acesso a todos os fatos e circunstâncias (RAWLS, 2002, p. 215).

Existe, nas palavras de Rawls (2002, p. 215), uma divisão de trabalho entre os estágios de aplicação dos princípios de justiça. Cada nível trata temas diferentes da justiça social. Neste sentido, o primeiro princípio - da liberdade igual - é o “[...] padrão primário para a convenção constituinte.” A incorporação do primeiro princípio pela Constituição garante o exercício da cidadania igual¹¹ promovendo a justiça social. O requisito da cidadania igual exige a realização do que ele chama de “princípio da participação (igual)”. Isto implica que, todos os cidadãos devem ter um direito igual de participar no processo e resultados políticos de seus sistemas (RAWLS, 2002, p. 423).

O direito de participação igual no sistema político por todos os cidadãos é um dos requisitos, segundo Rawls, dos regimes constitucionais. Tais regimes, para Rawls, têm as seguintes características. Um, as decisões políticas básicas são tomadas por um corpo representativo escolhido por um eleitorado - ao qual se devem prestar contas - para desempenharem certas funções em espaço de tempo determinado. Dois, as eleições devem ser realizadas regularmente e respeitando o preceito do “um eleitor um voto”. Três, os partidos políticos peticionam junto ao governo em prol de suas concepções “de bem público” - amplamente conhecidas e defendidas. Para isso deve haver, segundo Rawls (2002, p. 242), “rigorosas proteções constitucionais” às liberdades de expressão, reunião e associação política.

Rawls (2002, p. 243) discorre sobre a diversidade de partidos políticos no interior de um regime democrático como sendo uma condição da justiça. Por tal motivo, Rawls não defende a unanimidade em temas políticos, isto seria incoerente com o reconhecimento do pluralismo razoável, inerente às democracias constitucionais. O que Rawls exige na deliberação política é o que ele chama de “o princípio da oposição política leal”.

Rawls aborda as “liberdades iguais” em três dimensões: significado; extensão e valor. Liberdades políticas iguais significam que: “cada voto tem aproximadamente o mesmo peso na determinação do resultado das eleições”; e, que todos os cidadãos têm um direito igual de assumir cargos públicos. A extensão da liberdade política igual para Rawls relaciona-se com o “grau em que a constituição é majoritária”. Isto é, uma Constituição é mais abrangente ou menos abrangente dada a forma que estabelece o procedimento para decisões políticas importantes. Assim, uma Constituição que adota como procedimento de decisão a regra da maioria simples é abrangente. A última dimensão, a do valor das liberdades política iguais é representada pelo “direito de participação igual”. Para isso, segundo Rawls (2002, p. 246), todos os cidadãos devem ter os meios de: informar-se sobre questões políticas; avaliar o impacto das propostas política em suas concepções de bem-estar; e, quais políticas e ações promovem o bem público etc.

A liberdade e o “valor da liberdade” são categorias distintas na visão de Rawls. Aquela na justiça como equidade é representada por um sistema de liberdades básicas que deve ser garantido à todos os cidadãos de forma idêntica. O valor da liberdade, por sua vez, relaciona-se com a capacidade das pessoas em promover seus objetivos no interior de uma estrutura básica definida por um sistema. Isto implica que, quando se fala em atribuir liberdades, não se cogita conferir mais liberdades a uma pessoa ou grupo, nem mesmo sob o argumento da compensação. O valor da

¹¹ Leia-se: liberdades políticas, de consciência e pensamento e liberdades individuais (RAWLS, 2002, p. 215).

liberdade, diferentemente, não é o mesmo para todos. As consequências da pobreza, da ignorância, são para Rawls fatores que interferem no valor das liberdades (RAWLS, 2002, p. 221).

A vinculação financeira de partidos a grupos e interesses privados, segundo Rawls, exclui do fórum público temas de fato relacionados com a noção de “bem público”. Quando isso acontece os membros “menos favorecidos da sociedade” são efetivamente impedidos de exercerem uma influência equitativa no processo político. A institucionalização política do poder econômico, ou de grupos econômicos permite o uso do aparelho coercitivo do Estado para angariar posições privilegiadas o que, segundo Rawls, pode “solapar qualquer igualdade política que possa ter existido em condições históricas”. Em um contexto assim, o sufrágio universal é uma ferramenta insuficiente. Na falta de uma autonomia política raramente uma regra política justa é apresentada adequadamente (RAWLS, 2002, p. 247).

As liberdades políticas têm seu valor diminuído, segundo Rawls, quando os “[...] detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar o curso do debate político.” Esta ingerência, ao final, influencia a legislação e a forma de tratamento dispensado a questões sociais. Por este motivo, Rawls defende um rol de “medidas compensatórias” como contraponto a esta ascendência econômica, a saber: ampla distribuição de propriedade e riqueza; destinação regular de verbas públicas que encorajem a livre discussão pública; destinação de recursos públicos suficientes para a manutenção independente dos partidos políticos etc. (RAWLS, 2002, p. 246).

Assim, do ponto de vista da justiça como equidade, os representantes devem defender de forma substancial os interesses do eleitorado. Devem procurar elaborar uma legislação justa e eficaz. Aqui, os princípios de justiça servem como critério para se avaliar as justificativas apresentadas às ações e razões dos representantes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro princípio da justiça como equidade exige um esquema universal de liberdades políticas adequadas, e que o valor de cada liberdade, individualmente considerada, seja garantido de forma justa. Para lidar com um tema complexo como o do financiamento de campanhas, e devido às limitações do trabalho, foi priorizada uma abordagem normativa de justiça.

O modelo de justiça proposto por Rawls foi utilizado no trabalho com o objetivo de fornecer um método racional geral para se pensar alguns dos problemas relacionados com a justiça social. A partir da teoria de Rawls, tentou-se examinar o problema do financiamento de campanha e sua relação com as liberdades políticas básicas e a justiça social.

A intenção do estudo não é conferir, ao final do trabalho, uma defesa categórica do financiamento público, ou privado, de campanhas. Isso demandaria mais argumentação. O que se buscou foi apresentar algumas ideias relacionadas com o tema da justiça consideradas necessárias para a identificação das deficiências e vulnerabilidades de nosso sistema atual

THE FINANCING OF POLITICAL CAMPAIGNS AND ITS OVERLAPS ON JOHN RAWLS' THEORY OF JUSTICE

ABSTRACT

This work brings out the issue of financing of political campaigns and their ethical imbrications in the theory of justice of John Rawls, analyzing what constitutes and what is the importance of fair value of political

freedoms in this context. It has the following problem: a discussion of Rawls on campaign finance theme offers a viable normative basis to understand and evaluate the demands of justice? The thesis is that the ideas formulated in Rawls's theory of justice helps to make a reflective base around the theme. The article is divided into three parts: first, we present a few assumptions and a criterion present in the conception of justice in Rawls; then reproduces the statement of principles of justice as fairness; and finally, under the Rawls' reading, show up some aspects of campaign finance and its relationship with justice.

Keywords: Justice. Political freedoms. Campaign finance. Constitutional democracy. John Rawls.

REFERÊNCIAS

AUDARD, Catherine. Apresentação. In: RAWLS, John (Org.). *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FREEMAN, Samuel. The Cambridge Companion to Rawls. In: FREEMAN, Samuel. *Introduction: John Rawls - An Overview*. Cambridge University Press: New York, 2003.

FREEMAN, Samuel. The Cambridge Companion to Rawls. In: NAGEL, Thomas. *Rawls and Liberalism*. Cambridge University Press: New York, 2003.

POGGE, Thomas. *His life and theory of Justice*. Tradução Michelle Kosch. Oxford University Press, 2007.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Brasília: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

TRAMONTINA, Robison. *Uma teoria das obrigações políticas: uma proposta a partir do Liberalismo Político*. 2011. Tese (Doutorado)-Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Ed. UNESP, 2000.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013.

WERLE, Denilson Luis. *Justiça e Democracia: Ensaio sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Singular; Esfera Pública, 2008.

DEMOCRATIZANDO A CULTURA DO PODER POLÍTICO: PERCEPÇÕES SOBRE A CULTURA DE UM PODER POLÍTICO DEMOCRÁTICO

Milaine Koprowski*
Cátia Rejane Liczbinski Sarreta**

RESUMO

Por percepção pode-se perceber que é a sensibilidade de entender e compreender o que está ocorrendo entorno dos indivíduos. Nesta perspectiva o presente estudo busca analisar a realidade da cultura política que permeia a sociedade bem como analisar se existe limitação das percepções dos indivíduos pelo poder político. A política e a cultura exercem grandes relações de poder sobre a sociedade, explana-se ainda que a cultura nasce de relações de poder. Além da relação de poder entre cultura e política na sociedade, será necessário analisar os legitimados ao exercício do poder no Estado Democrático de Direito, bem como as dificuldades que este Estado vem passando ao longo dos anos. Deste modo, para buscar uma possível transformação no campo da atual política cultural as percepções dos indivíduos se fazem necessárias para que a transformação ocorra. Portanto o estudo se preocupa em mesmo com o futuro incerto da democracia estabelecer orientações analisando o processo de democratização da cultura predominante no poder político, acreditando que a partir deste ponto poderá haver novas percepções para uma transformação do poder político cultural. Assim, o presente trabalho se preocupa como seguinte questionamento: é possível falar em percepções de cultura do poder político democrático?

Palavras-chave: Cultura. Democracia. Educação. Percepções. Poder Político.

1 INTRODUÇÃO

A cultura se faz presente no poder político, ao contrário do que muitos possam imaginar, tanto um quanto outro possuem grande influência no cotidiano da sociedade. O estudo se preocupa em mesmo com o futuro incerto da democracia, estabelecer orientações analisando o processo de democratização da cultura predominante no poder político, acreditando que a partir deste ponto poderá criar novas percepções para uma transformação do atual campo cultural político.

A cultura e o poder político possuem como elemento em comum a força que pode ser exercida através de vários métodos e não somente da força física, mas, a mais utilizada, é a dominação. A dominação é o elemento mais perceptível na conjectura do Estado Democrático atual, haja vista que o povo como um todo na maior parte das vezes não possui o conhecimento necessário para identificar a dominação exercida pelos detentores do poder político. Neste viés de dominação versus subordinação mister se fará analisar os legitimados ao exercício do poder e o meio cultural político que esta inserida a sociedade bem como os problemas decorrentes destes.

Assim, sob esta ótica, o presente trabalho tem como finalidade principal compreender a Cultura que permeia o Poder Político no Estado Democrático de Direito, bem como compreender suas influências na sociedade tentando caminhar para uma democratização da Cultura do Poder

* Graduanda em Direito pela União Educacional de Cascavel; milaine_koprowski@hotmail.com

** Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale dos Sinos; Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Professora do quadro efetivo da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Rio Grande do Sul; Rua Sete de Setembro, 1621, 99700-000, Erechim, Rio Grande do Sul, Brasil; catia_sarreta@hotmail.com

Político. Além destes aspectos, caberá analisar a relação de representatividade e a Democracia. Afinal de contas, pode-se falar em um Estado Democrático de acordo com a regra da maioria? Como a cultura e o poder político estão relacionados? Há meios de transformação da cultura do poder político atual? De modo a responder essas e demais perguntas é que este estudo será realizado. Todavia, atualmente fala-se sobre democratização em vários âmbitos, tanto jurídico como sociológicos, mas tal pesquisa se limitará ao estudo da democracia participativa, visto que esta é o principal meio para a compreensão do tema estudado.

Além dessas questões, importante salientar que o estudo propõe analisar e responder os questionamentos, com base nas percepções sociais. Por percepção pode-se entender que é a sensibilidade de entender e compreender o que está ocorrendo entorno dos indivíduos. Deste modo, um dos elementos mais importantes deste estudo é a percepção, visto que é sob sua ótica que este estudo foi elaborado, buscando compreender a realidade da cultura política que permeia a sociedade bem como analisar se existe a limitação dessas percepções do indivíduo pelo poder político.

Com base nestes apontamentos, pode-se dizer que um dos questionamentos que embasa este trabalho é: Como a percepção pelos indivíduos pode mudar a realidade da cultura do poder político atual? Existe limitação para a percepção do indivíduo? Com base nas percepções, ou seja, de modo a compreender a situação da sociedade em termos de cultura política, se obterá respostas que se efetivadas podem transformar a atual realidade política brasileira.

Portanto, ressalta-se que as percepções partem de cada indivíduo, sendo que cada um ao compreender a realidade que está inserido, precisa contribuir para que se tornem agentes da transformação política, criando assim, novas percepções de cultura.

2 PERCEPÇÃO, REPRESENTAÇÃO E O SIMBÓLICO

Os valores que definem uma cultura são compostos por percepções e representações que tem uma dada importância, significado e um símbolo.

Mas isso encontra dificuldades. Atualmente, o ser humano está colocado neste centro em que a compressão tempo/espaço tem mostrado as várias faces das transformações que estão ocorrendo nas condições humanas. Onde antes havia concentração de indivíduos, favorecendo a ação política, hoje há dispersão. Os espaços públicos estão cada vez mais sendo substituídos por espaços privados e os que existem tendem a ser cada vez mais elitizados, aumentando o poder dos mais fortes e enfraquecendo os despossuídos. Cada vez mais o ser humano tem sido aviltado em seus direitos, tem sido espoliado de sua condição de liberdade para agir e decidir, mostrando que a globalização não beneficia a todos de maneira uniforme.

Segundo Bauman (1999, p. 8), “A globalização tanto divide como une; divide enquanto une - e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo.” Assim, a globalização, neste aspecto de ao mesmo tempo unir ou desunir as pessoas, mostra que diante de situações semelhantes existem atuações, reações participações dos sujeitos sociais de forma diferente.

As representações estão relacionadas a uma aceitação por parte da sociedade de determinados valores sociais que acabam se estabilizando. Essas representações para permanecerem devem estar em constante “lembrança”.

Para Bourdieu (2000), há um sistema de representação onde estão inteiramente diluídas criando relações de poder. As ações e interações dos grupos sociais no plano simbólico e econômico ocorrem em razão da imposição das regras pelo grupo dominante. As percepções e sensações criadas no interior do simbólico estão relacionadas a um determinado espaço físico. O campo simbólico possui particularidades, adaptando-se aos aspectos locais no qual ele foi criado.

As representações sociais são modalidades de conhecimento prático, orientadas para a comunicação e para a compreensão do contexto social, material e ideativo em que vivemos. São conseqüentemente, formas de conhecimento que se manifestam como elementos cognitivos - imagens, conceitos, categorias, teorias -, mas que não se reduzem jamais aos componentes cognitivos. Sendo socialmente elaboradas e compartilhadas, contribuem para a construção de uma realidade comum, que possibilita a comunicação. Deste modo, as representações são, essencialmente, fenômenos sociais que, mesmo acessados a partir de seu conteúdo cognitivo, têm de ser entendidos a partir do seu contexto de produção (JODELET, 1985, p. 469-494).

As representações são coletivas, mas vividas, individualmente na compreensão do homem e sua análise dos fatos e da própria sociedade.

O termo “Representações Sociais” é como um conjunto de explicações que se originam por meio das comunicações inter-individuais da vida cotidiana. Elas se constituem num trabalho mental do sujeito que tem como resultado a formação de uma imagem do objeto. É um ato do pensamento que traz para perto o que estava longe, que torna familiar o que era estranho (atribuído por Serge Moscovici, psicólogo francês criador da teoria em 1961).

Buscam compreender os fenômenos sociais e a maneira como estes são captados, interpretados, visualizados e expressos no cotidiano pelos indivíduos ou grupos sociais. Nessa perspectiva, as representações sociais possibilitam ao sujeito tomar consciência de seus pensamentos, de suas ideias, de sua visão, de suas atitudes, levando-o a acumular conflitos e a encontrar uma maneira de tornar familiar aquilo que lhe é desconhecido.

De acordo com Moscovici (1978), as representações sociais emanam de situações da sociedade presente, tendo como função contribuir para os processos de formação de condutas e de orientação das comunicações sociais. Assim, segundo esse mesmo autor, as representações sociais equivalem a um conjunto de princípios construídos interativamente e compartilhados por diferentes grupos que através delas compreendem e transformam a realidade.

A estrutura das representações sociais se configura a partir das seguintes dimensões: 1) Informação - relaciona-se com a organização dos conhecimentos que um grupo possui a respeito de um objeto; 2) Campo de representações - associa-se à imagem do conteúdo concreto do objeto da representação; 3) Atitude - indica a orientação global em relação ao objeto da representação social (MOSCOVICI, 1978).

De acordo com Sales (1999, p. 16), a representação social de um dado objeto “[...] é resulta do da transformação mental de um objeto em figura e da significação que o sujeito atribui a esse objeto. Isto quer dizer que a toda figura está associada uma significação e a toda significação uma figura.”

Em relação à perspectiva da cultura do poder político, a representação social de indivíduos ou grupos é necessária para se entender como os atores sociais, estão percebendo a situação.

A integração a sociedade pressupõe o conhecimento dos valores essenciais a essa sociedade e que definem as representações. Estar integrado à sociedade pressupõe conhecer os processos e mecanismos de formação dessas representações.

As representações são mutantes e os membros da sociedade estão expostos a uma situação de constante aprendizagem da formação do simbólico, o que significa que não existe uma aquisição definitiva (MCLEÓDE, 1997, p. 147-162).

Para o homem participar dos espaços sociais ele precisa aceder aos valores estabelecidos conquistando o seu espaço na sociedade a ainda compreendendo os processos de constituição desses valores e suas representações.

Segundo McLeóde (1997, p. 147-162),

Se os valores que constituem o simbólico repousam sobre representações e se estas representações devem ser constantemente reiteradas, então a dicotomia clássica entre a ordem da significação e a ordem da comunicação desaparece, eis aí, de fato, duas maneiras diferentes de se aprender um mesmo sistema. Ou simplesmente: os processos de comunicação poderiam ser aprendidos como uma divisão desses processos de construção de reiteração e de modificação das representações que formam o simbólico.

O simbólico¹ está presente em um conjunto de representações que o homem faz do mundo e de como compreende este mundo. A realidade se apresenta por meio das representações como exemplo a língua.

O poder simbólico re-constroi as necessidades sociais, fornecendo uma nova percepção de mundo. Tudo é muito dinâmico e envolvente. As articulações ocorrem por meio de estratégias de dominação estruturadas para essa finalidade e que passam na maioria das situações “despercebidas pelo ator”. Segundo Touraine (1994, p. 151-152), este é domínio onde a ruptura entre o sistema e os atores parece ser mais difícil de se conceber.

O simbólico é um tipo de poder que se faz reconhecer e obter o reconhecimento. É um poder não perceptível exercido com a cumplicidade tanto daqueles que se submetem, como os que exercem o poder. Os agentes apreendem os objetos ofertados simbolicamente e fornecem sentidos e significados distintos a suas práticas, o que os diferem dos demais e acaba gerando a criação de poderes e hierarquias.

Ao se interrogar sobre os mecanismos e processos de construção do simbólico, se atinge o nível de representação.

¹ O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário. Isso significa que o poder não reside nos “sistemas simbólicos” em forma de uma “illuccionary force” mas que se define numa relação determinada - e por meio desta- entre os que exercem o poder e os que lhe são sujeitos, quer dizer, isto é, na própria estrutura doem que se produz e se reproduz a crença. O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras (BOURDIEU, 2000, p. 14-15).

Ser interpretado é assegurar a sua entrada no mundo social, no mundo do simbólico. Porque participar da vida social não é possuí-la ou dominar a sociedade. É fazer parte dela, ser um membro desta sociedade. É fazer parte da sociedade. (MCLEÓDE, 1997, p. 147-162).

Para os antropólogos, o ambiente em que vivemos é duplo, a um só tempo natural e cultural, sem que talvez se possa afirmar em qual dos domínios as nossas raízes são mais profundas.

3 AS RELAÇÕES DE PODER NA CULTURA E NA POLÍTICA

Tendo em vista que a cultura é verificada através de um processo de historicidade, não há como não distingui-la das relações de poder, pois a cultura e o poder político exercem um grande papel de dominação na sociedade através de suas diversas conjecturas histórico. Assim, percebe-se que a cultura e a política são temas visivelmente relacionados, pois a política tem como base relações de poder nas quais a cultura se faz presente. Neste mesmo viés, analisando a cultura como relações de poder verifica-se que

O que não podemos fazer é discutir sobre cultura ignorando as relações de poder dentro de uma sociedade ou entre sociedades. Notem bem: o estudo da cultura não se reduz a isso, mas esta é uma realidade que sempre se impõe. Assim é porque as próprias preocupações com cultura nasceram associadas as relações de poder. (SANTOS, 2006, p. 80).

Tanto a política como a cultura exercem grandes relações de poder sobre a sociedade, sendo que como mencionado à cultura nasce da relação de poder. Weber (apud Lebrun, 1981, p. 5), o grande precursor da ideia de poder, estabelecia uma simples relação, qual sendo, o poder como uma relação de mando e obediência. Na cultura, essa relação de mando e obediência também se faz presente, entretanto, ela é menos visível do que na política.

Ao mencionar política e poder, impossível não se fazer referência ao seu elemento complementar, este elemento é a força, elemento menos perceptível na sociedade atual. Tanto a força quanto a ideologia são de extrema importância para compreender as relações de poder e dominação, afinal, o poder implica uma ordem e obediência, revelando assim a tradução do que Weber chama de Herrschaft, ou seja, domínio. A dominação, segundo Weber (apud Lebrun, 1981, p. 5), é “[...] a probabilidade de que uma ordem com um determinado conteúdo específico seja seguida por um dado grupo de pessoas.”

Em relação aos deslindes, como verificar essa relação de poder e dominação que se faz presente na política também na cultura? Antes de responder esse questionamento, cabe salientar uma breve percepção do que propõe a ideologia segundo Thompson (2000, p. 44):

Através de uma análise cuidadosa das idéias e das sensações, a ideologia possibilitaria a compreensão da natureza humana e, desse modo, possibilitaria a reestruturação da ordem social e política de acordo com as necessidades e aspirações dos seres humanos.

Desta forma, cabe dizer que a partir do momento em que a ideologia possibilita uma reestruturação da ordem social e política, se fala em cultura como elemento transformador de um meio político e social. Atualmente a cultura dita regras, comportamentos, e vive em constante transformação, aliás, há o que se afirmar em cultura como sinônimo de mutação, visto que a sociedade passa por um momento de transformações que ocorre em uma velocidade voraz.

Nunes (1991, p. 78-79), ao analisar algumas formas de poder, observa a existência de um poder legal, de caráter racional, de um poder decorrente das tradições, costumes e crenças, e o outro tem como característica o valor pessoal do homem. Desta forma, quando o autor percebe a existência de um poder decorrente de tradições, costumes e crenças se observam nada menos do que a cultura nas relações de poder.

Assim, se evidencia as relações de poder e dominação tanto na cultura quanto na política, segundo Poulantzas (2000, p. 27), o Estado usa de diversos meios de ideologização em forma de discursos com uma platéia determinada, isso não passaria de táticas políticas. Com relação a política é visível que quem mais exerce essa ideologização é o Estado, na cultura, percebe-se que quem exerce de modo mais desenfreado essa ideologização é a mídia, deste modo, constata-se uma cultura que a cada dia está menos estável, onde as tradições raramente se perpetuam, e ainda, não há como deixar de citar o retrocesso que estes fatores causam na sociedade, pois quanto menor o nível cultural da sociedade, assim também será o nível da cultura política.

Enquanto que quem exerce o domínio através da ideologização na política é o Estado, na cultura a principal é a mídia, entretanto, pode-se perceber o inverso em muitas situações. Os meios em que a cultura e a política exercem seu poder também podem ser os mesmos, os discursos direcionados a determinada classe, no caso da cultura, verifica-se que ela atinge a massa de um modo mais uniforme. Assim, a cultura e a política são elementos muito parecidos e que em vários momentos na sociedade andam juntos, um exemplo disso é quando um político discursa para uma determinada sociedade com seus diversos aspectos culturais, ele exerce seu poder de dominação atingindo tanto seu eleitorado quanto propondo até mesmo novas percepções de cultura.

4 OS IMPACTOS DA CULTURA E DA POLÍTICA NA SOCIEDADE ATUAL

Atualmente o que se verifica é uma grande crise na cultura social e política. Ao refletir sobre o aspecto cultural, percebe-se que em tempos longínquos a cultura era bastante valorizada, as tradições pareciam se perpetuar na história, mas, o contrário ocorre atualmente. A consagração da Constituição Federal de 1988 veio trazendo um grande legado e colocando a cultura de forma ainda mais presente na sociedade, possibilitando que ela seja efetivamente um fator de transformação social. Entretanto, apesar de tantas salvaguardas e caminhos abertos para que a cultura pudesse deixar seu legado e efetivamente ser meio de transformação social, o que se observa atualmente em muitas situações é o verdadeiro retrocesso tomando conta da cultura na sociedade contemporânea.

Com relação a esse retrocesso cultural, percebe-se uma série de dificuldades, a modernidade é uma das principais delas. Um dos principais fatores determinantes para que a sociedade seja desvinculada paulatinamente de suas raízes históricas é o modernismo e deve ser analisado de forma bem clara que o modernismo não é o futuro, e sim o agora. O capitalismo desenfreado é o elemento do qual a sociedade se torna a cada dia mais “moderna” incidindo assim diretamente na

cultura e na política, Marshall, ao citar Daniel Bell, menciona que “[...] ‘o modernismo tem sido um sedutor’, que induz homens e mulheres contemporâneos (e até crianças) a desertar de suas posições e deveres morais, políticos e econômicos.” (BERMANN, 1986, p. 121).

Não só a política está sendo transformada através da sociedade moderna, mas também toda uma cultura construída através da história vem sendo transformada ou mesmo esquecida. Haja vista que a cultura tem como alicerce a história e o povo nada mais é do que um espelho de sua história. Assim, como fica a política atual em um momento onde a cultura sofre constantes alterações? Neste viés, observa-se que o Estado foi se desenvolvendo de modo a tornar-se de variadas formas e regimes através do fator modernidade, “[...] mas é relevante assinalar que, a despeito das enormes diferenças entre os sistemas políticos, hoje, muitos deles parecem partilhar um forte desejo de banir de seus respectivos mapas a cultura moderna.” (BERMANN, 1986, p. 123).

Assim, percebe-se que enquanto muitos caminham rumo a modernidade, praticando até mesmo um suposto “desapego cultural”, há ainda aqueles que trilham um caminho de modo a tentar banir a modernidade da cultura, tentando traçar rumos nacionais comuns com objetivos individuais. Nesta mesma conjectura, Bermann (1986, p. 123) estabelece que

[...] seria estúpido negar que a modernização pode percorrer vários e diferentes caminhos. [...] não há razão para que toda cidade moderna se pareça com Nova Iorque ou Los Angeles ou Tóquio. No entanto precisamos analisar de forma mais atenta os objetivos e interesses daqueles que pretendem proteger seu povo contra o modernismo, em benefício desse mesmo povo.

O autor deixa claro que várias nações pretendem impor freios a modernidade, de modo que os governos devem analisar mais do que o desenvolvimento econômico, mas acima de tudo, analisar os interesses de seu povo, visto que não há necessidade de que todas as cidades se tornem tão “modernas”, até mesmo porque se todas as cidades se tornassem modernamente desenvolvidas, sem dúvida caberia falar em novas revoluções sociais, e até mesmo o fim de uma forma Estado e o início de outra.

Tendo em vista que por mais resistentes que alguns governos possam parecer em relação a modernidade, o cotidiano social tende a se tornar mais “moderno”, gerando assim novas percepções de cultura, deste modo, como pode-se impor freios a essa sociedade? Bermann também possui uma explicação para tal feito, segundo ele:

Quando porta-vozes e propagandistas governamentais proclamam que seus países estão livres da influência alienígena, o que de fato está em causa é que eles conseguiram, até aí, impor um freio político e espiritual ao seu povo. Quando o freio é retirado, ou expelido, uma das primeiras coisas que vem à tona é o espírito modernista: o retorno do reprimido. (BERMANN, 1986, p. 123).

Deste modo, para que uma cidade consiga percorrer caminhos que não o da modernização é necessário haver freios a essa sociedade, freios esses que devem ser políticos e espirituais. Contudo, analisa-se a existência de uma contradição, pois nem sempre o Estado pretende impor freios a modernização e nem mesmo a sociedade moderna. Portanto, percebe-se que com a modernidade ocorrem diversas mudanças culturais na sociedade tanto na sociedade de modo coletivo quanto

nos valores individuais daqueles que integram a sociedade, quanto ao modernismo desenfreado, temos que esse gera grandes consequências culturais englobando setores econômicos, políticos e morais do indivíduo.

A breve conclusão que se pode chegar é que a sociedade como um todo, pouco se importa com o desenvolvimento cultural, percebe-se constantes mutações, e o pior, a deterioração está a cada dia mais evidente na cultura. A deterioração cultural provoca grandes impactos não só na vida em sociedade como também na política, que “conduz” a sociedade.

5 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO LIMITADOR DA CULTURA DO PODER POLÍTICO

No Brasil, os representantes são eleitos pelo Povo, nesse sentido tanto o Presidente, Prefeito, e os vereadores possuem um papel fundamental na sociedade e tem grande responsabilidade com todos. Os detentores do poder político são eleitos pelos membros da sociedade e são instrumentos para fornecer a todos a satisfação das necessidades da vida, entretanto, nem sempre é isto que ocorre.

O poder político, tem como elemento principal a força, não que isto significa dizer que o poder político sempre é exercido através da força física. Principalmente, no Estado atual o poder político vem sendo exercido de diversas formas, no qual caracteriza ainda, a manipulação e domínio da sociedade. No Estado Democrático de Direito, essa força na qual impõe a subordinação do povo vem da própria lei, assevera Bakunin (2002) que “[...] apesar da constituição política ser igualitária, é a burguesia que governa, e é o povo, operários e camponeses, que obedecem suas leis.”

Neste aspecto, os camponeses na sociedade atual seria representado pelo povo que não possui nenhum patrimônio ou aquele que possui muito pouco, com menos noção de educação e cidadania, a burguesia consiste naqueles que possuem maior patrimônio e na maioria das vezes, são mais instruídos educacionalmente e politicamente. Sobre este fato, em vários momentos o que ocorre é a dominação daqueles que são mais privilegiados sobre a sociedade menos desenvolvida economicamente, educacionalmente e politicamente. Neste viés, percebe-se que esta cultura ainda é a que predomina no Brasil atualmente.

O Estado Democrático de Direito, como o próprio nome já diz nada mais é do que uma junção do Estado Democrático com o Estado de Direito. Contudo mister se faz analisá-los de modo distinto, apesar de que vários doutrinadores não conseguiram fazer a distinção entre um e outro. Com relação ao Estado de Direito no qual pressupõe a subordinação de todo poder ao direito, ou seja, o governante está submetido ao direito mesmo ele criando ou não as leis.

No entanto, segundo Nunes (1991, p. 101), é necessário que este Estado de Direito passe de um Estado formal e se torne um Estado material, ou seja, que concretize os anseios da sociedade. Para que esse Estado passe do formal para o material, é preciso a interferência da democracia, caracterizando assim o Estado Democrático de Direito, instituído através de uma Constituição. Contudo, como questiona o próprio autor, como saber se as leis e a Constituição são legítimas?

Se é certo que o Estado de direito democrático, ele próprio, pode ser manipulado, vez que o direito pode ser utilizado como instrumento dessa manipulação, certo é também que a circularização do regime democrático, desde que duradoura, tende a legitimar ou a modificar as normas estabelecidas. (NUNES, 1991, p. 101).

Atualmente se observa uma constante dominação, e o que na realidade deveria ser usado como meio de limitar o Poder Político, qual seja, a elaboração de leis, uma Constituição rígida que respeite os ideais democráticos, o contrário pode ocorrer, pois, como já conhecido, a dominação deixa os povos à mercê do poder político, visto que exerce sua força de dominação até mesmo sobre a forma de Estado democrático.

Diante do exposto, valem as considerações realizadas por Zimmermann (2002, p. 64-65) sobre algumas características desse Estado de modo a correlacionar os ideais de democracia e de limitação do poder estatal. Dentre as importantes características apontadas, destaca-se uma qual seja o “império da lei”, no sentido de legalidade que se sobrepõe a vontade governamental. Assim, segundo ele, uma das principais características do Estado Democrático de Direito é a imperatividade da lei sobre os atos dos governantes.

Tendo em vista que é o governante quem exerce o poder, sendo que o cidadão possui apenas a legitimidade formal, que consiste em eleger o detentor do poder, mas, após as eleições o cidadão perde sua legitimidade. Deste modo, alguns Estados possuem mecanismos próprios para que se exijam algumas prestações ou fiscalize os abusos de poder, mas, com um povo onde a dominação impera poucas vezes se observa a utilização desses mecanismos. Frente a essas considerações, pode-se dizer que as leis limitam o poder político? Como é estabelecido esse poder, sendo que os próprios governantes é que elaboram as leis? Sobre essas questões, importante as considerações feitas por Bobbio (1998, p. 957):

Por inclusividade se entende a possibilidade de intervir, de modo imperativo, em todas as esferas possíveis da atividade dos membros do grupo e de encaminhar tal atividade ao fim desejado ou de a desviar de um fim não desejado, por meio de instrumentos de ordenamento jurídico, isto é, de um conjunto de normas primárias destinadas aos membros do grupo e de normas secundárias destinadas a funcionários especializados, com autoridade para intervir em caso de violação daquelas. Isto não quer dizer que o poder político não se imponha limites. Mas são limites que variam de uma formação política para outra.

Percebe-se que, segundo Bobbio (1998), seja possível a limitação do poder através de instrumentos do ordenamento jurídico, instrumentos esses que estão presentes de forma explícita no Estado Democrático de Direito. Contudo, ainda de acordo com o que foi dito, os limites do poder político, variam conforme a formação política de cada Estado. Deste modo, verifica-se que as bases políticas brasileiras, estão longe de serem tão bem estruturadas de modo a vir limitá-lo. E ainda, Dahl (2001), ao fazer uma distinção entre o modelo de assembleias e democracia representativa, expõe

A lei do tempo e dos números: quanto mais cidadãos uma unidade democrática contém, menos esses cidadãos podem participar diretamente das decisões do governo e mais eles têm de delegar a outros essa autoridade. (DAHL, 2001, p. 125).

Para o autor o número de cidadãos legitimados para participar de eleição seria como um limite ao poder político, assim, o entende que quanto menor a localidade que habita esses cidadãos, menor é a delegação de poder ao representante, todavia, quanto maior for a localidade maior serão os problemas, havendo assim maior necessidade de delegação do poder de decisão ao

representante. Neste sentido, enquanto houver um governo, onde alguns homens detenham mais poder do que o outro, esse poder dependerá da dimensão que ele é exercido.

Conforme Habermas (1997, p. 232-233), também pode-se indagar que

[...] no final das contas, todo o direito o direito deve emanar da vontade soberana do legislador político. No final de tudo, a legislação, a ratificação e a aplicação das leis passam a ser momentos no interior de um único processo circular regulado politicamente; e elas continuam assim, mesmo quando se diferenciam institucionalmente de acordo com poderes do Estado.

Portanto, visto que no Estado Democrático de Direito, decorre da lei a legitimidade para que se faça a escolha de representantes que exercem o poder. Assim, a lei parte de relações políticas, deste modo o Estado está sempre impondo suas vontades e seu poder, tanto as limitações, restrições e benefícios concedidos aos representantes também decorrem da força da lei. Então, as eleições, criação de leis, a dominação e o Estado Democrático, não passam de relações táticas políticas. Desta forma, diante de tantos enigmas decorrentes de uma “suposta” democracia, cabe analisar se uma futura democratização da cultura que predomina atualmente no poder político seria capaz de resolvê-los.

6 EM TEMPOS MODERNOS: O ELEMENTO CAPAZ DE TRANSFORMAR A CULTURA E A POLÍTICA

Tendo em vista que o poder político tem como elemento a força da dominação que é exercida sobre todos os indivíduos, e ao analisar que se faz necessário novas percepções por parte da sociedade para que ocorra uma transformação questiona-se: Como a percepção pelos indivíduos pode mudar a realidade da cultura do poder político atual? Existe limitação para a percepção do indivíduo?

Tanto no passado quanto no presente, percebe-se a existência de um elemento do qual é de extrema relevância para a evolução cultural e política da sociedade, seria ele uma alternativa para resolver os problemas lançados nesse estudo, deste modo, qual seria esse elemento tão poderoso? Esse elemento é a educação. De acordo com Freire (2000), “[...] por meio da educação os sujeitos podem se construir senhores de suas vidas, autores de sua história”, ao fazer uma análise sobre a ótica cultural observa-se que através da educação há transformações tanto na cultura quanto na política.

Importante esclarecer que a educação da qual este estudo faz referência vai muito além daquelas compreendidas nos bancos escolares de hoje, estudiosos mencionam esta educação como sendo educação formal. Para que ocorra um fenômeno capaz de transformar a cultura e a política é necessário que haja uma educação não formal, qual seja desenvolvida a liberdade, criatividade, que promova a diversidade e também a igualdade. Touraine (1994) “[...] defende os direitos sociais e culturais que formam a base de suas demandas e combina a identidade pessoal a cultura” (TOURAINÉ, 1994 apud GHON, 2011, p. 115), desta forma, se tenta aumentar a capacidade de compreensão de um ser humano em relação ao seu semelhante em sua cultura, promovendo assim a diversidade histórica e cultural dos povos.

Destaca-se que a palavra compreender vem do latim, *comprehendere*, que quer dizer: colocar junto todos os elementos de explicação, ou seja, não ter somente um elemento de explica-

ção, mas diversos. Mas a compreensão humana vai além disso, porque, na realidade, ela comporta uma parte de empatia e identificação. O que faz com que se compreenda alguém que chora, por exemplo, não é analisar as lágrimas no microscópio, mas saber o significado da dor, da emoção. Por isso, é preciso compreender a compaixão, que significa sofrer junto. É isto que permite a verdadeira comunicação humana (MORIN; KERN, 2001)

A redução do outro, a visão unilateral e a falta de percepção sobre a complexidade humana são os grandes empecilhos da compreensão. Outro aspecto da incompreensão é a indiferença. Deve-se perceber que somos parte do processo de transformação social, como agentes ou apenas envolvidos nas mudanças.

Para Bobbio (1997), a educação é como um fator transformador da política acredita-se que para que a transformação ocorra é necessário haver a educação para a cidadania, sendo que está excessivamente escassa na sociedade atual, tendo em vista que o que predomina é uma cultura de descrença, além disso, há de se mencionar a falta de cultura política, visto que em determinadas sociedades o povo não demonstra interesse pelas mudanças que a política pode causar na vida da humanidade

[...] o ausente crescimento da educação para a cidadania, segundo a qual o cidadão investido do poder de eleger os próprios governantes acabaria por escolher os mais sábios, os mais honestos e os mais esclarecidos dentre os seus concidadãos, pode ser considerado como o efeito da ilusão derivada de uma concepção excessivamente benévola do homem como animal político: o homem persegue o próprio interesse tanto no mercado econômico como no político. Mas ninguém pensa hoje em confutar a democracia sustentando, como se vem fazendo há anos, que o voto é uma mercadoria que se cede ao melhor ofertante. (BOBBIO, 1997, p. 11).

O autor usou problemas decorrentes de décadas passadas, mas que está presente na atualidade, pois observa-se o voto sendo tratado como mercadoria, isto ainda ocorre atualmente e em algumas regiões esta cultura do voto/mercadoria é predominante, o voto é tratado desta maneira devido a uma cultura já enraizada pelos antepassados desde a colonização do Brasil, mas que deve ser cortada pela raiz, a educação é o modo pelo qual é possível a transformação cultural, de modo a traçar novos caminhos, quebrar as correntes da ignorância política e social, construir assim uma sociedade menos desigual através do conhecimento, visto que só este é capaz de fazer com que a atual cultura social e política transcenda.

No aspecto da cultura política, em face de sua importância, existe uma inserção no que ocorre cotidianamente, porque como exemplo, a falta de interesse por parte dos indivíduos gera inúmeras consequências que irão causar transtornos direta ou indiretamente em outras áreas, como na economia, cultura, educação, saúde, dentre outros, visto que cada ato cotidiano está vinculado a uma relação de poder político. Nesse sentido, existe a percepção da importância da cultura política e do que está acontecendo com ela e além disso vislumbra-se a importância de uma transformação.

Transformações culturais tão profundas não podem introduzir-se de uma vez mediante uma reforma e um texto de lei. Devem ser lançadas através de iniciativas e inovações em princípio limitadas. E é possível que hoje, quando se multiplicam

fracassos e dificuldades, que elas sejam aceitas mais do que ontem. (TOURAINÉ, 1997, p. 291).

Conforme mencionado, as leis por si só não são capazes de transformar uma cultura, principalmente quando são feitas de um momento para o outro, para que ocorra a transformação da cultura política é necessário algo que vá muito além de textos legislativos, é necessária a efetividade da educação, deve-se atribuir a escola um papel de democratização, ela deve passar de ser um centro de prestações de serviços para ser o centro da vida social. A educação trata-se de uma saída para a crise na atual cultura política e social.

Na modernidade, verifica-se que a cultura passa por uma crise onde os valores morais e tradições não são importantes, e que a educação não passa de aprendizados rasos, como fazer cálculos e aprender a ler e escrever, a educação atual não cria seres libertos e pensantes, estes fatores corroboram para o crescimento de uma sociedade ausente de conhecimento da realidade social em que se está inserida, esses fatores exercem uma grande e importante influência na política, seres assim são de fácil dominação. Nesta conjectura observa-se que

Um dos trechos mais exemplares a este respeito é o que se encontra no capítulo sobre a melhor forma de governo das *Considerações sobre o governo representativo* de John Stuart Mill, na passagem em que ele divide os cidadãos em ativos e passivos e esclarece que, em geral, os governantes preferem os segundos (pois é mais fácil dominar súditos dóceis ou indiferentes), mas a democracia necessita dos primeiros. (BOBBIO, 1997, p. 31).

A cultura vem passando por uma grande crise, que afeta tanto a política quanto a sociedade. Pode-se dizer que também há uma descrença na política por parte da sociedade corroborada com ausência de conhecimento, o que acaba por favorecer o governo, visto que um povo sem conhecimento é mais fácil ser dominado.

As transformações culturais e políticas devem ser tomadas percebendo-se os riscos do erro e não somente das melhorias, estabelecendo estratégias que possam ser corrigidas no processo da ação, a partir dos imprevistos e das informações que se tem.

Embora a forma de atuação dos indivíduos ocorra de forma diferenciada nos processos que envolvam a representação política, é necessária uma maior participação cotidiana dos sujeitos, não só nas discussões dos projetos, mas no acompanhamento dos mesmos, essa participação dos cidadãos está relacionada com o nível de educação para a cidadania que a sociedade possui.

A cultura política, sempre foi um objeto de poder, domínio e continuará sendo. É o grupo social que define como ela será utilizada. A cultura política faz parte da sociedade. Diante dessas questões delicadas é que se percebe ainda existirem contradições nas relações entre sociedade e cultura que precisa ser aproximado por meio da educação.

Uma vez que se presume que a própria sociedade na sua diversidade com diferentes classes sociais, níveis educacionais, dentre outros, possui uma percepção diferenciada em relação a cultura política, sua importância e a forma com que ela atinge a sociedade.

Para enfrentar tamanhos desafios acredita-se que o elemento mais eficaz para a superação da crise cultural e da realidade política é a educação, visto que essa permite romper com as grades sociais, possibilitado uma visão que transcende a visão da atual realidade social.

Portanto, a relação da sociedade com a política deve prezar pelo desenvolvimento para que todo o meio social seja respeitado pelos representantes do povo. A vida do homem depende dessa relação. Portanto por meio da educação, especialmente a educação para a cidadania é possível adquirir a percepção da necessidade de transformação da atual cultura política.

7 DEMOCRATIZANDO A CULTURA DO PODER POLÍTICO: PERCEPÇÕES SOBRE A CULTURA DE UM PODER POLÍTICO DEMOCRÁTICO

Como já analisado, fica evidente que está longe de se alcançar o ideal de democracia na atual situação cultural que se encontra a política, Rousseau afirmava que a democracia jamais poderia ser alcançada, se isso é verdade ou não, nos resta somente aguardar os caminhos a serem percorridos pela democracia, para obter uma resposta. Todavia, este tópico se preocupa em mesmo com esse futuro da cultura política democrática incerta, estabelecer alguns rumos pensando num processo de democratização da cultura predominante no poder político, acreditando que é a partir daí que poderá se alcançar a verdadeira democracia na cultura política.

Segundo Bobbio (2002, p. 77), o que distingue os sistemas democráticos dos não democráticos são as regras do jogo, ou seja, os inúmeros procedimentos adotados no sistema democrático que tenta legitimar o cidadão como detentor do poder político, a democracia só ocorreria se realmente todos os cidadãos fossem legítimos para exercer o poder político. Deste modo, a democracia só se desenvolveria quando constatado o aumento do número de participantes na tomada de decisões políticas, aí está à raiz do processo de democratização. E mais, ao se falar em democratização do poder político, o que deveria ocorrer de fato, era mais do que uma democracia política, e sim, a passagem desta para uma democracia social, ou seja, a cultura política deveria ser enraizada na sociedade.

Para tentar estabelecer um conceito mínimo de democracia, à priori, conforme leciona Bobbio (1998, p. 326), com o passar do tempo a democracia foi sendo entendida como um conjunto de regras e de procedimentos para a constituição de um Governo e para a formação das decisões políticas. Dentre estes procedimentos, pode-se mencionar as eleições realizadas pelo povo, as escolhas realizadas pelo eleitor na democracia, devem ainda, serem realizadas da maneira mais livre possível, sem a imposição de opiniões diversas sendo que para ocorrer a “escolha”, deve haver também opções, e por fim, o poder da maioria jamais poderá limitar os direitos da minoria.

É a partir deste procedimento mencionado por Bobbio, que no Estado democrático os representantes chegam ao poder. Há então, uma série de regras para tentar se alcançar a democracia, e conseqüentemente um poder democrático. O ideal de poder democrático seria a ideia de que os legitimados a escolher o representante do povo, simplesmente não transfiram o poder que pertence a ele para o representante, de modo a permanecer subordinado ao representante detentor do poder. Conforme o exposto há o que se falar em uma cultura de poder democrático?

[...] nenhum regime histórico jamais observou inteiramente o ditado de todas estas regras; e por isso é lícito falar de regimes mais ou menos democráticos. Não é possível estabelecer quantas regras devem ser observadas para que um regime possa dizer-se democrático. Pode afirmar-se somente que um regime que não observa nenhuma não é certamente um regime democrático. (BOBBIO, 1998, p. 327).

Assim como a maior parte dos estudiosos da ciência política, Bobbio não acredita que haja um Estado Democrático, no máximo, um Estado mais ou menos democrático, quando obedecida certas regras impostas para a constituição deste regime. Deste modo, também se está longe de alcançar uma Cultura de Poder Democrático. Verifica-se que a democracia, a cultura e o poder democrático tomam rumos incertos, quais não se podem prever os resultados, sendo que em todo o caso, tanto as consequências como as evoluções dependem do que fazemos.

Nesta conjectura, Dahl (2001, p. 49-50) estabelece critérios para um processo democrático, sendo que um Estado só seria democrático depois de obedecidos esses critérios. Ao elencá-los verifica a presença de uma participação efetiva, onde todos deveriam ter igualdade de oportunidades e opiniões, e cada membro deveria ter oportunidades de apreender sobre políticas alternativas e suas consequências, e ainda de poder decidir sobre questões de planejamento, e por fim, menciona a inclusão dos adultos, isto seria nada mais do que uma nova cultura se infiltrando na realidade política.

Com relação a Democracia no poder político Moreira Neto analisa, através de um viés principiológico, no qual a tendência de uma universalidade da Democracia. A Democracia seria observada como um princípio juspolítico do poder (MOREIRA NETO, 1992, p. 261). O sentido trazido de juspolítico, em face à universalidade do poder, é de essencial importância sua compreensão para a política e para o direito, pois é através desse elemento que também se verifica a presença da Democracia.

Mas será possível, num sistema como o sistema democrático, que é tão compacto e coerente do ponto de vista dos procedimentos por ele criados e que estão verificados pela experiência e cristalizados há séculos, distinguir com tanta segurança as regras a serem mantidas e as que devem ser descartadas? Conservaremos o sufrágio universal mas não a liberdade de opinião?, a liberdade de opinião mas não a pluralidade dos partidos?, a pluralidade dos partidos mas não a proteção jurídica dos direitos civis? Em suma, afirmar que nem todas as regras do jogo serão suprimidas é um modo de subtrair-se à obrigação de precisar o próprio ponto de vista a respeito de um problema tão central como é exatamente este das regras do jogo, e sobretudo um indício da absoluta ausência de idéias acerca de sua resolução. (BOBBIO, 2002, p. 78-79).

Neste aspecto, o autor deixou claro todos os pontos problemáticos decorrentes da democracia e conseqüentemente do poder político, tenta se efetivar a democracia através de regras, as chamadas regras do jogo, contudo os problemas que cercam esse sistema são muitos e demasiadamente complexos, tornando difícil até mesmo pensar em uma solução para tantos conflitos.

Tendo em vista que atualmente com a diversidade cultural e pluripartidária, conflitos tanto políticos como sociais ocorrem, desta forma, uma política que altere situações cotidianas do cidadão é percebida de forma diferente. A sociedade é complexa, as pessoas são diferentes, se deve buscar mecanismos eficientes e formas de dirimir os conflitos. “Os conflitos são meios pelos quais os atores sociais dirimem suas divergências, interesses antagônicos ou pontos de vista conflitantes, possibilitando que a sociedade alcance uma certa unidade. Os conflitos são fatores de coesão social, e não de distúrbio.” (NASCIMENTO, 2001).

Com relação a esses conflitos ocasionados pela diversidade de cultura, verifica-se que:

[...] o processo ou a tentativa mais frequente é o de proceder à regulamentação dos conflitos, isto é, a formulação de regras aceitas pelos participantes que estabelecem determinados limites aos conflitos. [...] deve garantir o respeito das conquistas alcançadas por alguns atores e a possibilidade para os outros de entrar novamente em conflito. (BOBBIO et al., 2002).

Isso porque no caso de desacordo com as finalidades da concessão tanto no aspecto jurídico quanto social existe a possibilidade de participação da sociedade e do Estado para reestabelecer a situação em prol da coletividade.

Desta forma, como todo tema que envolve a sociedade humana e suas relações com a política, e isto também é apresentado pelo próprio tratamento histórico, cultural. Existe em um determinado espaço, determinados grupos sociais e suas relações. Este estudo se imbuí ainda da pretensão de interpretar os conflitos gerados à luz das representações sociais, visto que estas são condicionadas pelo modo de produção a que estão submetidas (MINAYO, 1993).

Na compreensão da recepção e percepção diferenciada dos casos apresentados verifica-se que cada sociedade se manifesta de formas diferentes diante de uma situação. Mas é perceptível que isso ocorre em face das características e funcionamentos das estruturas no decorrer da história e em especial em razão da condução e formas de políticas realizadas pelos representantes do povo. Vivemos um momento no qual existem muitas incertezas.

Nesse processo de construção de uma transformação da cultura política é importante o papel da sociedade para que perceba que é um ator inserido neste ambiente. Cada indivíduo precisa perceber que por meio de medidas que respeitam o ideal de democracia, que por sua atuação, é possível a criação de políticas capazes de edificar um planeta melhor no presente e no futuro, tornando o cidadão agente da transformação da atual cultura política.

Necessitamos de homens e mulheres que saibam se sentir maiores do que os limites culturais que os cercam e que tenham a coragem de se recusar a aceitar a realidade na qual estão mergulhados, simplesmente como dada e imutável. É urgente humanizar o homem. É necessário transcender e romper os limites do que é dado. (FOLLMANN, 2003, p. 8).

A conduta individual altera as relações sociais e provoca uma mudança social. E não há dúvida quer hoje em dia os atores sociais possuem um papel fundamental no processo de mudança social.

A percepção está relacionada à própria capacidade de avaliação do processo de mudanças e suas consequências, analisando os benefícios e prejuízos que possam ocorrer.

Entendemos que a percepção é a sensibilidade de entender e compreender o que está ocorrendo no entorno do sujeito e ao mesmo tempo o entendimento de como o externo afeta o seu cotidiano. A percepção é fundamental para gerar a ação se necessária.

A partir do momento em que ocorrer uma atenção especial a transformação da cultura política demonstra que ocorre uma percepção e ação por parte dos indivíduos e isso é uma forma de democracia participativa que se mantida pode evoluir para concretização de projetos relacionados ao desenvolvimento da cultura e política na sociedade.

Desta forma, constata-se que os sujeitos relacionam as ações que partem dos outros sujeitos e incorporam no seu cotidiano quando aquelas trarão satisfação para a sua vivência individual. As percepções ocorrem conforme as necessidades e, isso se inicia na formação de suas imagens sobre o seu entorno. A forma como percebem e compreendem o que ocorre no “locus” são fundamentais para suas ações e interações com os problemas da sociedade.

Entretanto, através de tantos impasses que rondam os sistemas democráticos e o exercício do poder político, cabe tão somente, ter em mente como uma possível solução algumas modificações necessárias a essas regras do jogo, contudo, tal mudança deve exigir ainda longos anos de estudos e análises de modo a fazer com que mais do que um princípio ou uma regra prevista na Constituição que a Democracia seja realmente efetivada, bem como a legitimação do povo para o exercício do poder político, todavia, não basta apenas a efetivação da legitimidade do povo, deve haver a legitimação do povo corroborada com as percepções que estão entorno, isto implica numa revolução cultural.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o estudo analisa os aspectos culturais políticos da sociedade contemporânea, verifica-se que a sociedade está passando por um momento de transição em meio a essa evolução que se chama “modernidade”.

Em tempos cada dia mais modernos, a cultura passa por constantes transformações, evolução, mas também retrocesso, a mudança cultural ocorre na sociedade tanto de modo coletivo quanto afetando os valores individuais daqueles que a integram, assim, observou-se que na cultura política e na democracia atual, esses impactos podem decorrer em grandes consequências.

A preocupação com a evolução no mundo, com o moderno, faz com que os indivíduos se preocupem menos com a cultura política, e em muitas vezes gera ainda, a cultura da descrença política. Os representantes do povo, eleitos por ele, desempenham função de extrema relevância, capaz de provocar impactos na vida de todos os indivíduos. Mas, esse poder político, na maior parte não é exercido como deve.

O Estado Democrático de Direito, exerce um importante papel nas garantias dos direitos do povo, contudo, para que ocorra a efetivação destes é importante que o Estado de Direito passe de um Estado formal e se torne um Estado material, ou seja, que se torne meio de concretização das garantias do povo.

Como visto, atualmente o poder político usa de uma força caracterizada pelo poder de domínio, ou seja, a sociedade é na maioria das vezes dominada por aqueles que tem a nobre função de promover o bem de todos os indivíduos, essa é a cultura que impera na realidade política do Brasil.

A política e a cultura são visivelmente relacionadas, pois a política tem como base relações de poder nas quais a cultura se faz presente, por conseguinte, não se pode discorrer sobre cultura ignorando as relações de poder dentro da sociedade, isso porque as próprias percepções com cultura nasceram associadas as relações de poder.

Entretanto, a realidade da cultura do poder político, para sua transformação deve ir muito além de novas redações legislativas que limitam o poder exercido pelos representantes do povo. É necessárias novas percepções.

Com relação as percepções da cultura do poder político, a representação social se faz necessária para que ocorra de fato uma transformação. Entende-se por percepção a sensibilidade de entender o que está ocorrendo no entorno da sociedade e o modo de como o externo afeta o cotidiano. A percepção é fundamental para gerar a ação.

Tendo em vista que a percepção é a capacidade de compreensão pelo indivíduo da realidade que esta entorno dele, e para que a transformação ocorra é necessário que cada indivíduo do modo singular contribua com novas percepções de modo a transformar a realidade política. Mas, considerando as relações de poder existentes na sociedade, percebe-se que o indivíduo na maioria das vezes é limitado a visualizar novas percepções pois o poder político usa como elemento a força da dominação.

Portanto, diante das problemáticas analisadas, pode-se concluir que como elemento transformador da limitação da percepção do indivíduo, bem como o desenvolvimento da cultura do poder político, é necessário a presença do elemento Educação, mas, fala-se em educação além da educação formal, fala-se em educação para a cidadania. Assim, é necessário que o indivíduo através da educação gere novas percepções contribuindo para a transformação da cultura do poder político.

DEMOCRATIZING CULTURE OF POLITICAL POWER: PERCEPTIONS ABOUT THE CULTURE OF A DEMOCRATIC POLITICAL POWER

ABSTRACT

By perception you can realize that's the sensibility of understand and comprehend what is occurring surroundings of individuals. In this perspective the present study search analyze the reality about the politic culture that permeates the society as well as analyze if exist limitation of perceptions of individuals for the politic power. The political and the culture exercise great relations of power about the society, it explains that culture born of power relations. Besides the relation of power between culture and political in the society, it needs to analyze the legitimate exercise of power in the democratic rule of law, as well as the difficulties that this state has undergone over the years. Thus, to search a possible transformation in the current cultural policy field the perceptions of the individuals are made necessary for the transformation occurs. Therefore the study cares about with the uncertain future of the democracy provides orientation analyzing the process of democratization about culture predominant in the politic power, believing from this point can have new perceptions for a transformation of the cultural political power. Thus, the present work worries with the next following question: is possible to speak of culture perceptions of democratic political power?

Keywords: Culture. Democracy. Education. Perceptions. Politic Power.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zigmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BAKUNIN, Mikhail. A ilusão do sufrágio universal. *Revista Espaço Acadêmico*, ano 2, n. 16, set. 2002. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/016/16bakunin.htm>>. Acesso em: 16 out. 2014.

BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Schwarcz, 1986.

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- DAHL, Robert Alan. *Sobre a Democracia*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.
- FOLLMANN, José Ivo. Água: conhecimento, cidadania e bem comum. *Revista Cultura Vozes*, ano 97, v. 97, n. 2, 2003.
- FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade: a sociedade brasileira em transição*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- GERARD, Lebrun. *O que é o Poder*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- GOHN, Marisa da Gloria. *Educação não formal e cultura política: impactos sobre o associativismo do terceiro setor*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.
- JODELET, D. La representación social: fenómenos, concepto y teoría. In: MOSCOVICI, Serge (Org.). *Pensamiento y vida social*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, Psicología Social, 1985.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento*. São Paulo: Hucitec, 1993.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder: sistema de direito político*. São Paulo: RT, 1992.
- MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra Pátria*. Tradução Armando Pereira da Silva. 2. ed. Instituto Piaget: Lisboa, 2001. (Coleção Espistemologia e Sociedade).
- MOSCOVICI, Serge. *A Representação Social da Psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- MCLEÓDE. “A formação do Simbólico”. Tradução Maria Nazaré Machado Mcleod. *Revista do Núcleo de Estudos Canadenses, Universidade do Estado da Bahia, Salvador*, p. 147-162, 1997.
- NASCIMENTO, Renata. A mudança de papel do Estado brasileiro: uma análise dos anos 50 aos anos 90. In: BENECKE, Dieder W.; NASCIMENTO, Renata (Ed.). *Opções de política econômica para o Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.
- NUNES, Luiz Antonio. *A Lei, O Poder e os Regimes Democráticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, O Poder, O Socialismo*. 4. ed. São Paulo: Graal, 2000.
- SALES, Luís Carlos. *O valor simbólico do prédio escolar*. 1999. 295 p. Tese (Doutorado em Educação)-Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 1999.
- SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. Tradução Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

TOURAINE, Alain. *Podremos vivir juntos?* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1997.

THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

O PAPEL DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TUTELADOS À SAÚDE

José Alberto Maia Barbosa*
Izabel Soares de Lima Huning**

RESUMO

O presente ensaio aborda uma questão muito debatida atualmente, diz respeito a possibilidade de o Poder Judiciário garantir a concretização do direito à saúde, enquanto direito social. Para realização dessa análise, se fez necessário abordar os direitos fundamentais dispostos na Constituição pátria, mais precisamente o direito à saúde, que estão apoiados no princípio da dignidade da pessoa humana. O objetivo é compreender a importância da atuação pública de forma eficiente, com vistas à realização material, e não apenas simplesmente formal, do direito fundamental à saúde, pois esta reflete uma das necessidades mais urgentes na conjuntura atual da sociedade. Contudo, é inegável a sua dificuldade, especialmente em que pese à atuação positiva estatal e, ademais, em decorrência da própria dimensão do Estado brasileiro. O estudo se balizou a partir de um processo analítico, em bibliografias referenciadas e pelas legislações que versam sobre o tema, e para tal, exigiu-se uma abordagem qualitativa, assim como de procedimentos metodológicos dedutivos e exploratórios, com lastro sociológico. Igualmente, se torna evidente que a maximização da justiça social, em especial no que concerne ao direito à saúde pública de qualidade, tem correspondência no estabelecido pela “Constituição Cidadã” de 1988.

Palavras Chaves: Direitos à saúde. Direitos Fundamentais. Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

As questões políticas precisam ser levadas em conta pelo poder judiciário, porque é ele que deve se posicionar sempre que necessário para fazer o Estado cumprir seu papel de gestor, na garantia dos direitos fundamentais à existência de todo o indivíduo e à sociedade, de maneira a conferir a pessoa todos os princípios da dignidade humana. Sendo o Estado o órgão arrecadador tem o dever de praticar os mecanismos que irão oferecer aos indivíduos e à sociedade todos os direitos que a constituição elegeu como fundamentais, a saúde, por exemplo, se encontra plasmada na mesma como um direito fundamental, mas não são poucas as vezes que há, a necessidade da intervenção judicial para que este direito se cumpra.

Dito de outra forma, O Estado, representado pelo poder executivo e todos os seus segmentos vem resistindo em fazer cumprir o referido comando constitucional. Para o Estado o fato do não cumprimento reside na escassez de recursos orçamentários, mas essa apologia não pode ser aceita, em que pese a alegação da “clausula de reserva do possível” como desculpa do descumprimento dos direitos fundamentais, pois para Sarlet (2003, p. 33):

* Doutor em Ciências pelo Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares da Universidade de São Paulo; Especialista em Direito Ambiental e Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto; Especialista em Direito Imobiliário e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta; Professor na Universidade Comunitária da Região de Chapecó; Avenida Senador Atílio Fontana, 591-E, Efapi, 89809-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; jambdr@gmail.com

** Especialista em Geografia Regional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Licenciada em Geografia pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora de geografia no ensino fundamental e médio na Secretaria de Estado da Educação do Estado de Santa Catarina; izabelhuning@gmail.com

[...] o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional [...]

Destarte, vale lembrar que, o direito à saúde na organização jurídica brasileira se encontra no rol dos direitos fundamentais uma vez que, pela Constituição da República Federativa do Brasil (CF) de 1988, a saúde, além de ser um direito social, houve uma preocupação maior em estabelecer uma seção exclusiva em seu Título VIII, Capítulo II, artigo 196 a 200.

Então é importante destacar que, o Estado tem papel preponderante em que pese a garantia dos direitos fundamentais, pois estes fazem parte da esfera estatal e por isso devem ser melhor avaliados e redimensionados, em suas políticas públicas, no intuito de atribuir melhor sentido e significado aos serviços a serem prestacionais e devem ser elencados como prioritários, porque muitas vezes se faz necessário a intervenção da esfera judicial para que se cumpra, em casos de saúde pública.

Na realidade há que se ter clareza, sobre o que são direitos fundamentais e o que são direitos humanos, para então buscar no Estado a sua garantia, porque esses dizem respeito à ordem substancial do indivíduo, caracterizados pelas liberdades públicas relacionados com os direitos de ordem socioeconômica e cultural, e sendo assim estes perpassam a esfera dos direitos humanos exclusivos.

Assim, a atuação do Estado em que pese, a garantia frente ao indivíduo deixa de ser uma atuação negativa, para assumir um novo papel relacionado aos chamados direitos sociais e ou direitos fundamentais, abarcando novos direitos de ordem assistencial securitária, por exemplo, os de ordem trabalhista, de educação em especial à educação inclusiva e principalmente em nossa reflexão, aqui nos dedicamos aos de ordem da saúde, onde o Estado passa a ter uma atuação mais positiva no que se refere ao cumprimento, mesmo nos casos em que há a necessidade da intervenção judicial.

Vale lembrar que, na esfera constitucional, a saúde configura entre os que marcam a transição do constitucionalismo liberal, consolidado nos direitos de primeira geração e por isso não deveriam precisar de acompanhamento de nenhum mecanismo jurídico-processual real, em vista à incorporação ou garantia de cumprimento de seu direito, caso o Estado se omitisse em seu papel de provedor público.

Mas, outra análise se faz necessária, porque se há a previsão do direito de uma prestação imediata do Estado, há também o entrave nas exigências que possibilitam a participação ativa do governo de forma mais positiva, em se tratando das medidas interventivas do Estado Social, pois este se encontra atrelado aos recursos orçamentários, fato que, por vezes obriga o próprio indivíduo a buscar medidas paliativas ao perceber estarem com seus direitos fundamentais em descumprimento, que para Barroso (1996, p. 83), o poder judiciário tem como função garantir a materialidade do direito, em que pese a sua eficácia porque ele “[...] simboliza a aproximação tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.”

Nesta perspectiva o direito à saúde está definido como dever do Estado na CF em seu artigo 196, assim disposto: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante

políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Isto posto, a CF, também estabelece como dispositivo constitucional as responsabilidades a quem de direito deve zelar e resguardar pela garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, enquanto órgão gestor dos recursos executores, a saber:

- a) direito de todos: pode-se verificar um direito individual como um direito coletivo à saúde. Pelo texto constitucional, não se pode falar que tratasse de uma norma programática, uma vez que tal interpretação não daria eficácia à Constituição;
- b) dever do Estado: trata-se da obrigação do Estado, lato sensu, ou seja, cabe à União, Estados e Municípios a responsabilidade pelo direito à saúde tanto dos indivíduos, quanto da coletividade;
- c) garantido mediante políticas sociais e econômicas: se impõe a necessidade de políticas públicas que garantam o direito à saúde. Deve-se mencionar, também, a questão da evolução da medicina, com novas descobertas, o que faz que com que esse direito tenha um caráter programático nesse sentido;
- d) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos: trata-se, pois, da questão da prevenção. Inclusive, as ações preventivas são consideradas prioritárias, como se vê no artigo 298, II, da Constituição da República.
- e) políticas que visem ao acesso universal e igualitário: destaca-se questão de igualdade na prestação do direito à saúde, não podendo haver qualquer discriminação, tampouco prioridades;
- f) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde: o Estado deve fornecer todas as medidas capazes de garantir o direito à saúde.

Nesta lógica, os mecanismos de atuação jurisdicional existentes e os que requerem uma maior base de fundamentação jurídica, no que se refere a legitimidade ou mesmo a eficácia, das decisões judiciais de ordem político social, precisam ter clareza de que a saúde no previsto pela CF aparece conceituada como um sistema, por isso tem como objetivo a prevenção, a cura de doenças, a melhoria na qualidade de vida, porém depende da realidade de cada indivíduo. Então há uma correlação de competências entre os poderes, com o devido respeito, entre ambos, em suas áreas de atuação, mas sempre que necessário nenhuma área lança mão do seu estado de direito para fazer valer os direitos fundamentais.

Portanto uma característica específica do Estado constitucional, no que se refere ao modelo social e sua realidade política e jurídica, é a preocupação com a efetivação, e a garantia dos direitos fundamentais apregoados pelo Estado Liberal ou Social.

Assim, o direito à saúde fica relacionado aos princípios da Dignidade Humana, como pode se observar o que prevê o artigo 1º, inciso III da CF, ainda a Dignidade Humana, é reconhecida, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo I destaca que “Todas

as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas as outras com espírito de fraternidade.”

Diante disso, é importante destacar também que, os direitos fundamentais, reconhecidos pela CF em seu Título II dos Direitos e Garantias Fundamentais, de maneira geral, compõe o rol dos direitos sociais, onde a saúde ganha papel de destaque em seu artigo 6º com aplicabilidade de garantia de direito. Ou seja, é tratada como um direito social, necessária e por isso exige a prestação positiva do Estado para a efetivação da garantia deste direito, com grande eficácia.

Neste sentido, as normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais, estão descritos em vários artigos da CF, entretanto, no artigo 5º § 1º fica evidente a necessidade de sua aplicabilidade imediata, mas em que pese o seu entendimento, há controvérsias doutrinárias em torno da amplitude deste dispositivo, ou seja, se aplicável para todos os direitos fundamentais, ou se este se restringe aos Direitos individuais e/ou coletivos previstos apenas no artigo 5º.

Neste ponto de vista, este dispositivo precisa de uma melhor regulamentação infraconstitucional. Porque o princípio da aplicabilidade imediata para Piovesan (apud SIQUEIRA, 2008), tem com “[...] intuito reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais [...]”, mas Bonavides (2002, p. 594), que é um constitucionalista, destaca que:

A nova hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude negativa sem a qual, ilusória a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.

É importante ressaltar que, não se pode conceber a existência de duplicidade na interpretação em torno da aplicabilidade dos direitos fundamentais, embora exista o entendimento e/ou interpretação literal, ao que abrange a norma toda do Título II da CF, cuja epígrafe destaca “ dos direitos e Garantias Fundamentais”, que em seu artigo 5º § 1º salienta “As normas definidoras dos Direitos e Garantias Fundamentais tem Aplicabilidade Imediata.”

Mas é bom ter presente, que no âmbito jurídico, há também a possibilidade da interpretação literal dos dispositivos das normas do artigo 5º da CF, nesses casos os juristas podem adotar a interpretação sistemática e ideológica, porém o resultado final é sempre o mesmo, a garantia dos direitos fundamentais, ou seja, garantir que o indivíduo tenha assegurado da melhor forma possível o acesso à saúde.

Isso porque, o jurídico-constitucional, de maneira nenhuma deve excluir do indivíduo os direitos fundamentais ou direitos sociais, sejam eles de qualquer nacionalidade, ou de qualquer ordem, conforme artigo 60 da CF no âmbito do § 4º que lhe confere a condição de clausula pétrea aos direitos fundamentais, e por isso, não devem ser revogados nem mesmo alterados, no intuito de diminuir sua abrangência, com isso, os princípios constitucionais originários, bem mais do que destacar a importância da garantia dos direitos à saúde, definiu que estes direitos não fossem alvo de qualquer reforma que viessem suprimi-lo ou mesmo diminuir a sua importância diante da magnitude do valor da garantia da dignidade humana.

Então é evidente que a devida efetivação deste direito está vinculado a uma atuação positiva e concreta do Estado, através da implementação das devidas políticas públicas, que conseguem ser o objeto de controle efetivo, além disso, o artigo 197 da CF expressa que as ações e serviços públicos de saúde têm relevância pública, estando assim descrito. “[...] cabendo ao Poder Público

dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e Inspeção, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Diante do exposto na CF, compete ao cidadão, individualmente ou coletivamente, o exercício do controle social, a condição de gerir a ação da administração no que diz respeito à adoção de medidas que atendam ao interesse público, além de exigir a devida prestação de contas, pelos gestores de recursos públicos.

Vale lembrar que, a participação da sociedade no controle das ações e serviços públicos de saúde, se baseia, em uma das diretrizes estabelecidas na CF, conforme expressa o artigo 198 ao qual assim dispõe:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - conhecimento e participação efetiva da comunidade. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Assim sendo, convém acentuar que a CF, ao versar sobre o direito fundamental à saúde, autenticou a participação da sociedade no controle das ações e serviços públicos, com o objetivo, de criar instrumentos adequados à garantia e proteção deste direito.

Ademais, a saúde constitui uma obrigação do Estado, e cabe a este determinar, através de uma ação integrada e em um sistema único, de forma regionalizada e hierarquizada, as políticas públicas em ações e serviços de saúde.

A CF colocou indicadores mínimos a serem atingidos, por cada ente federativo, nas aplicações, em ações e serviços públicos de saúde, sendo que esta inobservância, tamanha a sua gravidade, provoca a reprovação das contas dos gestores públicos, pelos órgãos fiscalizadores.

Vale lembrar que, em 13 de janeiro de 2012, houve uma regulamentação no artigo 198 da CF, sob a luz da Emenda Constitucional nº 141, que estabelece uma melhor regulamentação para o § 3º do referido artigo, ao qual dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde.

Além do que, o referido dispositivo legal coloca os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde, além de abordar as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo, dando, também, outras providências. Assim disposto no artigo 1º, in verbis:

Art. 1º. Esta Lei Complementar institui, nos termos do § 3º do art. 198 da Constituição Federal:

- I - o valor mínimo e normas de cálculo do montante mínimo a ser aplicado, anualmente, pela União em ações e serviços públicos de saúde;
- II - percentuais mínimos do produto da arrecadação de impostos a serem aplicados anualmente pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios em ações e serviços públicos de saúde;

III - critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados aos seus respectivos Municípios, visando à progressiva redução das disparidades regionais;
IV - normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal. (BRASIL, 2012).

Já, no que se refere, às ações e serviços públicos da área da saúde, se constata a necessidade de atendimento às seguintes diretrizes:

Art. 2º. Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes:

I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;

II - estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e

III - sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.

Parágrafo único. Além de atender aos critérios estabelecidos no caput, as despesas com ações e serviços públicos de saúde realizadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde. (BRASIL, 2012).

Por este ângulo, o controle social ganha destaque a partir da nova consciência política, advinda a partir da promulgação da CF, que, em seu artigo 6º, garante 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.” Neste nível, com a integração de direitos sociais e coletivos, vem também a necessidade de criação de mecanismos eficientes para salvaguardá-los. Pode-se observar mencionados nos escritos de Simões (2011, p. 25):

O marco legal para o controle social no Brasil é a própria Constituição Federal de 1988 que institucionalizou a participação da sociedade na gestão das políticas públicas, [...], além dos remédios constitucionais, colocados à disposição do cidadão para garantir o exercício do controle social da atividade do Estado: a ação popular, o mandado de segurança e o habeas data. Não apenas a CF, mas também a legislação infraconstitucional garante ao cidadão a participação popular na gestão pública, com destaque para a LRF - Lei de Responsabilidade Fiscal, que instituiu instrumentos de transparência, controle e fiscalização das finanças públicas visando à responsabilidade na gestão fiscal.

Ademais, some-se a isto, que a Reforma Administrativa, induzida a efeito em 1998 com a Emenda Constitucional nº 19, ratifica a transição do modelo burocrático de Administração Pública para o gerencial, retornando para a obtenção de resultados, com foco no atendimento eficiente e transparente ao cidadão. Parte-se, portanto, da proposição de que os problemas devem ser

solucionados o mais rápido possível, e próximo de sua origem, de modo que se permita o acompanhamento e o controle da sociedade, sobre qualquer programa ou política pública voltada a resolvê-los.

Assim complementado por Silva (2011, p. 45):

A evolução nas formas de interação ou associação entre o setor privado e o público e a descentralização das atribuições do Estado previstas na Constituição Federal de 1988 impuseram a necessidade de uma participação cada vez maior da sociedade no controle da administração.

Destarte, considerando-se a extensão do Estado Brasileiro, e do elevado número de municípios que possui, a participação dos cidadãos se torna imprescindível, para que o controle dos recursos públicos empregados nos diversos programas de governo seja feito de forma ainda mais eficaz. E para isso, portanto, a participação da sociedade, colabora para o aperfeiçoamento do controle dos gastos governamentais, garantindo, por conseguinte, uma esmerada aplicação dos recursos públicos.

Em outra análise, o controle social representa então, a capacidade que a sociedade civil tem de interferir na gestão pública, colocando as ações do Estado na direção dos interesses da comunidade.

Assim, o conhecimento e a participação, bem como o controle exercido pela sociedade, permitem que esta, oriente as ações induzidas a efeito, pela Administração Pública, com o intuito da adoção de medidas que, atendam ao interesse público. Porque o exercício do controle sobre as ações do Estado, por sua vez, sugere uma melhor prestação de contas, pelo gestor, de sua atuação, na garantia dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o controle social abrange o acompanhamento e a fiscalização, pela sociedade, das ações e dos gastos promovidos pelos governantes, levando em consideração os interesses da coletividade. Porque é, de fundamental importância que o indivíduo participe diretamente da gestão pública, e exerça o controle social das despesas públicas.

Ao qual Simões (2011, p. 25) nos complementa, ao definir a importância da participação coletiva na fiscalização da aplicabilidade da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade humana, a saber:

[...] o controle social deve ser definido como aquele em que a sociedade civil se associa ao poder público no planejamento, acompanhamento, monitoramento e avaliação das ações de gestão pública. Desta forma constitucionalmente conceituado, o controle social deve ter como prerrogativa uma democracia forte e estabelecida que possa favorecer o exercício da cidadania e a sua integração nos processos de gestão participativa.

Deste modo, o controle social, se encontra, preservado pela CF e, mesmo que o indivíduo não seja obrigado a exercer funções de controle e de fiscalização, este direito lhe é assegurado, permitindo o conhecimento e a informação, na formulação das políticas públicas, além, da fiscalização, de forma permanente, da aplicação dos recursos públicos. Onde para Silva (2011, p. 45) a participação social deve ter objetivos claros e objetivos:

Apesar de o controle social significar uma forma de participação social, devemos ter claro que se tem um objeto específico que é o controle. Nesse caso, exige da sociedade, não apenas capacidade de associação, mas exige também disponibilidade de informações e conhecimentos próprios que habilite ao pleno exercício do controle. Já participação social em sentido amplo abrange qualquer interação que propicie a troca de informações com o setor público.

Ou ainda, para Garelli (1986, p. 284), em verbete publicado no Dicionário de Política, há uma melhor compreensão do que vem a ser Controle social, pois se refere aos mesmos como:

[...] mecanismos (sanções, punições, ações reativas) que se acionam contra indivíduos quando estes não se uniformizam com as normas dominantes. Neste nível nos encontramos perante uma gama de sanções, extremamente variada e de peso punitivo diferente, entre as quais mencionamos, [...], as da privação de determinadas recompensas e direitos, as formas de interdição e de isolamento, as de reprovação social [...]

Neste sentido, a efetivação do direito fundamental à saúde por meio da atuação do controle social, decorre também, do fato de que o controle das políticas públicas, não pode ficar a cargo apenas da esfera estatal. Por mais, atuantes que sejam os Tribunais de Contas, bem como outras instituições, - a exemplo das Controladorias, do Poder Judiciário e do Ministério Público, se deve ponderar que as dimensões do Estado Brasileiro e o seu grande número de municípios, dificultam a atividade de controle exclusivamente por meio das entidades estatais. Além disso, há que se levar em conta, que por mais informado que seja o cidadão comum, ainda lhe falta conhecimentos técnicos específicos. Tal carência pode ser suprida, se o controle social for desempenhado em parceria com o controle externo, a cargo dos Tribunais de Contas.

Desta forma, é de fundamental importância, que o indivíduo tenha garantido o seu direito a saúde, pois este é componente da vida, estando umbilicalmente conectada à dignidade humana. Então, se pode dizer que, os direitos à vida e à saúde são sinônimos da dignidade humana, e por isso o ser humano tem direito a uma vida digna, não podendo ser sacrificada. A dignidade humana é, pois, o princípio base da saúde.

2 CONCLUSÃO

Na atualidade, a sociedade, cada vez mais consciente de seus direitos, vem reivindicando por uma atuação pública mais eficiente, em especial no que se referir, ao oferecimento de ações e serviços públicos de saúde, de qualidade.

Não se pode admitir mais, que o desempenho da Administração Pública esteja baseado apenas na averiguação da regularidade dos gastos públicos em saúde, e se o percentual mínimo de aplicação, estabelecido constitucionalmente, está sendo respeitado. O foco se converge, por conseguinte, para a análise da efetividade dos serviços disponibilizados e fornecidos à população.

Desta forma, vale lembrar que, os direitos fundamentais se encontram amparados na CF, e em se tratando da saúde, mais especificamente no seu artigo 196. Bem como, o disposto no referido artigo, é direito de todos e dever do Estado a sua promoção, proteção e recuperação.

Desse modo, é importante levar em conta, a amplitude de tal direito, tendo em vista que, estar diretamente ligado à vida e à dignidade da pessoa humana.

Então, para a sociedade, é impossível condicionar a sua saúde a discursos vagos, porque o que está em jogo é a vida do ser humano, não podendo esta, ser alocada a um segundo ou quiçá, terceiro plano. Assim, sendo direito constitucionalmente assegurada, a sociedade, pode e deve cobrar as prestações necessárias à sua materialização, ou seja, o direito à saúde autoaplicável com efeito imediato.

Nesse comenus, a concretização do direito à saúde, encontra muitos obstáculos, que passam desde a escassez de recursos, e a ausência de políticas públicas e/ou descumprimento das existentes. Perante isso, aqueles que necessitam de atendimento à saúde, imprescindível à sua vida, se obrigam a procurar a via jurisdicional, para alcançá-lo.

Diante disso, vale lembrar que, considerando a importância da concretização do direito à saúde, e diante da problemática de sua efetivação com o cumprimento de um grande número de ações dessa natureza, nos encontramos ainda, diante de uma questão bastante discutida, sobre a possibilidade de o Poder Judiciário fazer esse papel de garantidor do direito à saúde. Nesse sentido, algumas interpretações levantam questionamentos por acreditarem que, intervenção desta natureza, violariam os princípios da Separação dos Poderes e da Reserva do Possível, mas há que se ter presente, que a meta primordial é o da dignidade humana, portando não violaria, mas garante o direito a saúde do indivíduo.

Então, sempre que o indivíduo perceber, o não cumprimento do seu direito fundamental em especial o direito à saúde, o mesmo, pode solicitar pela via judicial, a concretização do seu direito, de maneira a conseguir o tratamento necessário a sua patologia, para tal, o mesmo deve comprovar, além da urgência o da essencialidade da urgência. Esta prova deve ser feita pelo autor, com prescrição médica fundamentada e com as evidências científicas disponíveis, podendo até, o juiz, utilizar da perícia, para esclarecimento de dúvidas que possam sobrevir. Entretanto, convém salientar que, quando não se tem certeza, deve o julgador optar pela origem do pedido, tendo em vista, que o que se discute, é a vida daquela pessoa.

Em síntese, o Poder Judiciário pode e deve intervir para garantir a concretização do direito à saúde, não existindo nenhum abuso aos princípios da Reserva do Possível, nem a Separação dos Poderes, pois, nesse conflito de interesses, deve prevalecer, a vida e a saúde do indivíduo.

A especialização dos magistrados, tanto pelo aperfeiçoamento em nível técnico- formativo específico, quanto, pela criação de Varas Especializadas nas questões de saúde, pode ser um caminho a ser cogitado, em busca de uma compreensão mais ampla e, ao mesmo tempo, aprofundada sobre o tema, bem como de um melhor aparelhamento, especialmente se incentivado o exercício de um papel mais ativo por parte do julgador da causa. A necessidade de profissionais especializados e que não apresentem conflito de interesses com a matéria discutida na demanda em juízo, abre espaço, não somente para a formação de novos experts, quanto para a colaboração das entidades de classe, especialmente dos profissionais da saúde - relevando, também aqui, outra faceta dos princípios constitucionais da subsidiariedade, da eficiência, da solidariedade e da cooperação, pela procura por informações de quem as possa dispor e prestar com maior propriedade e isenção.

Assim, se a afirmação categórica de perspectivas e tendências pode mostrar-se até mesmo temerária, a análise dos dados que foram aqui referidos, quer em termos doutrinários, quer

dos dados institucionais (mais proximamente vinculados às políticas públicas de efetivação do direito à saúde), permitem, contudo, a identificação de algumas questões importantes, cujo debate, à evidência, não se encerra no presente trabalho.

Por derradeiro, o caminho do desenvolvimento humano passa pela construção de instrumentos de tutela e de efetivação de todos os direitos fundamentais, com especial ênfase sobre os direitos sociais, o igual respeito à dignidade de todo o brasileiro e a certeza de que terão condições adequadas de se desenvolver como pessoa e cidadão pressupõem essa reflexão, no âmbito do direito fundamental à saúde e, mais amplamente, dos demais direitos sociais.

THE STATE ROLE IN THE GUARANTEE OF FUNDAMENTAL RIGHTS TUTORED TO HEALTH

ABSTRACT

This essay addresses an issue much debated in today regarding the possibility of the judiciary ensure the realization of the right to health as a social right. To perform this analysis, it is necessary to address the fundamental rights established in the Federal Constitution, specifically the right to health, which is supported in principle of human dignity. The goal is to understand the importance of public performance efficiently, with a view to holding material, and not just simply formal, the fundamental right to health, as this reflects one of the most urgent needs at this juncture of society. However, it is undeniable its difficulty, especially in spite of the positive state action and, moreover, due to the sheer size of the Brazilian state. The test is buoyed from an analytical process referenced in bibliographies and legislation that deal with the subject, and for that required a qualitative approach, as well as deductive and exploratory methodological procedures, with sociological ballast. It becomes apparent that the maximization of social justice, especially concerning the right to public health quality, has established correspondence in the "Citizen Constitution" 1988.

Keywords: Fundamental Rights. Judicial Branch. Rights to health.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 15, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 jun. 2015.

GARELLI, Franco. Controle Social. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução João Ferreira, Carmem C. Varriale et al. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1986.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul./dez. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Francisco Carlos da Cruz. *Controle Social no Brasil: evolução e desafios*. Revista TCMRJ, Rio de Janeiro, ano 28, n. 46, p. 45-54, jan. 2011.

SIMÕES, Marcos Mayo. A importância dos Conselhos na gestão democrática das políticas públicas. *Revista TCMRJ*, Rio de Janeiro, n. 46, p. 24-30, jan. 2011.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA MAIS MÉDICOS

Juliana de Oliveira¹
Yuri Schneider²

A objeção, o desvio, a desconfiança alegre, a vontade de troçar são sinais de saúde: tudo o que é absoluto pertence à patologia. (Friedrich Nietzsche)

RESUMO

O presente artigo trata da efetivação do direito constitucional à saúde, previsto no art. 196 da CF/88, que prevê que saúde é direito de todos e dever do Estado, por meio de políticas públicas do Estado, representado pelos três entes da federação (União, estados, Distrito Federal e municípios). Mostra aspectos relacionados à criação do SUS na década de 1990, com o intuito de promover condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Além disso, refere as medidas legislativas posteriores com o intuito de promover a cidadania e a dignidade humana a partir da efetivação da saúde. Finalmente, trata da última política pública de âmbito nacional com vistas à implementação do direito constitucional à saúde, que é o Programa Mais Médicos, trazendo um aparato dos pontos positivos e negativos do programa.

Palavras-chave: Direito à saúde. Políticas públicas. Programa mais médicos.

1 INTRODUÇÃO

O direito a saúde teve grandes avanços na sociedade brasileira após a constituição de 1988, que salienta a sua importância no exercício da vida digna. Novas descobertas tem possibilitado cada vez mais a melhoria da qualidade de vida de pacientes com graves doenças, mas, a oferta de tratamentos aos pacientes sem possibilidade de obtê-los por conta própria acaba causando um grande aumento nos custos de saúde da população, tal problemática vem criando uma discussão sobre a responsabilidade e a limitação dos direitos fundamentais referentes à vida e a saúde por parte do Estado, tendo em vista a verba orçamentária destinada à saúde e a insuficiência das políticas públicas criadas para este fim.

Reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de caráter social, tal direito exige do Estado prestações para sua efetividade, por isso considerado como uma política pública a ser alcançada pela República Federativa do Brasil, ou seja, deverá ser garantida a sua efetividade. Ademais, quando aliado ao caráter fundamental social emana diversas

¹ Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Direito e Processo Civil e Advocacia Civil e Empresarial pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; juliana.oliveira@unoesc.edu.br

² Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor do Programa de Pós-graduação (Mestrado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Barão de Santo Ângelo, Moinhos de Vento, 90570-090, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; yurisbr@hotmail.com

consequências em relação às políticas públicas, separação de poderes e o caráter subjetivo das prestações.

Neste sentido, com meio de garantir a efetivação do direito social à saúde, o governo brasileiro, envolvendo todas as esferas da federação, instituiu políticas públicas em âmbito nacional, regional e local.

Uma das mais recentes e polêmicas políticas públicas implantadas para atingir esta finalidade, à qual a República Federativa do Brasil se comprometeu no texto constitucional, foi o denominado “Programa Mais Médicos”.

Assim, através de uma pesquisa bibliográfica, faz-se necessário discutir acerca da política pública de efetivação do direito constitucional à saúde denominada “Mais Médicos”, que por meio de legislação interna e acordos internacionais, “importou” médicos brasileiros que se formaram no exterior e também médicos estrangeiros, para garantir à população brasileira, principalmente das regiões de periferia, atendimento médico através do SUS - Sistema Único de Saúde nas Unidades Básicas de Saúde.

2 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Desde a década de 80, a questão da exclusão social, entre outros fatores, protagonizou debates e enfrentamentos nas agendas internacionais, tornando-se o tema central e exigindo análises setoriais e políticas públicas que considerassem a relação entre a lógica econômica e a coesão social (RIBEIRO, 2010, p. 20).

Neste viés, destacando o tema da exclusão, Ribeiro (2010, p. 20) afirma que a questão social no Brasil passou a ser analisada a partir da produção e distribuição de riquezas, da vulnerabilidade das relações sociais, do questionamento da intervenção estatal e das mudanças mundiais na configuração da sociedade civil e dos movimentos sociais.

Aos excluídos no Brasil não estavam asseguradas garantias públicas contra riscos econômicos decorrentes de disfunções sociais, no âmbito de um sistema sólido de proteção social (RIBEIRO, 2010, p. 27), o que gerou uma grande insatisfação e, por consequência, as mobilizações sociais.

Ademais, a questão social e a insatisfação com o sistema atual da época se constituiu objeto de teorização sobre a institucionalização de um Estado Democrático de Direito, que passou a ser discutido pela Assembleia Constituinte Originária, instituída logo após a queda do regime militar ditatorial.

Este contexto histórico, legitimou a mudança de modelo de proteção social brasileiro - de um sistema de seguro social (restrito à classe formalmente trabalhadora) para um sistema de seguridade social, disciplinado por princípios de universalidade e equidade, estabelecendo um padrão de inclusão social nas políticas sociais. Este novo modelo articulava solidariamente as áreas da previdência social, saúde e assistência social (RIBEIRO, 2010, p. 27).

A Assembleia Constituinte Originária, representando o povo brasileiro, constituída para instituir um Estado Democrático, promulgou em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê em seu art. 1º os fundamentos da República Federativa, dentre eles a dignidade da pessoa humana.

A partir deste contexto social, de acordo com Ribeiro (2010, p. 20), passou-se a identificar os direitos sociais e trabalhistas como direitos fundamentais, além de valorizar-se a participação social na produção e aplicação do direito, bem como na institucionalização de uma cidadania plural e aberta às mais diversas e complexas relações sociais.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em 05 de outubro de 1988, como uma forma de efetivação dos direitos sociais e garantia da dignidade da pessoa humana, a população brasileira passou a ter o direito à saúde assegurado em texto constitucional, que dispõe que seu art. 196 que “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988).

A República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, conforme previsão na Carta Constitucional fundamenta-se em aspectos como: cidadania, dignidade e soberania popular. Assim, a saúde passa a ser declarada como um direito fundamental de cidadania, cabendo ao Estado a obrigação de provê-la a todos os cidadãos, indistintamente (SILVA; TANAKA, 2012, p. 250).

Pela primeira vez nas Cartas Constitucionais do Brasil, a CF/88 apresenta uma seção específica para tratar o tema da saúde, consagrando como dever do Estado e direito do cidadão. Desta forma, deslocou-se a noção de seguro social pela de seguridade social, prevendo acesso pleno ao sistema de saúde, independentemente da renda, buscando garantir um novo padrão de cidadania ao povo brasileiro (ELIAS, 2004).

Sarlet (2006) afirma que no âmbito da evolução jurídica brasileira, um dos principais marcos do direito à saúde a serem lembrados é a inserção da saúde como bem jurídico fundamental na Constituição Federal de 1988, na condição de direito e dever fundamental de titularidade universal, isto é, na condição de direito de todos e de cada um e dever do Estado, da sociedade e da própria pessoa para com os outros e consigo mesma.

Há de ser salientando, ainda, que na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde encontra fundamento jurídico em conformidade com os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU - Organização das Nações Unidas, que desde 1948 constam na agenda internacional:

Art. 25. Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Indiscutivelmente, com a promulgação da carta constitucional 1988 obteve-se uma grande conquista para os brasileiros, entretanto, a Constituição por si só não assegura a efetividade dos direitos e deveres constituídos (L’ABBATE, 2010).

São necessárias ações do poder público, de todas as esferas federativas, com ênfase à efetivação de tão importante direito, que é a saúde, que se dará a partir das chamadas políticas públicas.

3 O SUS - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

A política pública é o instrumento privilegiado do Estado para minimizar as contradições e conflitos sociais gerados pelo confronto entre o global, entendido como o todo, e o setorial, representado pelas categorias profissionais (ELIAS, 2004).

Neste sentido, para Elias (2004) as políticas públicas constituem instrumentos para a atuação do Estado. Os pressupostos teóricos do Estado para se pensar a área social estão centrados na reprodução da força do trabalho, promovendo a regulação entre Estado, economia e sociedade.

Para fins de implementação do direito constitucional à saúde, em 1990, considerada um primeiro ato do governo com vistas às políticas públicas nesta área, foi promulgada a Lei 8.080/90, que “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.” (BRASIL, 1990), institucionalizando o SUS - Sistema Único de Saúde, considerada a mais abrangente e ambiciosa e política pública de saúde já formulada no Brasil (ELIAS, 2004).

Conforme afirma Santos (2012, p. 272), o SUS não nasceu a partir do texto constitucional, mas começou na prática já nos anos 70, ou seja, há mais de 40 anos, a partir dos movimentos sociais e políticos contra a ditadura militar, em busca das Liberdades Democráticas e Democratização do Estado, que se ampliava e se fortalecia em busca de uma sociedade justa e solidária e um Estado Novo com políticas públicas e proteção dos direitos humanos básicos.

Os movimentos Municipal de Saúde e o da Reforma Sanitária, ocorridos na década de 1980, fizeram com que o governo federal firmasse convênios para repasses financeiros que fortaleceram a prestação dos serviços básicos e já integrais de saúde à população brasileira (SANTOS, 2012, p. 274). Além disso, foram realizados diversos simpósios de políticas na saúde envolvendo inclusive o Poder Legislativo Federal.

De acordo com Santos (2012, p. 274), a força social e política destes movimentos fez surgir a Comissão Nacional da Reforma Sanitária no ano de 1986, formada por representantes dos governos federal, estadual e municipal e também pelas instituições públicas e privadas relacionadas à saúde, além de entidades da sociedade civil e trabalhadores, com a finalidade de elaborar as diretrizes básicas e a proposta do sistema público de saúde a ser encaminhada para debate pela Assembleia Constituinte Originária.

A Plenária Nacional de Saúde, formada pelos movimentos e entidades da sociedade civil, com a finalidade de participar e exercer o controle social nos debates da proposta de saúde no projeto da Nova Constituição Federal Democrática, foi formada também no ano de 1986 (SANTOS, 2012, p. 274).

Ainda, na década de 1980, antes mesmo da criação oficial do SUS, o governo federal descentralizou a responsabilidade referente as políticas públicas e repasses financeiros para os estados e municípios, realizando uma espécie de retração na sua participação no financiamento da saúde (SANTOS, 2012, p. 274).

A efetiva institucionalização do SUS começou a tomar corpo no início dos anos 90, como resultado dos interesses criados pelos secretários de saúde municipais, reunidos em Conselho Nacional, com a estratégia de unificação descentralizada do sistema de saúde (STOTZ, 2003).

De acordo com Santos (2012, p. 274), as expectativas de criação do SUS eram na crença de que o Estado seria democratizado e cumpriria as diretrizes constitucionais sociais.

O movimento da Reforma Sanitária, logo após a criação do SUS, deparou-se com uma mudança radical de cenário e também de perspectivas para a política pública. Logo após a eleição de Fernando Collor de Mello o país entrou na chamada “era neoliberal”, tendo como principal problema o financiamento público (STOTZ, 2003).

Havia nesta época uma agregação negativa da seletividade imposta pelos mecanismos de financiamento e a percepção das dificuldades de acesso e baixa qualidade dos serviços, somados ainda a “auto exclusão” das classes médias e de alguns segmentos dos trabalhadores urbanos (STOTZ, 2003). Desta forma, o SUS acabou desembocando em uma espécie de “universalização excludente” (FAVARET FILHO; OLIVEIRA, 1989).

O SUS apresenta uma tendência à universalização, marcado, todavia, por fortes contradições. Ele volta-se, de fato, para a maioria da população brasileira. No entanto, paralelo a este sistema, existe uma clientela enorme no setor privado autônomo, estimado em 1998 pelo IBGE em 29 milhões (IBGE, 1998), e estima-se que o crescimento deste setor foi ainda maior nos últimos anos. Portanto, a denominação Sistema Único de Saúde é uma contradição em termos, deveria, no entanto, ser chamado de sistema público de saúde (STOTZ, 2003).

Na relação Estado/Saúde, a criação do SUS representou o advento do Estado de Bem-Estar Social, significando a desmercantilização da saúde com a elevação de seu estatuto a direito universal e nuclear para a cidadania plena (ELIAS, 2004).

Entretanto, mesmo podendo afirmar que há 25 anos o SUS é obrigação legal, a sua implementação com a efetivação do direito social à saúde, encontra diversas dificuldades, que são verdadeiros obstáculos na transformação do SUS em um sistema público de saúde de qualidade e universal, realmente comprometido com as necessidades e os direitos da população no que concerne ao seu objetivo: saúde (SANTOS, 2012, p. 275).

Neste sentido, o SUS pode ser compreendido como a principal e maior política pública para o setor de saúde e o maior projeto do movimento sanitarista brasileiro. No momento histórico atual tem como principal desafio efetivar-se como Política de Estado, ou seja, representar a expressão de negociação entre Estado e Sociedade, conforme consagrado na Constituição Federal e se tornar imune as naturais alternâncias de poder (ELIAS, 2004).

Segundo tese defendida por Santos (2012, p. 276), os principais obstáculos enfrentados para a consecução dos objetivos do SUS são: a) o subfinanciamento federal: o governo federal somente está custeado de forma subsidiária o financiamento das ações e serviços da saúde, sendo que os estados e municípios vem assumindo novas e maiores responsabilidades; b) Subvenção crescente com recursos federais ao mercado de Planos Privados de Saúde, por meio de renúncia fiscal, cofinanciamento público de planos privados de saúde e não -ressarcimento obrigado pela lei 9.656/98; c) grande rigidez da estrutura administrativa e burocrática do Estado, que é incapaz de gerenciar com eficiência os estabelecimentos públicos, grande resistência à reforma democrática desta estrutura; e d) privatização da gestão pública, entregando o gerenciamento de estabelecimentos públicos de saúde para grupos privados.

Como consequências dos obstáculos citados, podemos citar: a) A dificuldade das unidades básicas de saúde e equipes de saúde da família de desenvolver o atendimento na atenção básica; b) a gestão descentralizada nas unidades de saúde não é autossuficiente, pois existe um grande

dilema entre evitar a omissão de socorro e a limitação de recursos, com os serviços congestionados; c) precarização da implementação do SUS, que inclui uma população antes excluída, que no entanto, diminuiu a qualidade do atendimento das necessidades e direitos da população, devido as equipes e recursos serem escassos, entre outros (SANTOS, 2012, p. 277).

Desta forma, apesar do Estado brasileiro ter criado o SUS com o intuito de efetivar as políticas públicas voltadas a promoção de ações e serviços destinados à área de saúde, muitas dificuldades ainda são encontradas na sua implementação.

3.1 PROGRAMA DE SAÚDE DA FAMÍLIA

A necessidade de expandir a oferta de serviços públicos de saúde e a dimensão do déficit de cobertura da população, levaram o Ministério da Saúde em 1994, a formular o Programa da Saúde da Família - PSF, hoje chamado de ESF - Estratégia da Saúde da Família (STOTZ, 2003).

Segundo Stotz (2003), o programa foi desenvolvido como uma estratégia de orientação do modelo assistencial, com o objetivo de extensão da cobertura, centrado nas ações de saúde básica, foi implementado em todo o país, a partir de estímulos financeiros, no ano de 1998.

Misoczky (1995) afirmava que este programa era uma resposta às imposições de ordem macroeconômicas dos acordos formulados pelo Brasil com o FMI. Existia à época uma relação entre o mínimo essencial de saúde pública e serviços clínicos propostos pelo Banco Mundial e o modelo de atenção básica à saúde, como uma espécie de reedição da “[...] medicina pobre para os pobres.” (MISOCZKY, 1995, p. 6-7), baseada na atenção primária da saúde.

A autora afirmou ainda:

Também não é difícil associar este modelo de atenção com o modelo da medicina de família/comunitária. É evidente que, para oferecer o pacote mínimo essencial, médicos especialistas, mesmo nas especialidades básicas, são desnecessários, assim como investimentos na qualificação e modernização da rede de serviços. Nesta perspectiva, fazem sentido as menções do Presidente FHC sobre a possibilidade de melhorar a saúde sem aumentar o orçamento do SUS. (MISOCZKY, 1995, p. 6-7).

Fracassos ou limitações no cumprimento do papel de efetivação dos direitos sociais e de proteção social constituem em si fatores de deslegitimação da ordem social (STOTZ, 2003).

A partir de um olhar retrospectivo para a história do Brasil, verificamos as limitações de uma escolha estratégica para lidar com o problema da saúde (Escorel, 1998), o que fez os governos da época priorizarem a ocupação dos espaços públicos (MISOCZKY, 1995).

Neste sentido, pode-se afirmar que o Programa de Saúde da Família - PSF foi a primeira grande política pública de efetivação dos objetivos do SUS, que se baseia nas ações e serviços de saúde.

4 MEDIDAS LEGISLATIVAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES E SERVIÇOS DO SUS

O novo modelo, criado pela Constituição Federal de 1988, articulou solidariamente as áreas da Previdência Social, Saúde e Assistência Social ao Sistema chamado de Seguridade Social.

Entretanto, simultaneamente à implementação do novo modelo, iniciou-se a separação progressiva dos universos do seguro e da solidariedade, o que trouxe um grande problema ao coração do sistema que havia sido projetado: seu financiamento (RIBEIRO, 2010, p. 28).

De acordo com Ribeiro (2010, p. 28), a grande instabilidade gerada pelo financiamento da seguridade social, e a dificuldade de implementação de políticas públicas destinadas à saúde, motivou o surgimento, na segunda metade da década de 90, de um movimento político para elaboração e aprovação de uma Emenda Constitucional que vinculasse parcela dos recursos orçamentários de cada ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para o financiamento das despesas com ações e serviços públicos de saúde.

Em 13 de setembro de 2000, 10 anos após a institucionalização do SUS, foi aprovada a EC - Emenda Constitucional 29/2000, que altera o texto constitucional para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

O art. 34, VII da CF/88, após a EC 29/2000, passou a vigorar com a seguinte redação “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] e) para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.” (BRASIL, 1988).

A EC 29/2000 deu nova redação ao art. 198 da CF/88, incluindo os §§ 2º e 3º, entre outros, que assim dispõem:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (BRASIL, 1988).

A lei complementar prevista para regulamentar o § 3º do art. 198 foi promulgada somente em 2012. Trata-se da Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, que dispõe

[...] sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo. (BRASIL, 2012).

Portanto, partindo de uma análise do período pré e pós Constituição Federal de 1988, o Brasil evoluiu significativamente no que se refere ao Direito à Saúde, tendo em vista que antes da Constituição não era dever constitucional do Estado (em todas as esferas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios) assegurar os direitos relativos à saúde e hoje deve fazer parte das políticas públicas do governo, inclusive com orçamento mínimo a ser destinado para políticas públicas relativas à saúde.

Infelizmente, apesar de ter um aparato legislativo muito grande para fins de implementação das políticas públicas de ações e serviços na área da saúde, existe uma grande dificuldade prática de atender toda a demanda existente com os recursos orçamentários disponibilizados pelo governo.

Somando-se a isso, existia um boicote muito grande dos profissionais médicos, principalmente da área da Atenção Básica de Saúde, que na sua maioria se negavam a realizar atendimento à população de baixa renda residente nas periferias das grandes cidades ou em municípios afastados das capitais estaduais.

Assim, muito há de se fazer ainda no que se refere à concretização do direito à saúde. Qualquer leigo no assunto, que já precisou de assistência à saúde do SUS (médica, hospitalar ou referente à distribuição de medicamentos), em qualquer esfera de poder (federal, estadual, distrital ou municipal), e em qualquer região do país, poderá “contar-nos” sua experiência negativa de vida.

É visível a todos que, infelizmente, temos um SUS precário e que não funciona conforme prevê a sua lei instituidora, que muitas políticas públicas na área da saúde não deixam de ser formais, ou seja, não saem do papel; que as estruturas são precárias; que há falta equipe médica (médicos, enfermeiros, técnicos em enfermagem, etc.); que o acesso à medicamentos contínuos para tratamento de patologias não é acessível à todos; que as pessoas ficam anos na fila aguardando exames, tratamentos médicos, cirurgias, entre outros.

Neste dilema, o governo federal buscou alternativas na tentativa de implementação de uma nova política pública para efetivação do direito social à saúde, com a criação do “Programa Mais Médicos”.

5 NOVA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE: PROGRAMA MAIS MÉDICOS

Importante reconhecer que a assistência à saúde depende dos trabalhadores da saúde e de sua capacidade de produzir o cuidado. É a equipe de saúde que será capaz de atender e resolver os problemas apresentados pela população (SAÚDE EM DEBATE, 2013).

Em editorial, a Revista Saúde em Debate (2013) afirmou que a suficiência quantitativa das equipes de saúde, quando bem distribuídas, permite atendimento universal da população residente em todo o território nacional, levando a efetivação do direito constitucional à saúde. No entanto, afirmou ser consenso entre os gestores do SUS que entre as categorias de profissionais da

saúde, os médicos são os profissionais mais difíceis de prover nos serviços públicos de assistência à saúde, problema este reconhecido inclusive pela população, quando afirma que o principal problema do SUS é a falta de médicos.

O SUS foi transformado em mercadoria, a partir de uma política de ampliação do consumo, que caracterizou os últimos governos federais, que não enfrentaram os interesses dos complexos econômicos envolvidos com a saúde - indústria farmacêutica, de equipamentos, planos e seguros privados de saúde, prestadores privados de serviços - e que seguem promovendo um subfinanciamento crônico do SUS, sendo esta a principal razão de concentração de médicos no setor privado e sua consequente escassez no setor público, gerando graves distorções à saúde brasileira (SAÚDE EM DEBATE, 2013).

Com a intenção de expandir o atendimento na rede básica de saúde, foi implementada a mais nova política pública de saúde, também chamada de governo, denominada de “Programa Mais Médicos”.

O Programa Mais Médicos foi criado em 2013, com o objetivo de ampliar a assistência na Atenção Básica fixando médicos nas regiões onde havia carência de profissionais. Por meio do programa, 14.692 mil médicos passaram a atender a população de 3.785 mil municípios do país, o que equivale a 68% (sessenta e oito por cento) dos municípios do país, além de 34 Distritos Sanitários Indígenas (DSEIs), passando a atender algo em torno de 50 milhões de brasileiros (BRASIL, 2015).

Segundo informação constante no site do Ministério da Saúde (BRASIL, 2015), além do atendimento médico, foi criado um eixo de investimento em infraestrutura, onde serão investidos R\$ 5,6 bilhões para o financiamento de construções, ampliações e reformas das Unidades Básicas de Saúde (UBS) e R\$ 1,9 bilhão para as construções e ampliações de Unidades de Pronto Atendimento (UPAs).

No terceiro eixo de investimentos do Programa, relacionadas à expansão e reestruturação da formação médica no país, segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2015) foi prevista a criação, até 2017, de 11,5 mil novas vagas de graduação em medicina e 12,4 mil vagas de residência médica para a formação de especialistas até 2018, com o objetivo de valorização da Atenção Básica e outras áreas prioritárias para o SUS.

Neste sentido, em síntese, o Programa Mais Médicos faz parte de um amplo pacto de melhoria do atendimento aos usuários do SUS, prevendo investimentos em infraestrutura dos hospitais e unidades de saúde, além de levar médicos para regiões onde há escassez ou ausência total de profissionais (BRASIL, 2015).

Segundo Campos (2013), o Programa Mais Médicos é uma tentativa de responder aos movimentos sociais do ano de 2013. O projeto do programa possui quatro propostas principais com o objetivo de melhorar a qualidade da política pública de saúde, bem como do SUS.

Considerada a mais nova política pública de saúde, o Programa Mais Médicos traz vários aspectos que merecem apoio e outros que infelizmente merecem críticas.

O Centro Brasileiro de Estudos de Saúde - CEBES (2014) afirmou que as medidas do Programa Mais Médicos são necessárias e louváveis, no entanto, insuficientes para o setor, que necessita de outras medidas de curto, médio e longo prazo.

Campos (2013) defende que merece aplausos o propósito de contratação de mais de 10 mil médicos para a rede primária de atenção básica, principalmente àqueles localizados em re-

giões de grande vulnerabilidade social e sanitária, tanto em municípios médios, pequenos e em periferias de grandes cidades, onde os profissionais habilitados não tinham interesse em atuar.

A extensão da saúde primária, por mais que exista a Estratégia de Saúde da Família em pleno funcionamento, nunca havia sido efetivada plenamente e também nunca havia sido assumida como meta de governo pelos candidatos brasileiros.

No entanto, Campos (2013) afirma que não merece apoio a forma de contrato indicada pelo governo, o qual se configura ilegal e as condições de recrutamento parecem criadas para espantar eventuais candidatos. Inicialmente por se tratar de um contrato provisório, prevendo contratação por três anos, prorrogáveis por mais três, significando que todos os médicos deverão deixar suas atividades para algo que terminará em breve. As contratações precárias são um dos principais problemas enfrentados pelo SUS atualmente, o que poderá conduzir ao fracasso do programa.

Merece ainda apoio a preocupação com a formação de novos médicos, segundo métodos empregados em países com sistemas públicos de saúde, seja com o aumento do estágio na atenção básica ou com o recrutamento segundo normativas compulsórias ou estratégias de indução (CAMPOS, 2013).

Entretanto, merece críticas a intenção de estender-se o curso de medicina para oito anos. Faz-se necessário uma reforma nos cursos de medicina, com o objetivo de formar médicos com formação geral, em clínica e em saúde pública, com estágios práticos nos serviços do SUS, na atenção básica (CAMPOS, 2013). Em vez de acrescentar mais 02 anos aos cursos de medicina, seria mais interessante para o Brasil e sua população, obrigar as residências, de todas as especialidades, nas unidades básicas de saúde, com supervisão dos professores universitários no local e à distância. Para efetivação desta proposta, bastaria ao MEC e ao Ministério da Saúde alterar as normas de residência médica.

Faz-se necessário que as universidades tenham como objetivo último a formação de profissionais de saúde com perfil para atendimento no SUS, com a finalidade de atender as necessidades da população brasileira.

Ainda, de acordo com Campos (2013), interessante e positiva a iniciativa do programa em ampliar, em torno de dez mil novas vagas, para residência. Inicialmente foram priorizadas as residências para médicos na área da saúde da família e comunidades, além de outros especialistas que faltam no SUS, entre eles: anestesistas, psiquiatras, oncologistas, pediatras, entre outros.

Mas infelizmente, merece críticas esta proposta de ampliação em dez mil novas vagas para a graduação médica. Campos (2013) afirma que o Brasil possui hoje algo em torno de 1,8 médicos para cada mil habitantes; o Canadá, 1,7; a Inglaterra, 2,4; com mais dez mil médicos se formando ao ano, em uma década teríamos um número excessivo de médicos, o que configura um elemento danoso, conforme o que ocorre em Cuba e nos Estados Unidos. Seriam necessárias algo em torno de três e quatro mil novas vagas, preferencialmente na rede de Faculdades Públicas, pois não existe motivo para estimular a abertura de universidades privadas.

Finalmente, cabe-nos fazer uma crítica a intenção governamental em “importar” médicos estrangeiros, em caso dos brasileiros não preencherem a cota necessária. Campos (2013) afirma que se o Brasil adotasse a proposta de realizar-se o primeiro ano de residência, em todas as especialidades, na atenção básica de saúde, haveriam mais sete a dez médicos na rede básica de saúde. Com o atual modelo, consubstanciado na forma de contratação temporária e na ausência de carreira e impossibilidade de remanejamento e promoção ao longo dos anos, parece que se torna

inevitável a chamada “importação” de médicos estrangeiros para o Brasil, o que de fato ocorreu no primeiro ano do programa.

A partir da injusta falta de assistência médica e a dificuldade dos gestores em contratar profissionais médicos, é muito positiva a atração de profissionais médicos estrangeiros ao país. No entanto, essa medida deve ter caráter meramente emergencial e com o propósito de atender a demanda atual (CEBES, 2014).

Importante destacar que tem gerado intensas discussões a “importação” dos médicos cubanos para o Brasil, através do programa, tanto sob o aspecto da legalidade da sua presença no Brasil, quanto sobre a forma de pagamento adotada, que se efetiva por meio de repasse financeiro à Organização Panamericana de Saúde (OPAS), conforme determinado no 80º termo de cooperação técnica para desenvolvimento de ações vinculadas ao projeto de acesso da população brasileira à atenção básica em saúde.

No entanto, segundo Clève (2004), a partir de uma análise estritamente jurídica, é possível nos termos do acordo internacional, o exercício da profissão pelos médicos cubanos sem a necessidade da submissão ao Exame Revalida, neste caso, basta a existência de lei ou ato normativo com força de lei.

O Presidente do Conselho federal de Medicina - CFM, Roberto Luiz D’Ávila (2013) afirmou que as entidades médicas não são contra a criação de estímulos para melhorar a qualidade na prestação de serviços de saúde no interior do país e nas periferias das grandes cidades, pelo contrário, defendem a oferta de condições de trabalho e emprego dignas que tragam benefícios aos pacientes e profissionais.

Segundo D’Ávila (2013), apesar do programa visar garantir as premissas do SUS e do Estado Constitucional - atendimento universal, gratuito e com equidade para a população - ele falha ao oferecer uma solução rasa, de efeito duradouro duvidoso.

6 CONCLUSÃO

No momento atual, fica difícil identificar se o Programa Mais Médicos possui mais pontos positivos ou negativos, pois foi implantado a menos de dois anos e os primeiros contratos ainda não se encerraram.

O SUS constitui uma política pública cujo princípio fundamental é a consagração da saúde como direito universal. Em razão de seu pequeno curso histórico, encontra-se em estruturação e, por isso, vulnerável a toda sorte de investidas para consagrá-lo ou para abortá-lo em seu fundamento maior (ELIAS, 2004).

No entanto, o principal problema do SUS não é a falta de profissionais médicos. Trata-se este mais um dos sintomas do descaso na implantação do projeto do SUS, relegados pelos sucessivos governos ao destino de um sistema de baixa qualidade e destinado ao atendimento da população de baixa renda (SAÚDE EM DEBATE, 2013).

A revista Saúde em Debate, em editorial (2013) fez vincular a ideia de que se faz necessário reafirmar que um dos principais problemas enfrentados pelo SUS é a subordinação do setor da saúde à lógica do mercado financeiro, que se expande minimizando este direito social, tratando a saúde como mercadoria, distanciando-a dos princípios orientadores do SUS enquanto expressão da saúde como direito de cidadania.

A efetivação da saúde, portanto, em conformidade com os ditames constitucionais, exige providências de várias ordens, a começar pela reforma do Estado para torná-lo capaz de realizar a saúde como direito universal. A consecução desse objetivo exigirá do Estado a formulação de políticas voltadas à desmercantilização da saúde - o que no âmbito mais imediato da assistência médica implica o incentivo a formas não lucrativas, em detrimento das modalidades lucrativas na produção de serviços -, e à busca incessante de novas modalidades de gestão na relação público/privado, capazes de viabilizar a eficácia social do sistema de saúde (ELIAS, 2004).

Certamente o Programa Mais Médicos veio ao encontro do atendimento universal, gratuito e igualitário dos brasileiros, como um meio de efetivação do direito constitucional à saúde. No entanto, até o presente momento, fica difícil concluir sobre os impactos a longo prazo. Uma coisa é certa: o Brasil precisa do SUS!

Com investimentos adequados e com a coragem necessária para enfrentar os interesses econômicos que recaem sobre o setor da saúde, é possível a consolidação do direito social dos brasileiros à saúde. O SUS, no entanto, precisa de Mais Médicos e de Mais políticas públicas e boa vontade!

PUBLIC POLICIES EFFECTIVE THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: THE IMPLEMENTATION OF THE PROGRAM MORE DOCTORS

Abstract

This article deals with the realization of the constitutional right to health, provided for in art. 196 of CF/88, which provides that health is everyone's right and duty of the state through state public policies, represented by the three federal entities (Union, states, Federal District and municipalities). Show aspects related to the creation of the SUS in the 1900s, in order to promote conditions for the promotion, protection and recovery of health. It also indicates the subsequent legislative measures in order to promote citizenship and human dignity from the health effectiveness. Finally, comes the last national scope of public policy with a view to implementing the constitutional right to health, which is the More Doctors Program, bringing an apparatus of the strengths and weaknesses of the program.

Keywords: Right to health. Public policy. Most medical program.

REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial 1993 - investindo em saúde*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1993.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei Complementar n. 141, 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 set. 1990.

- BRASIL. *Portal da Saúde*. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/mais-medicos>>. Acesso em: 17 de maio 2015.
- CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. *A Saúde, o SUS e o programa “Mais Médicos”*. 2013. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0iwgJz2ysqMJ:www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/revista-do-medico-residente/article/download/395/386+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 17 maio 2015.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Sobre os médicos cubanos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3879, fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26703>>. Acesso em: 15 maio 2015.
- D’ÁVILA, Roberto Luiz. Mais Médicos ou Mais Saúde? Uol, 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/09/17/mais-medicos-ou-mais-saude.htm>>. Acesso em: 15 maio 2015.
- ELIAS, Paulo Eduardo. Estado e saúde: os desafios do Brasil contemporâneo. *Revista São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 3, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000300005>>. Acesso em: 15 maio 2015.
- ESCOREL, Sarah. *Reviravolta na saúde: origem e articulação do movimento sanitário*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.
- FAVARET FILHO, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge de. *A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ/IEI, 1989.
- L’ABBATE, Solange. *Direito à saúde: discursos e práticas na construção do SUS*. São Paulo: Hucitec, 2010.
- MISOCZKY, Maria Ceci. A agenda para reformas do Banco Mundial e a política de saúde: algumas notas para reflexão. *Saúde em Debate*, Londrina: Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, v. 47, p. 4-7, jun. 1995.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. [S. l.]: [S. n.], 1948.
- RIBEIRO, Patrícia Tavares. A questão social na história recente: implicações para a política de saúde no Brasil. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, p. 19-31, 2010.
- SANTOS, Nelson Rodrigues dos. SUS, política pública de Estado: seu desenvolvimento instituído e instituinte e a busca de saídas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível. In: SAMPAIO, José Adécio Leite (Coord.). *Constituição e Crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SAÚDE EM DEBATE. Editorial: O SUS precisa de Mais Médicos e de Muito Mais! Rio de Janeiro, v. 37, n. 97, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&id=S0103-11042013000200001>. Acesso em: 05 de maio 2015.
- SILVA, Keila; TANAKA, Oswaldo Yoshimi. Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. *Revista Interface: Comunicação Saúde Educação*, v. 16, n. 40, p. 249-259, jan./mar. 2012.

STOTZ, Eduardo Navarro. Trabalhadores, direito à saúde e ordem social no Brasil. *Revista São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 17, n. 1, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392003000100004>>. Acesso em: 15 maio 2015.

Capítulo II

Os Direitos Sociais e Mediação

O CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA DIGNA

Luiz Geraldo Gomes dos Santos*

RESUMO

O presente trabalho se destina a apresentar alguns dos problemas relacionados com o direito social à moradia, assim como relacioná-lo ao conceito de políticas públicas, como um dos pontos iniciais da pesquisa ora em andamento. A adesão do Brasil, em 1992, ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) inspirou a incorporação ao texto constitucional, através da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, do direito à moradia, com o status de direito fundamental social. Este direito compreende as mais variadas concepções, conforme o sistema legal em que se insira. A dificuldade de implantação das políticas sociais adequadas desafia a discussão sobre se os direitos sociais são dotados de aplicabilidade imediata ou se configuram apenas uma orientação programática destinada ao poder público, no sentido de determinar os fins que deveriam ser buscados pelo Estado. Esta temática deve ocupar papel central nas inquietações da sociedade brasileira, assim como o debate em torno da incapacidade financeira do Estado em custear as ações decorrentes dessas políticas, cujos argumentos se organizam a partir da teoria de reserva do possível. Dentre outros pontos, discute-se até que ponto deve-se operar a garantia dos Direitos Fundamentais, se de forma integral em relação aos destinatários e ao objeto prestacional ou apenas parcialmente como forma de cobrir as demandas mais necessárias, fórmula conhecida como teoria do mínimo existencial.

Palavras-chave: Direito fundamental social. Dignidade humana. Políticas públicas. Direito à moradia.

1 INTRODUÇÃO

A percepção do Estado Democrático de Direito, tal qual assegurada pela Constituição Federal, impõe que o ser humano seja visto como elemento central fundamental de todo o processo legislativo e atuação estatal, buscando-se assim assegurar a sua dignidade, não apenas formalmente, mas em especial materialmente, tendo claro caráter vinculante não apenas do Estado como poder politicamente organizado, mas sim, de toda a sociedade brasileira.

Observe-se, que referida dignidade deve ser compreendida ainda, como qualidade inerente à pessoa humana, sendo a mesma irrenunciável e inalienável, constituindo o elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacada, não podendo ser vista apenas do ponto de vista cultural ou ontológico, pois se constitui em verdadeiro limite e tarefa do Estado e da sociedade em geral, o que engloba a sua dupla dimensão negativa e prestacional da dignidade.

Entretanto, o legislador constitucional não se limitou a determinar tal limite e fim do Estado Brasileiro, tendo ainda, estipulado um leque - de forma não exclusiva - de garantias e di-

* Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade do Rio dos Sinos; Mestrando 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”; Pesquisador em direitos fundamentais sociais da Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel d’Oeste, Maravilha, Pinhalzinho e Chapecó; l_geraldogomes@hotmail.com

reitos fundamentais, todos eles previstos na Constituição Federal, os quais foram divididos em dois capítulos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (I) e Direitos Sociais (II), constantes do Título II.

Dentre os direitos assegurados em tal leque de direitos fundamentais, encontramos o direito à moradia, a qual tem forte vinculação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não se constituindo em um mero direito à moradia, mas sim, a um direito à moradia digna, que é aquela que atende e se vincula às necessidades humanas fundamentais, se constituindo em locus que tem por finalidade assegurar, inclusive, a proteção, saúde, o bem estar, o sigilo, o segredo, enfim, todos os elementos essenciais para que o indivíduo possa levar uma vida digna em sociedade.

Aludido direito fundamental social à moradia encontra base internacional, constando de tratados dos quais o Brasil é signatário, mais especificamente do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, adotado pela ONU em 1966 e ratificado pelo Brasil em 1992, o qual assegura no parágrafo 1º do artigo 11, que todas as pessoas têm direito à moradia adequada, o que implica no surgimento de obrigações genéricas aos estados signatários, em especial para fins de adoção de medidas imediatas visando o cumprimento do que fora ali disposto, tudo com a finalidade de garantir níveis essenciais de direitos, o que deverá ser feito de forma progressiva, e respeitando-se a proibição de retrocesso em relação àquilo que já fora conquistado.

Entretanto, passados mais de 15 anos da incorporação do mencionado direito fundamental social ao Texto Constitucional,¹ o Estado Brasileiro não conseguiu ainda encontrar as alternativas para sua efetivação, o que implica na necessidade de adoção de políticas públicas² que visem assegurar a todos o acesso à moradia digna.

Não obstante tal necessidade e a clareza do texto constitucional no que refere à aplicabilidade de referido direito social, tem havido discussões se os direitos sociais como um todo tem ou não aplicabilidade imediata, entendendo alguns que os mesmos se constituem em mera orientação programática para o poder público, não havendo necessidade e possibilidade de sua efetivação imediata.

Da mesma forma, surge a discussão de que, caso sejam dotados de eficácia imediata, de que forma haveria a sua efetivação, pois não seria possível assegurá-lo a todos em virtude dos custos envolvidos, o que implica na adoção do argumento da reserva do possível, como elemento limitador da efetivação dos direitos fundamentais sociais, os quais seriam dependentes da existência de possibilidade financeira de parte do Estado, argumento este que levou ao surgimento, ainda, do argumento de que a Administração Pública estaria obrigada apenas a assegurar o que se convencionou chamar de mínimo existencial, que nada mais é do que aquele mínimo exigível para que se possa viver com dignidade em sociedade.

Nota-se, portanto, que há clara necessidade de discussão sobre o tema proposto, em especial como forma de determinar os conceitos aqui envolvidos, bem como, o seu alcance e sentido, tudo com a finalidade de contribuir para a efetivação do direito à moradia digna através da sua concepção de essencialidade à pessoa humana, o que implica na necessidade de que o presente artigo seja dividido em dois momentos, sendo que no primeiro se abordará os direitos fundamentais sociais e as políticas públicas para sua efetivação e, no segundo, o direito à moradia digna como direito fundamental social.

¹ Incorporado ao Texto Constitucional pela Emenda Constitucional n. 26 de 2000.

² Aqui entendidas como instrumento de concretização de direitos fundamentais e de governança pública.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Considerando que o Brasil se constitui e um Estado Democrático de Direito, tendo dentre os seus fundamentos a obrigatoriedade de assegurar a dignidade da pessoa humana, a qual se constitui em um verdadeiro princípio reitor de toda a nossa sociedade, cabe ao Estado buscar meios de concretização e efetivação de referidos direitos, o que se impõe em virtude da sua importância e caráter de essencialidade.

Nesse sentido, Alexy (2014), em recente palestra no Brasil, sustentou que a dignidade humana é a “ideia chave-substantiva” de uma Constituição, a qual embasa a chamada “ideia-chave formal”, que se refere expressamente aos modelos de direitos fundamentais sociais. De tal forma, cumpre observar que no Brasil os direitos fundamentais sociais encontram clara referência já no Preâmbulo da Constituição Federal, o qual estabelece que o Estado brasileiro está “[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”³

Assim sendo, o Preâmbulo é claro no sentido de determinar que os direitos fundamentais se constituem em valores supremos do Estado, o que configura o caráter axiológico de referidos direitos, sendo entendidos como resultado de personalização e positivação constitucional de valores básicos fundamentais, os quais, aliados aos princípios estruturais e organizacionais constituem o núcleo substancial constitucional (SARLET, 2012, p. 20).

Tal disposição, em que pese o seu caráter variável, dá sustentáculo para que um rol de direitos sociais seja incluído no texto constitucional, a exemplo do disposto no artigo 6º da Constituição, cujo leque nos traz, dentre outros, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

Apesar de referida base principiológica e constitucional, há entendimento de que tais direitos se constituíam em mera posição programática, no sentido de apenas determinar fins que devem ser perseguidos pelo administrador público, mas que, entretanto, dependeriam de regulamentação, pois faltaria ao texto constitucional uma fundamentação lógico-racional para os direitos sociais, o que lhes permitiria perfeita integração ao núcleo normativo Estatal, somando-se assim, aos direitos civis e políticos consagrados pelo Estado liberal (BARRETTO, 2003, p. 108).

Entretanto, o argumento de que referidos direitos não teriam aplicação imediata, carece de uma melhor interpretação legislativa, em especial pelo que dispõe o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, o qual estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Não se diga ainda, que em virtude do posicionamento topográfico de referida norma, não teria ela aplicabilidade aos direitos constantes de forma explícita do leque dos direitos individuais e coletivos, visto que, o parágrafo 1º do artigo 5º é claro em determinar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, fazendo inequívoca referência ao Título II do texto constitucional, no qual estão inseridos os Direitos Fundamentais Sociais constantes do Capítulo II.

³ Como ideia chave-formal dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, há que observar que independentemente da posição topográfica do dispositivo em questão, diante da possibilidade de interpretação literal do mesmo, não há como argumentar no sentido da necessidade de redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais e, nem mesmo, aos denominados direitos individuais e coletivos, visto que, ele é claro ao mencionar “[...] normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.” (SARLET, 2009, p. 24).

Observe-se ainda que, mesmo que tais direitos e garantias fossem considerados apenas como normas programáticas, não sendo dotados de “eficácia jurídica positiva”, ainda assim, no dizer de Silva e Schneider (2014, p. 7), teriam “eficácia jurídica negativa ou interpretativa ou de bloqueio”, que vinculariam o legislador ao que fora por ela estabelecido, bem como teriam a força de suspender a eficácia de leis e atos normativos editados durante a vigência da Constituição e que lhe contrariassem, levando também, à revogação tácita de leis ou atos normativos anteriores, cujo conteúdo não fosse recepcionado por referidos dispositivos constitucionais, além de servirem de parâmetro interpretativo ou integrativo de normas jurídicas e lacunas eventualmente existentes no ordenamento.

Assim sendo, a doutrina brasileira tem se posicionado francamente a favor da aplicabilidade imediata e eficácia absoluta das referidas normas constitucionais, enfatizando que caberia aos poderes legislativo e executivo a realização de uma conformação normativa dos direitos sociais, sendo que a concretização ou não desses direitos não estaria no rol de discricionariedade de qualquer dos dois poderes, visto que se constituem em mandamentos Constitucionais e não em mera orientação programática (NOLASCO, 2006, p. 60),

Desta forma, tais direitos fundamentais teriam aplicabilidade igualitária a todos, afirmação esta que não escapa da problemática de sua aplicabilidade e efetivação, visto que, demandam ações prestacionais para sua concretização, sendo que nesse sentido, Leal (2012, p. 413), entende que diante do consenso de que os direitos fundamentais são autoaplicáveis, e da convicção de que os direitos individuais e sociais demandam ações prestacionais, surge o problema de definir como irão se cumprir e quem e em que medida, estará vinculado ao seu cumprimento.

Com efeito, os direitos fundamentais sociais demandam ações e prestações concretizantes, pois, como já dito, vinculam o administrador público como responsável por atender o preceito constitucional de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana.

É evidente que não há que se falar - pelo menos aqui e em relação ao que o presente trabalho se propõe -, em desigualdades como forma discriminatória para fins compensatórios de relações sociais de exclusão social (FARIA, 1994, p. 105), motivo pelo qual, parte-se do pressuposto de que os direitos sociais teriam que ser prestados a todos na mesma medida.

Entretanto, seria utópico imaginar que tivesse o Estado a possibilidade de entregar a todos o mesmo nível prestacional, situação que acarretaria uma verdadeira limitação de efetivação de referidos direitos, os quais estariam condicionados a existência de recursos de parte do Estado, havendo forte posicionamento, entretanto, de que estaria o Estado obrigado a entregar aquilo que a doutrina denominou como mínimo existencial.

Nesse sentido, segundo Schneider e Silva (2014, p. 11), é certo que referidos direitos fundamentais sociais encontram base constitucional, sendo dotados de fundamentalidade e exigibilidade, mesmo que em diferentes graus e segundo a relação de pertinência com cada indivíduo, o que

justifica que sejam efetivados de acordo com os recursos que o Estado dispõe, pois não é possível entregar a todas as pessoas da população os mesmos direitos e na mesma proporção, constatação que sustenta a tese da reserva do possível, não implicando, no entanto, que não possamos desejar o cumprimento igualitário de tais direitos, não sendo admissível que parte da população humana possa viver abaixo do nível mínimo e admissível de dignidade, questão que dá sustentação a tese do mínimo existencial como forma de satisfação mínima do que fora constitucionalmente previsto.

Salta aos olhos, portanto, que há uma clara referência aos custos dos direitos sociais, sustentando-se que o Estado teria limites financeiros, argumento este que seria elemento impeditivo à sua efetivação, bem como, que tal satisfação prestacional teria que ocorrer apenas em relação ao mínimo existencial e ainda, dentro do que se denomina de reserva do possível, a qual pode ser entendida como o “[...] limite fático a efetivação dos direitos sociais prestacionais.” (BARRETTO, 2003, p. 121).

Por sua vez, Leal (2012, p. 415) sustenta que a reserva do possível se refere à dependência que as demandas sociais têm em relação aos recursos econômicos oriundos do Estado, o que não excluiria, no entanto, a garantia de um mínimo social - mínimo existencial -, o que decorreria do princípio da dignidade da pessoa humana.

Corroborando tal entendimento, Alexy (2014, p. 5) afirma que o direito social mais relevante, é exatamente o do mínimo existencial, o que seria um direito definitivo, uma regra a ser perseguida pelo administrador público, visto que decorre da dignidade humana e esta se sobrepõe as possibilidades financeiras estatais quando o mínimo existencial não for efetivado.

Observe-se que, portanto, há forte posicionamento de que a efetivação dos direitos fundamentais sociais estaria vinculada às questões financeiras de parte do estado, sendo que, sob tal aspecto, surge a dúvida sobre de que forma se poderia aliar a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais à alocação de recursos para tal finalidade.

A resposta para tal questionamento passa necessariamente pela elaboração e implantação de políticas públicas, bem como pela posterior adoção de uma agenda que tenha por finalidade efetivar as medidas que anteriormente foram discutidas, avaliadas e orçadas, a fim de que sejam aplicados de forma progressiva e não retroativa.

Nesta linha de raciocínio, Souza (2013, p. 26) entende políticas públicas como sendo “[...] o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o ‘governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”, dando claro caráter instrumental às mesmas.

Como conceito de políticas públicas, há autores que as entendem como resultado da atividade política, ou seja, como o produto do funcionamento ordinário do Estado, cujos parâmetros e conteúdo seriam estipulados por aquilo que se denomina de “política constitucional” e, segundo Couto (2006, p. 98), diz respeito à “[...] estruturação básica do Estado, a sua conformação normativa fundamental, que expressa a correlação de forças sociais e políticas vigentes, assim como os valores e crenças fundamentais e politicamente relevantes de uma dada sociedade.”

Por sua vez, Procopiuck (2012, p. 138) entende que a política pública se refere à mobilização político-administrativa para articular e alocar recursos e esforços visando a solucionar os problemas da coletividade, sendo que, para fins de solução de tais problemas, tem o administrador a necessidade de elencar as possibilidades de solução do problema, com a consequente identificação e quantificação dos custos envolvidos, como forma de definir o escopo de atuação para

fins de atacar total ou parcialmente o problema objeto de solução, o que será feito ainda dentro de uma perspectiva temporal.

Verifica-se, portanto, que a política pública tem um caráter dinâmico, se constituindo em um instrumental idôneo e imprescindível para fins de assegurar os direitos fundamentais sociais, o que deverá ser feito mediante a detecção do problema, da discussão e debate sobre o mesmo e da determinação das soluções a serem aplicadas para fins de assegurar e efetivar os direitos fundamentais, visando a consequente determinação da competência para sua solução, a origem orçamentária para a sua implantação e o tempo de consecução de referidas medidas, para que se possa, ao final, realizar a avaliação do que fora efetivamente construído do ponto de vista de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Constata-se então, que o direito à moradia se constitui em direito fundamental social do cidadão, tal qual previsto pela Constituição Federal, bem como, que mesmo havendo uma limitação financeira para que haja a efetivação de referido direito, se pode concluir que estará o Estado obrigado a assegurar o mínimo necessário para fins de que se possa viver dignamente, o que deverá ser feito mediante a adoção de políticas públicas e o estabelecimento de uma agenda política, como instrumentos práticos para uma boa governança. No entanto, é necessário ainda determinar com exatidão o que é o direito à moradia digna como direito fundamental social do cidadão, o que neste momento se passa a fazer.

3 DO SIGNIFICADO E ALCANCE DO DIREITO À MORADIA DIGNA

O direito à moradia digna figura como direito fundamental social, portanto, como objeto de adoção gradativa de parte do estado, deverá se ver realizado mediante o estabelecimento de políticas públicas resultantes de uma agenda política que permita a sua efetivação progressiva.

Há que assinalar que a moradia está vinculada as garantias de uma vivência digna, quer seja do ponto de vista do mínimo existencial ou não, tendo flagrante caráter de essencialidade, dado o seu forte conteúdo existencial, sendo que a mesma, no entanto, não pode ser limitada pelo mínimo existencial e, muito menos, pela reserva do possível, o que decorre de suas próprias características, as quais permitem supor que a sua concepção vai muito além das especificidades do direito fundamental social.

Entretanto, há posicionamento de que, quer seja a moradia compreendida como expressão de direito social, ou como objeto de direito fundamental social, vinculado a uma visão do mínimo existencial, sua efetividade progressiva sempre estará limitada a capacidade prestacional do Estado. No entanto, referido direito, dado sua essencialidade e caráter existencial, não pode ter sua efetividade limitada pela ausência ou insuficiência de recursos estatais, pois se constitui em direito que ultrapassa a concepção de direito fundamental social (MILAGRES, 2011, p. 67).

Desta forma, há que mencionar que a moradia, como direito social de segunda dimensão, tem aplicação imediata no contexto do Estado Democrático de Direito, tendo ampla proteção Constitucional, assumindo ainda um papel de essencialidade como direito intrínseco a todo o ser humano, como forma de assegurar a personalidade humana (SOUZA, 2013, p. 40).

Impõe-se observar que a obrigação de satisfação do direito à moradia é do próprio poder público, tanto que a Constituição Federal, em seu artigo 23, IX, estipulou que é de competência comum da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, promover programas de construção

de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, cabendo ao Poder Executivo o papel de desenvolver e efetivar políticas públicas destinadas a este fim, em especial a moradia popular, como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana (RUSSO JÚNIOR, 2006, p. 47).

Assim sendo, deve o governo, através de planos de ação e da elaboração de políticas públicas, criar mecanismos de inclusão que facilitem o acesso ao direito à moradia, o qual, em virtude de sua natureza não pode ser menosprezado pelo poder público, sendo que, segundo Nolasco (2008, p. 92), não cabe ao Estado apenas legislar e aplicar leis, sendo preciso ainda programar e executar as grandes políticas nacionais, em especial, as que se referem à moradia, a qual, como direito social necessita de uma ação positiva do Estado por meio da utilização e concretização de políticas públicas urbanas e habitacionais para que tenha plena eficácia jurídica e social.

Observe-se, portanto, que a natureza jurídica do direito subjetivo à moradia ultrapassa os limites da concepção prestacional oriunda do poder estatal ou do particular, bem como, não pode ser limitada a uma função de defesa e nem mesmo pela perspectiva de direito fundamental social ou do mínimo existencial, pois o destinatário do direito de morar é a pessoa humana em si, o que sustenta a tese de que o direito à moradia é um direito especial ou autônomo de personalidade (MILAGRES, 2011, p. 69).

Verifica-se, portanto, que a natureza jurídica do direito à moradia a coloca como direito especial de personalidade, o que significa dizer que não podem ser relativizados ou limitados, quer seja pela existência da reserva do possível, quer seja pelo mínimo existencial.

Entretanto, é necessário bem determinar a extensão e a conceituação do que seria o direito a moradia, do ponto de vista do direito fundamental social, havendo que assinalar primeiramente que moradia não é sinônimo de habitação ou de propriedade, ou ainda, de domicílio, não se limitando, nem mesmo, ao simples aspecto de morar.

Desta feita, tem-se que o direito à moradia digna constitui um direito fundamental social do cidadão, havendo posicionamento de que é verdadeiro direito de personalidade, se constituindo em elemento essencial da proteção individual, pois se constitui em espaço para o exercício da vida privada e da intimidade, do repouso e de plenitude para o indivíduo, o que implica, inclusive, na necessidade de sua identificação jurídica e no efetivo exercício dos direitos fundamentais vinculados ao indivíduo, em especial dos seus direitos de personalidade e liberdade, os quais são indisponíveis, irrenunciáveis e intransferíveis, o que implica na obrigatoriedade de que o Estado crie políticas públicas que tenham por finalidade a sua concretização e efetividade (MILAGRES, 2011, p. 135).

Complementando este pensamento, Paganini (2009, p. 131) leciona que o

[...] direito à moradia não pode ser considerado como a simples concretização material do direito sobre um imóvel, mas sim um direito subjetivo, abstrato, um bem da vida de valor imaterial, pois se considerado como um bem material somente poderá ser observado e analisado sob a ótica do direito real de propriedade.

Também é este o posicionamento de Souza (2013, p. 40), para quem a moradia deve ser interpretada como um bem da personalidade e merecedora de proteção constitucional e civil, sendo, portanto, irrenunciável, indisponível e indissociável da pessoa natural, recaindo secun-

dariamente sobre o seu exercício em qualquer pouso ou local, sendo objeto de proteção jurídica pelo Estado.

A moradia, portanto, se configura em um bem extrapatrimonial vinculado à pessoa natural, irrenunciável e indisponível, que permite a sua fixação em lugar determinado a fim de que possa bem viver, sendo elemento essencial do ser humano, ao passo que a residência refere-se ao simples local onde se encontra o indivíduo e a habitação se configura no efetivo exercício da moradia sobre determinado bem imóvel, ou seja, é a relação entre o sujeito e o imóvel, quer seja decorrente de direitos pessoais ou reais. Por sua vez o domicílio se configura como a sede jurídica da pessoa natural, ou seja, o local onde habitualmente pode ser encontrada e onde exerce o centro de suas atividades (SOUZA, 2013, p. 39).

Observe-se ainda, que o direito fundamental social - ou de personalidade -, consistente em ter uma moradia digna, deve ser considerado como princípio, não podendo ser interpretado de forma restritiva, visto que encontra íntima relação com vários outros direitos e garantias individuais, a exemplo do direito à vida, à imagem, à honra, à intimidade, à integridade física e moral, ao segredo, à privacidade, ao sossego, dentre tantos outros.

Sendo assim, o direito à moradia possui nítida interdependência com outros direitos vinculados à personalidade humana, em especial no que refere aos efeitos decorrentes de sua violação, o que implica dizer que os direitos da personalidade estão naturalmente ligados entre si, pois possuem um núcleo comum que lhes garante a própria existência, que neste caso é a própria pessoa (SOUZA, 2013, p. 163).

Contudo, não podemos limitar tal núcleo apenas à pessoa, visto que, como já citado anteriormente, no entendimento de Alexy (2014, p. 7), a dignidade humana é o verdadeiro núcleo do Estado Democrático de Direito, a “ideia-chave substantiva” do texto constitucional e, consequentemente, dos princípios e garantias constitucionalmente assegurados.

Sob tal ótica, a concepção de direito social a uma moradia digna, tem que ser mais ampliada ainda, pois não se poderá cogitar de moradia digna se não houver um direito à saúde, ao saneamento básico, ao trabalho e a facilidade de acesso ao mesmo, à proteção e segurança pública entre tantos outros direitos que lhe são inerentes e possuem íntima vinculação com o direito à moradia digna.

Todavia, o presente trabalho não tem a pretensão de abordar individualmente cada uma destas garantias e, nem mesmo, de se aprofundar ainda mais no tema, pois a finalidade do mesmo, como já dito, é a de realizar a vinculação do direito à uma moradia digna com os direitos fundamentais sociais, estabelecendo ainda, a conceituação de políticas públicas como forma de governabilidade, fim que se acredita ter alcançado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por finalidade contribuir para os estudos acadêmicos em direitos fundamentais sociais, pelo que, foi feita a interligação de quatro elementos: a Dignidade da Pessoa Humana, os Direitos Fundamentais Sociais, as Políticas Públicas e o Direito à Moradia Digna, os quais foram analisados de forma individualizada, mas dentro do mesmo contexto lógico.

Assim sendo, buscou-se determinar conceitualmente o que seriam os direitos fundamentais sociais, em especial, em relação ao direito a uma moradia digna, bem como, o seu alcance

e significado, analisando as posições existentes sobre a sua aplicabilidade imediata ou não, bem como, se seriam referidos direitos, apenas uma orientação programática para os poderes públicos.

Da mesma forma, analisou-se quem seria o responsável pela efetivação de referidos direitos fundamentais e as dificuldades para sua efetivação, em especial frente aos argumentos da reserva do possível e do mínimo existencial.

Com base em tais aspectos, pode-se observar que o direito a uma moradia digna se constitui em Direito Fundamental e indissociável do ser humano, dado a sua característica de essencialidade, se constituindo em verdadeiro direito de personalidade, o que não permite a sua limitação pelos conceitos de mínimo existencial e reserva do possível.

Além disso, não pode ser o direito à moradia interpretado apenas sob a ótica da habitação, pois implica em conceito principiológico que possui estreita vinculação com outras garantias fundamentais, como o próprio direito à vida, o direito ao segredo, à segurança, à privacidade, dentre outros.

Com base neste ponto de vista, cabe ao Estado atender a ordem constitucional, no sentido de prover os meios necessários para fins de satisfazer o direito fundamental social à moradia digna, o que somente pode ser obtido mediante a implementação de políticas públicas para tal finalidade e, conseqüentemente, da adoção de uma agenda pública, o que será feito mediante a prévia detecção e discussão do problema, da criação de alternativas para sua solução, da identificação das fontes financeiras que propiciem a execução dos planos elaborados, da determinação de quem será o responsável pela sua execução e o prazo em que terão que ser realizados, sem prejuízo ainda, da avaliação final da política adotada.

Há que se assinalar, no entanto, que não basta o atendimento do aspecto material da moradia, consistente na habitação, havendo a clara necessidade de que sejam atendidos ainda os demais elementos principiológicos ligados ao bem viver, como sinônimo de viver com dignidade, no sentido de assegurar-lhe a integridade física e moral, o direito ao sigilo, ao segredo, ao conforto, ao lazer, a constituir uma família, dentre tantos outros.

Da mesma forma, não se pode omitir as questões referentes à infraestrutura, como saneamento básico, iluminação, segurança, trabalho, transporte, sem os quais, não há que se falar em moradia digna.

Pelo exposto, pode-se concluir que o direito à moradia digna, constitui-se em Direito Fundamental Social, de aplicabilidade imediata e que, em virtude de sua essencialidade, não pode ser limitado por questões como a reserva do possível ou o mínimo existencial, cabendo ao Estado a adoção de políticas públicas que tenham por finalidade de sua efetivação.

THE CONCEPT OF PUBLIC POLICY AND THE SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING AS WORTHY HOUSING

ABSTRACT

This paper is intended to present some of the problems related to the social right to housing, and to relate it to the concept of public policy, as one of the starting points of a search now under way. The Brazilian accession, in 1992, to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICSECR) has inspired the 26th. Amendment to the Brazilian Constitution, in the year of 2000, towards the inclusion of the right to housing in the social constitutional rights list, The right to housing has plenty different frames around the world, depending on the legal system considered. The difficulty of implementation

of appropriate social policies launches lots of arguments about whether social rights are endowed with immediate applicability or they configure only a programmatic guide-line for the public administration, in order to be considered when determining the purposes that shall be reached by the State for the society. This theme should occupy a central role in the concerns of Brazilian society, as well as the debate on the financial inability of the State defray the actions arising from these policies, whose arguments are organized from the Theory of the Financial possibilities of the States. Among other things, it shall be discussed to what extent should operate the guarantee of fundamental rights, is full in respect to target and prestacional object or only partially in order to cover the most necessary demands - formula which is known as Theory of the Existencial Minimum.

Keywords: Fundamental social rights. Human dignity. Public policies. Right to housing.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais Sociais e Proporcionalidade*. Tradução Rogério Luiz Nery da Silva. São Paulo: RT, 2014. No prelo.

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.

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

COUTO, Cláudio Gonçalves. Política Constitucional, Política Competitiva e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade - Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet et al. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos Políticos e Culturais Constitutivos dos Direitos Fundamentais e Sociais. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 2., 2012, Chapecó. *Anais...* Chapecó: Unoesc, 2012.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à Moradia*. São Paulo: Atlas, 2011.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à Moradia*. São Paulo: Pillares, 2008.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. O Regime Jurídico dos Direitos Sociais. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 8, n. 15, jan./jun. 2006.

PAGANINI, Elaine Adelina. *O Direito de Propriedade e o Direito à Moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

PROCOPIUCK, Mário. *Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2012.

RUSSO JÚNIOR, Rômulo. *Direito à Moradia: um direito social*. 2006. 235 p. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. *Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 20, dez./jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

SILVA, Rogério Luiz Nery et al.; SCHNEIDER, Yuri. A Exigibilidade dos Direitos no Arranjo Federativo Brasileiro. *Federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano*, Comparato, Europeo, 2014. Disponível em: <<http://federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas - Uma Revisão da Literatura*. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação - Análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA ADEQUADA

Tais Mirela Sauer*
Matheus Felipe De Castro**

Resumo

O Governo Brasileiro, por vários anos, deixou de adotar medidas eficazes, principalmente de ordem coletiva, que dessem efetividade ao direito fundamental à moradia, fato que aliado ao crescimento desordenado das cidades, gerou o caos urbano no Brasil. Assim, o presente trabalho tem como tema a efetivação do direito fundamental social à moradia digna e adequada. Pra tanto foi abordado o direito à moradia à luz da dignidade da pessoa humana e a definição, segundo o ordenamento legal existente, acerca do termo moradia adequada. Por fim, analisa a questão que vai delimitar o tema, ou seja, se a regularização fundiária urbana de interesse social, elencada na Lei 11.977/09, dá suporte legal para a concretização do direito fundamental à moradia adequada. Palavras-chave: Dignidade Humana. Moradia adequada. Regularização fundiária urbana de interesse social.

1 INTRODUÇÃO

O direito à moradia é um direito social fundamental, elencado no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira. Os direitos fundamentais estão atrelados à dignidade da pessoa humana de tal forma que um deve complementar o outro.

O presente trabalho tem como tema a efetivação do direito fundamental social à moradia. Vários são os mecanismos jurídicos atuais que visam dar efetividade ao direito à moradia. Todavia, este trabalho se propõe a verificar se o instituto jurídico da regularização fundiária de interesse social, tal como concebido na Lei 11.977/09 (“Minha Casa, Minha Vida”), nos dá amparo legal para que o direito fundamental à moradia adequada seja efetivado.

Para desenvolvimento deste trabalho foi utilizado o método dedutivo e o tipo de pesquisa qualitativo, pois não será o foco do nosso trabalho a análise e quantificação de dados, consistindo na utilização de material bibliográfico, através de livros de doutrina, artigos de publicações periódicas, sites especializados no tema, dissertações de mestrado, teses de doutorado e legislação específica sobre os assuntos abordados.

No primeiro capítulo se buscará demonstrar que a dignidade da pessoa humana, como valor supremo ligado aos direitos fundamentais sociais, deve integrar o direito fundamental social à moradia para que o mesmo possa ser aplicado corretamente, cumprindo seu verdadeiro papel.

* Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade de Cruz Alta, RS; Especialista em Novo Direito Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Rua do Comércio, 475, Sala 05, Centro, 89896-000, Itapiranga, Santa Catarina, Brasil; tamsauer@terra.com.br

** Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, PR; Professor Adjunto do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; Professor Titular do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado criminalista; matheusfelipedecastro@gmail.com

Após a análise do direito social à moradia à luz da dignidade humana, abordaremos, no segundo capítulo, o significado do termo moradia adequada, partindo do ordenamento jurídico existente e da publicação de obras acerca do tema.

Por fim, o terceiro capítulo tem por objetivo analisar se a regularização fundiária urbana de interesse social da Lei 11.977/09 fornece suporte legal para aplicação do conceito de moradia adequada, abordado no segundo capítulo, na concretização de medidas sociais, jurídicas, ambientais e urbanísticas, que fazem parte do contexto jurídico mencionado.

O estudo do referido instituto legal é imprescindível para que o mecanismo ganhe efetividade adequada e cumpra o seu verdadeiro papel, além disso, sua aplicação prática possui grandes consequências na vida das pessoas e no mundo jurídico.

2 DIREITO À MORADIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo atrelado a todos os direitos fundamentais. Diante dessa premissa, este capítulo buscará demonstrar que o direito à moradia só será efetivamente aplicado se integrar o pressuposto da dignidade da pessoa humana.

Segundo Maurer (2005, p. 78-79), o significado de dignidade humana mudou. Ela aduz que

Atualmente, os direitos humanos parecem não estarem mais centrados na propriedade, mas na dignidade. O surgimento recente, no direito, do conceito de dignidade é muito promissor. Ele aparece extremamente dinâmico e rico em potencialidades. O conceito de dignidade mais amplo que o de liberdade poderia, de fato, servir de motor à interpretação do direito. Reconhecido muito recentemente como um princípio constitucional francês, já serviu tanto no âmbito da bioética como para fundar o direito à moradia.

Para Awad (2006, p. 111), “[...] o conceito de dignidade humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional, não podendo se reduzir o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais.” Salienta, ainda, que a dignidade humana deve ser relacionada sempre aos direitos sociais, daí decorrendo a necessidade da ordem econômica garantir a todos existência digna, visando à realização da justiça social.

Discorrendo sobre as dimensões da dignidade humana, em especial na dimensão cultural da dignidade, Sarlet (2005, p. 28-29) menciona que não é tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação, sendo imprescindível a conexão entre a dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional) da dignidade da pessoa humana.

Partindo dessa dimensão dúplici de dignidade humana (defensiva e prestacional) Sarlet (2005, p. 32) afirma que a dignidade humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, e ainda, de acordo com seu próprio entendimento, da sociedade em geral, ou seja, de cada um e de todos. O limite acarreta direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violam ou exponham a graves ameaças à pessoa. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, surge a obrigação concreta de tutela por parte dos órgãos estatais, para assegurar a dignidade de todos, garantindo por meio de prestações (medidas positivas) o devido respeito e promoção.

A dignidade da pessoa humana, como prestação determinada ao Estado, deve ser vista tanto no sentido de preservá-la, como no sentido de promovê-la, especialmente fazendo ações que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade. Diante disso, a dignidade é dependente da “ordem comunitária” (SARLET, 2005, p. 33).

De acordo com as considerações de Sarlet (2005), acima mencionadas, sobre a dignidade humana, podemos afirmar que o Estado deve agir por meio de medidas positivas visando garantir a dignidade humana de todos. Neste contexto podemos deduzir que o direito fundamental social à moradia deve ser efetivado com o objetivo de garantir além da moradia uma vida digna.

Para Melo (2010, p. 12), uma moradia é uma necessidade do ser humano, pois ela condiciona o acesso a outros direitos fundamentais. É impossível garantir saúde, educação e segurança sem oferecer uma habitação digna para o homem, pois a falta dela gera a dispersão familiar, conduz ao prejuízo escolar e colabora para a fragilidade da saúde.

Consoante menciona Saule Júnior (apud MELO, 2010, p. 17),

A finalidade do direito à moradia, que pode ser extraído das normas internacionais de direitos humanos, é fruto da combinação dos valores da dignidade da pessoa humana e da vida, que resulta da finalidade de toda pessoa ter um padrão de vida digno. Assim, o direito à moradia pode ser considerado plenamente satisfeito a partir da existência de três elementos que são: viver com segurança, viver em paz, e viver com dignidade.

Ainda, Sarlet (2008, p. 59) menciona que o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, do qual decorre o princípio da dignidade humana, por si só reconhece o direito fundamental à moradia, antes mesmo da emenda constitucional n. 26, de 2000, ter incorporado esse direito na Constituição Federal Brasileira, pois a dimensão positiva da dignidade humana exige a satisfação das necessidades existenciais básica para uma vida com dignidade.

Desta forma, o princípio da dignidade humana serve de suporte legal e autônomo para o fim de se garantir a proteção da dignidade e do mínimo existencial.

Assim, podemos concluir esse capítulo aduzindo que para ser ter uma vida digna, que assegure a dignidade humana, necessitamos da efetivação do direito à moradia adequada nos termos que será tratado no próximo capítulo.

3 DIREITO À MORADIA ADEQUADA

A concretização do direito à moradia, reconhecido com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana, conforme abordado no capítulo anterior, abrange não só o direito de dar uma titulação para alguém ou um “teto para as pessoas habitarem”, mas, sim, de criar condições adequadas para que o direito de moradia possa dar condições de uma vida digna.

Rolnik (2009), relatora especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em seu artigo, “ O que é moradia adequada?”, refere que a moradia não pode ser apenas quatro paredes e um teto, um abrigo, a moradia adequada vai além disso. Significa um local “a partir do qual as condições básicas para a sobrevivência humana estejam garantidas, de forma digna”, com infraestrutura completa, com acesso direto e fácil a equipamentos de educação, saúde e culturais, a oportunidades de desenvolvimento humano e a emprego.

Segundo Rolnik (2009), “[...] no Brasil, como em outros países do mundo, as políticas habitacionais sempre foram mais focalizadas em produção de casas e muito pouco em produção de cidade para acolher essas casas”, que geralmente não atendem essas condições básicas de moradia.

Amaral Junior e Jubilut (2009, p. 518) também entendem que o direito fundamental à moradia deve ir além do local físico para se viver, conforme podemos verificar na transcrição que segue

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

É evidente que para se garantir outros direitos relacionados a pessoa humana, como por exemplo a saúde, educação, segurança, direitos estes, assegurados constitucionalmente, que também garantem uma vida digna, deve-se oferecer não apenas um lugar para habitar, mas sim uma moradia adequada. Isso é, sem sombra de dúvidas, de extrema importância social e um grande desafio para o Estado Democrático de Direito.

O Brasil, em seis de julho do ano de 1992, com a promulgação do Decreto n. 591, assumiu o compromisso de cumprir inteiramente o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no qual consta no artigo 11, 1, que:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e *moradia adequadas*, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Segundo Weis (2015), os direitos previstos no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “são de exercício progressivo, a depender do esforço interno e da assistência e cooperação internacionais, a fim de dotar o Estado dos meios que possibilitem o cumprimento das disposições contidas nos artigos 6º a 15”.

Segundo Sarlet (2008, p. 59-60), por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição Federal, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, foi incorporado formalmente ao direito interno, pela hierarquia constitucional dos tratados.

O artigo 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal Brasileira, determinado pela Emenda Constitucional n. 31, de 14 de dezembro de 2000, criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, que tem por finalidade viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos devem ser aplicados em ações suplementares relacionadas à habitação, saúde, programas de relevante interesse social voltados para a melhoria da qualidade de vida, entre outros.

Em que pese o direito à moradia ter sido incluído na nossa Constituição Federal, apenas em 2000, com a Emenda Constitucional n.º 26, e de apenas constar no artigo 6º somente o termo

“moradia”, isso não afasta a obrigatoriedade de se dar efetividade ao direito fundamental à moradia adequada.

Além disso, também Lei 11.124, de 16 de junho de 2005, que criou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, reforçou o compromisso de cumprimento do direito fundamental à moradia de forma digna, no artigo 4º, I, b, com a seguinte disposição: “A estruturação, a organização e a atuação do SNHIS devem observar: I - os seguintes princípios: a) [...]; b) moradia digna como direito e vetor de inclusão social;”

A Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos (1976), a Agenda 21 (1992), a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos (1996), a Agenda Habitat (1996) e a Declaração do Milênio e de Desenvolvimento do Milênio (2000) também ajudaram a esclarecer vários aspectos do direito à moradia adequada. Além disso, todas estas Conferências serviram para reafirmar, entre os Estados-membros da ONU, do qual o Brasil também faz parte, o compromisso de cumprir o direito a uma moradia adequada.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU), emitiu o comentário Geral n. 4, onde estabeleceu os elementos necessários para que o direito à moradia adequada e digna seja satisfeito. São eles:

SEGURANÇA DA POSSE: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças.

DISPONIBILIDADE DE SERVIÇOS, MATERIAIS, INSTALAÇÕES e INFRAESTRUTURA: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.

ECONOMICIDADE: a moradia não é adequada, se os seus custos ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes.

HABITABILIDADE: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde.

ACESSIBILIDADE: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos favorecidos e marginalizados não são levados em conta.

LOCALIZAÇÃO: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas.

ADEQUAÇÃO CULTURAL: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural (UNITED NATIONS, 1991).

Os critérios, acima mencionados, não devem ser interpretados de forma restritiva, mas devem sempre compreender liberdades, garantias e proteções.

Cabe mencionar, que o direito à moradia adequada não determina que as pessoas sem moradia possam exigir automaticamente que o Estado lhes concedam uma habitação, ou que construa moradias para toda população. Nesse sentido afirmou Cardoso (2010, p. 137)

Não é, portanto, dever do Estado garantir direito à moradia a toda população, tampouco o direito de propriedade. É, sim, dever do Estado garantir o direito à moradia, como elemento de uma vida digna, àqueles desprovidos de capacidade econômica para garantir um local sadio para morar e viver na cidade. Nesse con-

texto, devem ser atendidos os programas de regularização fundiária e provisão de habitação de interesse social. Tratando-se da atuação vinculada ao Estado para a proteção e promoção da moradia aos grupos hipossuficientes da sociedade para garantia de um padrão de vida minimamente digno.

A urbanização no Brasil tem como uma das principais características a proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano. Milhões de brasileiros só têm acesso ao solo urbano e à moradia através de processos e mecanismos informais e ilegais. As consequências socioeconômicas, urbanísticas e ambientais desse fenômeno têm sido muitas e graves, pois, além de afetar diretamente os moradores dos assentamentos informais, a irregularidade produz um grande impacto negativo sobre as cidades e sobre a população urbana como um todo. (ALFONSIN et al., 2002, p. 12).

Diante dessas ponderações resta evidente que os mecanismos legais que garantem o direito fundamental à moradia, não atingem a sua finalidade quando não observarem os elementos necessários para que a moradia adequada e digna seja garantida.

Atualmente no Brasil encontramos diversos instrumentos que visam efetivar o direito fundamental social à moradia, dentre os principais podemos citar a ação de usucapião, em suas diversas modalidades, a concessão do direito real de uso, a concessão de uso especial para fins de moradia, a doação e outros elencados no artigo 17, I, “f”, “g” e “h”, na Lei 8.666/93.

A regularização fundiária urbana, a depender da situação fática e jurídica, poderá utilizar qualquer deles, desde que preenchidos os requisitos correspondentes exigidos para cada espécie, a fim de garantir o direito à moradia. Contudo, a especificação de cada modalidade não será objeto de estudo, pois a proposta deste trabalho é estudar a efetividade do direito fundamental à moradia adequada na sua dimensão coletiva.

Para tanto, no próximo capítulo, analisaremos se a Lei 11.977/09, que regulamenta a regularização fundiária urbana de interesse social, possui os elementos necessários para efetividade do direito à moradia adequada, de acordo com os elementos mencionados pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU), emitidos no comentário Geral n. 4.

4 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA ADEQUADA

A regularização fundiária urbana da Lei 11.977/09 é um instituto jurídico recente, que visa à regularização jurídica da propriedade imobiliária informal, por meio de um processo de intervenção pública de natureza administrativa.

Augusto (2013, p. 421) complementa este conceito aduzindo que a Lei 11.977/09 é o instituto jurídico mais completo sobre a regularização fundiária, pois além de englobar conceitos específicos, diretrizes e princípios perfeitamente coordenados com o Estatuto da Cidade, criou regras específicas sobre o procedimento e novos instrumentos jurídicos que resolvem a questão da urbanização informal no nosso País.

Na mesma linha de raciocínio Oliveira e Nunez (2014, p. 85) mencionam que a regularização fundiária urbana, da Lei 11.977/09, é um processo mais abrangente do que os previstos nos instrumentos jurídicos anteriores, pois articula as questões jurídicas com as sociais, focando

“[...] tanto no trabalho jurídico, quanto no urbanístico, no físico e no social, de forma a adequar o processo às demandas da comunidade em que se dá.”

Nos termos do artigo 46, da Lei 11.977/09,

[...] a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (BRASIL, 2009).

Diante da citada disposição legal não há dúvida de que regularização fundiária de interesse social tem como objetivo garantir o direito fundamental social à moradia. Todavia, o objetivo do presente estudo é verificar se o referido instituto jurídico atende o conceito de moradia adequada, especificado no capítulo anterior.

Cabe mencionar que a regularização fundiária urbana envolve quatro modalidades, segundo Paiva (2012, p. 9): 1) regularização fundiária de interesse social, elencada na Lei 11.977/2009, artigos 53 a 60; 2) regularização fundiária de interesse específico especificada nos artigos 61 a 62, da Lei 11.977/2009; 3) regularização fundiária inominada, artigo 71, também da lei n° 11.977/09; e por fim 4) regularização fundiária de imóveis da União, que observa o procedimento elencado no artigo 18-A a 18-F do Decreto-lei n° 9.760/46, (alterado pela Lei 11.481/2007).

Contudo, neste trabalho, por se tratar de um artigo sucinto, vamos nos ater à regularização fundiária urbana de interesse social, ou seja, a primeira modalidade acima referida, por ser esta a mais ampla e, ainda, servir de parâmetro para as demais.

Considera-se regularização fundiária de interesse social conforme determinado no artigo 47, inciso VII, da Lei n. 11.977/09, os assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, que atendam os seguintes requisitos: 1) que a área esteja ocupada de forma mansa e pacífica há pelo menos, cinco anos; 2) imóveis situados em ZEIS; ou 3) de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

A regularização fundiária urbana além dos objetivos previstos no artigo 46, acima mencionado, deverá respeitar as diretrizes gerais estabelecidas no Estatuto da Cidade e observar os seguintes princípios elencados no artigo 48: 1) facilitação do acesso ao lote urbanizado pela população de baixa renda, priorizando sua permanência na área ocupada, garantindo o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental; 2) conexão com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda; 3) os interessados devem participar em todas as etapas do processo de regularização; 4) incentivo à resolução extrajudicial de conflitos; e 5) outorga do título preferencialmente para a mulher.

Estão legitimados a promover a regularização fundiária de interesse social, conforme dispõe o artigo 50 da Lei 11.977/09, a União, os Estados e o Distrito Federal, os Municípios, os beneficiários (individual ou coletivamente), as cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais e organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPIs)

e outras associações civis com finalidade ligada ao desenvolvimento urbano ou à regularização fundiária.

Cabe ressaltar que as instituições acima citadas estão legitimadas a realizar todos os atos necessários à efetivação da regularização fundiária, nesse sentido autoriza o caput do artigo 50 da mesma Lei.

O procedimento da regularização fundiária de interesse social, de acordo com Augusto (2013, p. 423) envolve três etapas. A primeira denominada de fase preliminar visa à elaboração do projeto de regularização fundiária, a cargo do(s) interessado(s) e do poder público. A segunda fase abrange a regularização do parcelamento do solo, mediante um procedimento completo e ordenado, presidido pelo registrador imobiliário. A terceira fase compreende o registro, em favor dos beneficiários, efetuados na matrícula específica da unidade habitacional, após a comprovação do direito (posse, uso especial para fins de moradia ou domínio) e requerimento do interessado.

A primeira fase, que é a realização do projeto de regularização fundiária deve abranger, segundo o artigo 51, entre outros itens, medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental e suas compensações, caso seja necessário, condições para promover a segurança da população de risco, adequação da infraestrutura básica.

Essa infraestrutura básica, na regularização fundiária de interesse social, deverá ser realizada pelo poder público, diretamente ou por meio de concessão ou permissão, na forma da lei, ainda que promovida pelos próprios beneficiários, cooperativas habitacionais, fundações e outras organizações legitimadas no artigo 50, acima mencionado.

Os critérios para implantação do sistema viário e da estrutura básica estão elencados no parágrafo 6º, do artigo segundo, da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, citada na Lei 11.977/09.

Pelas considerações realizadas no presente estudo, podemos dizer que a regularização fundiária urbana de interesse social visa readequar o espaço urbano para corrigir as distorções provocadas pelo crescimento desordenado cidades.

Essas modificações abrangem, como exemplo, a realocação de casas situadas em locais de risco, na reconstrução de moradias precárias e na implantação de uma estrutura mínima de serviços essenciais, tais como saneamento básico, iluminação, coleta de resíduos, segurança, posto de saúde, serviços postais, e a titulação dos lotes em nome dos beneficiários, além de outros.

Todas essas melhorias devem estar presentes já na primeira fase da regularização fundiária, que é a realização do projeto, e conforme se percebem fazem parte dos elementos mencionados no comentário Geral n. 4, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU), como necessários para que o direito à moradia adequada e digna seja satisfeito.

Diante das considerações expostas sucintamente neste trabalho, podemos constatar que a regularização fundiária de interesse social, introduzida na Lei 11.977/09, apresenta suportes legais necessários para a concreta realização do direito fundamental social à moradia adequada, pois os objetivos e princípios, mencionados nesse instituto jurídico, determinam que para se alcançar o direito à moradia é necessário a execução de uma série de medidas que visam também a qualidade de vida dos moradores, que terá como consequência também a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à moradia não pode ser concedido, principalmente quando se refere à políticas públicas, no sentido de um teto para morar, pois deve sempre preservar o princípio da dignidade humana, conforme demonstrado no capítulo primeiro.

A moradia adequada deve ser prioridade de todo plano de governo, pois a falta desta afeta diretamente a dignidade da pessoa humana, pois aumenta a criminalidade, gera a proliferação de doenças, diminui o desenvolvimento escolar das crianças, que são o futuro do nosso país, entre outras causas, que provocam danos para toda sociedade.

Dentro das limitações do presente trabalho, numa análise teórica, podemos perceber que a Lei 11.977/09, traz o suporte legal necessário, inclusive nos seus princípios elencados no artigo 46 e 48, da Lei 11.977/2009, para a concretização dos elementos necessários para a efetivação do direito fundamental social à moradia adequada e digna.

URBAN LAND REGULARIZATION OF SOCIAL INTEREST AS A MECHANISM OF REALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ADEQUATE HOUSING

ABSTRACT

The Brazilian Government, for several years failed to take effective measures, particularly to collective level, which give effect to the fundamental right to housing, adding to that, the fact of overcrowded cities generated the urban chaos in Brazil. The theme of the present paper has the realization of the fundamental social right to decent and adequate housing as main subject. Thus, was approached the right to housing in the light of human dignity and the definition, according to the existing legal system, about adequate housing term. Finally, it analyzes the question that will define the theme, that is, if the urban land regularization of social interest, specified in Law 11.977/09, provides in fact, legal support for the realization of the fundamental right to adequate housing.

Keywords: Human Dignity. Adequate housing. Urban land regularization land of social interest.

REFERÊNCIAS

- ALFONSIN, Betânia de Moraes et al. Regularização da Terra e da Moradia: o que é e como implementar. *Instituto Pólis*, 2002. Disponível em: <<http://polis.org.br/publicacoes/regularizacao-da-terra-e-da-moradia-o-que-e-e-como-implementar>>. Acesso em: 22 abr. 2015.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Algumas Notas sobre o Direito à Moradia como Direito Humano e Fundamental e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. *Registro de Imóveis, retificação de registro e georreferenciamento: fundamento e prática*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- AWAD, Fahd. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, v. 20, n. 1, p. 111-120, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.
- SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Direito à moradia adequada*. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDR/PR, 2013.

PELUZO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2013.

BRASIL. Decreto-lei n. 9.760, de 05 de setembro de 1946. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de9760.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social - SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social - FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jun. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.977, de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

CARDOSO, Patrícia de Menezes. *Democratização do Acesso à Propriedade Pública no Brasil: Função Social e Regularização Fundiária*. 2010. 260 p. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito do Estado)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

COUTO, Maria do Carmo de Rezende Campos. Regularização Fundiária de Interesse Específico. In: ENCONTRO REGIONAL DOS OFICIAIS DE REGISTRO DE IMÓVEIS, 39., Maceió. *Anais...* Maceió: Boletim do IRIB (Revista n. 347).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIP, Ricardo. *Introdução ao Direito Notarial e Registral*. Porto Alegre: IRIB: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

DIP, Ricardo. *Registro de Imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: IRIB: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do Direito à Moradia Digna*. Teoria e Prática. Belo Horizonte: Forum, 2008.

MELO, Henrique Ferraz de. Regularização Fundiária Inominada Urbana. *Revista de Direito Imobiliário* (Revista dos Tribunais), São Paulo, v. 74, jan./jun. 2013.

MELO, Marcelo Augusto Santana. O direito à moradia e o papel do Registro de Imóveis na regularização fundiária. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 33, v. 69, jul./dez. 2010.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; NUNEZ, Izabel Saenger. Os Direitos à Moradia e à Propriedade - Um estudo de caso da regularização fundiária urbana em favelas cariocas. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 8, n. 26, p. 78-110, jan./mar. 2014.

PAIVA, João Pedro Lamana. Regularização Fundiária de Interesse Social. *Coleção Cadernos*, São Paulo: IRIB, n. 5, 2012.

ROLNIK, Raquel. *O que é moradia adequada?* 2009. Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2009/04/30/relatora-da-onu-se-pronuncia-sobre-politica-habitacional-do-brasil/>>. Acesso em: 22 maio 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Melo Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O Direito Fundamental à Moradia aos Vinte Anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./dez. 2008.

SOBRINHO, Luiz Henrique. *O Direito de Moradia e o Princípio da Dignidade Humana*. 2008. 107 p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)-Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, São Paulo, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WEIS, Carlos. *O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/tratado6.htm>>. Acesso em: 11 maio 2015.

O DIREITO SOCIAL DA EDUCAÇÃO COMO SINÔNIMO DE EXCLUSÃO SOCIAL

Bianca Strücker*
Gabriel Maçalai**

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa trata acerca da demonstração da desigualdade social e da exclusão, em especial nas instituições educacionais de nível superior. Para tal, estudamos a educação como um dos direitos sociais e seu posicionamento na legislação brasileira. Apresentamos a evolução da desigualdade na sociedade, nas escolas e universidades, trazendo um novo conceito de inclusão. Propõe-se que a educação seja efetivamente utilizada em prol da erradicação das desigualdades nos meios acadêmicos, afim de serem refletidos estes efeitos para a sociedade como um todo. Sugerem-se novas formatações na inserção dos alunos nos centros universitários, valendo-se das diferenças para promovê-las e não segregá-las. Pensamos, ainda, nas entrelinhas questões da política pública para a efetivação do direito à educação.

Palavras-chave: Educação. Exclusão. Direitos Sociais.

1 INTRODUÇÃO

Abrimos este estudo apontando para os direitos sociais, seus conceitos e afirmações na sociedade brasileira. Partindo disso, baseados na Sociologia e Sociologia da Educação, apresentaremos críticas à educação atual.

Assim podemos posicionar na discussão central, a exclusão do aluno nos ambientes escolares e universitários. Ou melhor, a exclusão se inicia nas políticas educacionais adotadas na nação e que passa a surtir efeitos na vida cotidiana de alunos e professores, que embora vivam na “pátria educadora” estão distantes dos bons rendimentos educacionais e dos triunfos de uma vida educacional privilegiada. Assim, nos propomos a estudar ainda generalidades da questão da política pública envolvendo a educação.

Por fim, colocamos alternativas à exclusão praticada pelo sistema: a atuação dos profissionais da educação de maneira consciente e visionada que não enxergue apenas alunos em sua frente, mas visualize futuros profissionais bem como cidadãos que sairão as ruas a difundir os entendimentos que aderiram durante toda vida acadêmica.

2 O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO OBRIGAÇÃO DO ESTADO E SINÔNIMO DE EXCLUSÃO SOCIAL

Os direitos sociais são fixados no início do século XX, resultado da Revolução Industrial Europeia do século XIX, fazendo parte dos ditos direitos de segunda geração, juntamente com os direitos culturais, econômicos e coletivos. Ademais, os direitos de segunda geração estão ligados essencialmente ao princípio da isonomia (LENZA, 2011).

* Graduada Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; biancastrucker@hotmail.com

** Graduado em Teologia pelo Centro de Ensino Superior de Maringá; Graduando em andamento em Direito Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Graduando em andamento em Licenciatura em Filosofia pela Faculdade Entre Rios do Piauí; diac.gabrielmacalai@gmail.com

Podemos entender os direitos sociais, em seu sentido material, não apenas legal, mas concreto ou real como:

[...] direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares; porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional. (LEIVAS, 2006, p. 89).

Podemos assim entender que não sendo possível ao ser humano enquanto ser individual tornar-se pleno em seus direitos sociais de forma satisfatória, passaram a ser garantidos pelas constituições de cada país, bem como por acordos internacionais. Canotilho (2003, p. 385) tem um posicionamento interessante acerca do tema:

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da “sociedade burguesa” são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em “A Questão Judaica”) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem “egoísta” e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do “homem total”, o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade.

Dentre os direitos sociais é possível destacar o direito a educação. Ele está presente e é discutido em todas as casas e residências da atualidade. É uma questão imprescindível na atualidade. Educação, então, pode ser entendida como

[...] o meio em que os hábitos, costumes e valores de uma comunidade são transferidos de uma geração para a geração seguinte. A educação vai se formando através de situações presenciadas e experiências vividas por cada indivíduo ao longo da sua vida. (SIGNIFICADOS, 2015).

Assim, hoje se passa a questionar a questão da democratização da educação. No que tange especificamente a democratização da educação, precisamos nos referir a ela como:

[...] uma política que vise tornar o ensino, e especialmente o ensino superior, acessível a todas as classes sociais sem distinção de meios materiais. Isto é, uma política de ensino que tente eliminar os obstáculos financeiros que se opõem à entrada dos jovens nos estabelecimentos de ensino superior, e retenha, como critério de seleção, unicamente o exame das capacidades intelectuais e de trabalho do candidato. Deve ainda entender-se, por extensão, que uma política de democratização do ensino implica a abertura de possibilidades de acesso ao ensino superior àqueles que, não sendo jovens e tendo já iniciado uma carreira profissional, sintam necessidade de aperfeiçoar os seus conhecimentos técnicos ou a sua cultura. (SOUZA, 2015).

Neste sentido, a democratização do ensino busca alcançar o maior número possível de educandos com a educação. É, sem dúvida, a maior e principal meta dos países desenvolvidos ou em desenvolvimento, visto que a evolução social é também a evolução do Estado.

Precisamos, porém, salientar o problema do uso desenfreado do termo democracia. Hans Kelsen, conhecido filósofo do Direito, afirma que o termo precisa ser entendido como algo que surge do povo, a exemplo o governo do povo, e não algo que surge para o povo. Tal compreensão é importante para entendermos e impedirmos deturpações do conceito. Segundo ele:

Democracia é a palavra de ordem que, nos séculos XIX e XX, domina quase universalmente os espíritos; mas, exatamente por isso, ela perde, como qualquer palavra de ordem, o sentido que lhe seria próprio. Para acompanhar a moda política, acredita-se dever usar a noção de democracia - da qual se abusou mais do que qualquer outra política - para todas as finalidades possíveis e em todas as possíveis ocasiões, tanto que ela assume os significados mais diversos, muitos deles bastante contrastantes, quando a costumeira impropriedade do linguajar político vulgar não degrada de veras a uma frase convencional que não mais exige sentido determinado. (KELSEN, 2000, p. 25).

Assim, podemos compreender a educação como do povo e não para o povo. Mais conhecido como direito à instrução, o direito à educação foi garantido durante a vigência do século XVIII, tendo como primeiro instrumento basilar de existência a Declaração francesa de direitos de 1793, onde se entendia a educação como uma necessidade para todos e que cabe a sociedade com toda sua força, oferecer os saberes públicos e instruir todos os cidadãos. No entanto, a Constituição Mexicana de 1917 trouxe fundamental importância para este direito ao apontar, em seu artigo terceiro, os parâmetros da educação contemporânea: precisa ser laica e democrática, a educação básica precisa ser obrigatória e a educação pública necessita ser gratuita (BEDIN, 2002). Hoje tal direito está presente em praticamente todas as nações democráticas e é amplamente assegurado pelos tratados internacionais de direitos humanos.

No entendimento de Roy (2006, p. 30), a educação:

[...] é um direito exigível, inalienável, indispensável, universal, independente, indivisível e integral. (sic) Pois é um direito do cidadão e um dever do Estado, reconhecido tanto pelas constituições de quase todos os países da América Latina como por diversos pactos e convenções internacionais.

Recepcionado tal direito pelo ordenamento jurídico nacional, a Constituição Federal passou a tratá-lo, genericamente em seu artigo 6º, o qual dispõe, mui acertadamente, que “[...] são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [...]” (BRASIL, 1988).

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo aos interpretes proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro dos limites e possibilidades oferecidos pelo sistema jurídico, visando a solução justa para o caso concreto. A ponderação de valores, interesses, bens e normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de prin-

cípios (ou excepcionalmente de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. (MADERS; ARGERICH; LUCAS, 2009, p. 63).

Não é possível tratar o direito à educação desvinculando princípios basilares previstos na Carta Magna. No artigo 1º, está previsto como um dos fundamentos da Constituição, a cidadania - inciso II, e a dignidade da pessoa humana - inciso III, sendo a educação necessária para a efetiva aplicação desses fundamentos, pois somente através dela pode-se construir cidadania e garantir a dignidade da pessoa humana.

No art. 3º, também se pode ligar o direito à educação aos objetivos fundamentais da República, especialmente ao inciso I, cuja redação prevê a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária;”, o que somente é possível através da educação. Demonstra-se aqui a conexão com as estruturas maiores, as linhas mestras que orientam o Estado brasileiro. (CEZNE, 2006).

Bobbio (1992) destaca que os direitos fundamentais ou direitos humanos são direitos históricos, ou seja, são fruto de circunstâncias e conjunturas vividas pela humanidade e especificamente por cada um dos diversos Estados, sociedades e culturas. Portanto, embora se alicerces numa perspectiva jusnaturalista, os direitos fundamentais não prescindem do reconhecimento estatal, da inserção no direito positivo.

Ocorre que a mera positivação do direito à educação não é o suficiente para sua efetivação. É imprescindível a criação instrumentos jurídicos que forcem o Estado a cumpri-las. O artigo 205 da Constituição dispõe que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (BRASIL, 1988).

Logo, tal dispositivo legal reafirma os princípios básicos de nossa nação que são a promoção da cidadania, e a defesa dos direitos humanos. O artigo 206 tratou dos princípios que regem este campo:

Art. 206 O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I. igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II. liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III. pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV. gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V. valorização dos profissionais do ensino, garantindo, na forma da lei planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; VI. gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII. garantia de padrão de qualidade [...] (BRASIL, 1988).

A gratuidade já era prevista em outras constituições, mas era restrita ao período de escolarização compulsória. A ampliação do alcance da gratuidade apresenta-se como inovadora, conforme Oliveira (2001), ressaltando a ampliação da gratuidade para o ensino médio, anteriormente exceção e declarando expressamente a gratuidade do ensino superior, em estabelecimentos oficiais.

[...] ao passo que o ensino básico é necessariamente universal (por imperativo iniludível da Constituição) e o ensino secundário pode vir a ser (por decisão legislativa), o ensino superior não o é. Nem poderia ser, por causa das desigualdades naturais entre os homens (de aptidões, de vocações, de interesses) e reconhecê-las não vai contra o princípio, como se sabe. Tudo está em apurar tais capacidades mediante provas e formas objetivas, fiáveis e minimamente consensuais. (MIRANDA apud MALISKA, 2001, p. 232).

Desse modo, cabe ao Estado garantir a igualdade de acesso às universidades, respeitando sempre as diferenças entre cada sujeito, sejam elas de classe, cor, credo, ou tão somente o interesse distinto por uma ou outra área. Isto é, o Estado deve dar condições de cada pessoa ter a possibilidade de frequentar o ensino superior, mas não tem responsabilidade se este não tem interesse de ingressar em uma universidade.

Ao lado do direito à educação, deve estar a obrigação de educar, é a conclusão juridicamente plausível. Os dois são correlatos, são parceiros. De certa forma, é o que faz a Constituição da República de 1988: define a educação como um direito de todos e dever do Estado, no art. 205, e, no art. 208, enumera as garantias, incluindo o acesso ao ensino público e gratuito como direito público subjetivo. E bem mais, o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou a sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º). (BOAVENTURA, 1997, p. 32).

Quanto ao regime da autonomia das universidades “[...] é o reconhecimento de uma realidade social objetiva, que provoca reflexo na própria efetividade do direito social à educação, encaixando-se no perfil típico de garantia institucional.” (SARLET, 1998, p. 301). Nesse sentido, Nery Junior e Nery (2009, p. 676) asseveram:

As universidades públicas são dotadas de autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício dessa autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a CF e as leis. As universidades públicas federais, entidades da Administração Indireta, são constituídas sob forma de autarquias ou fundações públicas. Seus atos além de sofrerem a fiscalização do TCU, submetem-se ao controle interno exercido pelo Ministério da Educação.

Destarte, verifica-se que ainda que a graduação não seja de caráter obrigatório, ficam as universidades subordinadas, e vinculadas ao Ministério da Educação. Isso, pois, ainda que as universidades façam parte da iniciativa privada (muitas vezes), é dever do Estado zelar pela qualidade de ensino e garantir que o acesso seja estendido a todas as classes.

Cabe também destacar que tamanha a importância da educação, é considerada direito fundamental - alocados no Título II da Constituição Federal de 1988. Assim sendo, como um direito social tem aplicação imediata - artigo 5º, § I, e podem ser implementados, no caso de omissão legislativa, pelas técnicas de controle a constitucionalidade, como por exemplo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (LENZA, 2011).

Precisamos então, traçar conceitos básicos e necessários para o estudo da Sociologia. Dias (2004, p. 3) a entende como a ciência que se dedica a estudar “[...] a dimensão social da conduta

humana, as relações sociais que a ela são associadas.” Noutras palavras, estuda a ação humana e as consequências que traz na cultura e na sociedade em que o homem se relaciona.

O estudo da Sociologia é importante para todas as atividades, pois torna o ser humano mais reflexivo e sensato em sua forma de agir e pensar, deixando de ser tão somente impulsivo ou maldoso por assim dizer. Ocorre, no entanto, que nem todos podem se dedicar ao estudo desta ciência social. Diferentemente do que se passa em outras disciplinas comuns - onde um saber teórico basta, na Sociologia, para ser um bom sociólogo, é preciso ser um agente social passível de atuação física na comunidade, não bastando atuar apenas no campo das ideias. Doutor Silva (2012, p. 15-16) assevera:

Difícilmente estudantes e pesquisadores da Sociologia deixaram de se tornar militantes de causas sociais, pois não se contentam em entender as causas dos problemas humanos e não contribuir para a solução deles. Dados de estudos epistemológicos mostram que quem procura estudar a Sociologia são indivíduos preocupados com a situação das vivências sociais (suas e as dos outros) e que estão procurando um mundo mais justo. Podemos afirmar, então, que a Sociologia se tornou a ciência das populações e das instituições e foi criada justamente com a perspectiva de resolver seus problemas.

De fato, a sociologia permite um estudo da sociedade e da ação intersubjetiva nela. Para isso se ocupa de verificar cada variedade de sociedade existente, bem como a cultura nelas construída por seus agentes. E sobre cultura, entendemos que seja

[...] uma das noções mais amplamente usadas em Sociologia. A cultura consiste nos valores de um dado grupo de pessoas, nas normas que seguem e nos bens materiais que criam. Os valores são ideias abstractas, enquanto as normas são princípios definidos ou regras que se espera que o povo cumpra. As normas representam o “permitido” e o “interdito” da vida social. (ESA, 2015).

Neste quesito a Sociologia começa a ganhar voz e vez, pois a cultura que se transmite comumente é dotada de cargas ideológicas de dominação, segregação social, separação de classes e de valores econômicos. A separação de classes econômicas e sociais, especificamente no ambiente da sala de aula, demonstra a segregação entre alunos de uma mesma turma devido a filiação, ao grau de escolaridade dos pais e avós e também possibilidade que alguns privilegiados possuem de só estudar, em detrimento da grande maioria que precisa ocupar o tempo “livre” com outras atividades, em geral laborais (ALMEIDA, 2015).

Silva e Paulini (2007, p. 54, grifo nosso) apontam três objetivos para a educação, dadas por: “[...] a transmissão da cultura, a adaptação dos indivíduos à sociedade, o desenvolvimento de suas potencialidades e, como consequência, o desenvolvimento da própria sociedade.” Assim, de qualquer forma verificamos que uma das funções da educação também é transmitir a cultura. O problema, entendemos, é que essa cultura é dotada de princípios plenamente capitalistas e preconceituosos, isto é, a herança cultural passada de geração em geração é eivada de vícios preconceituosos, sejam eles das mais diversas origens.

Quando fazemos menção ao grau de escolaridade dos pais e avós dos que agora são educandos, precisamos mergulhar nesta realidade e entendermos com olhares dotados de empatia:

ao compulsar dados de qualquer jornal, verificamos cotidianamente, o crescimento educacional de uma geração para outra, em especial das classes econômicas mais baixas. Um exemplo é a reportagem extraída do Portal R7:

Uma pesquisa da Data Popular, consultoria voltada para o estudo sobre hábitos da classe média, mostra que, de cada cem jovens de famílias emergentes, a chamada classe C, 68 têm mais anos de estudo do que os pais. Ou seja, quase 70% dos jovens desta faixa de renda no Brasil passaram a ter um nível escolar mais alto que o familiar. O estudo foi feito com base em dados da Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), levantados pelo IBGE. (R7.COM, 2011).

Neste sentido nos cumpre entender o motivo pelo qual os genitores destes jovens têm baixo grau de escolaridade. Não cremos que a maioria tenha desejado viver na classe C.¹ No mesmo sentido, não ostentamos a bandeira de que os mesmos não tinham o desejo de estudar na idade que chamamos de escolar. As circunstâncias da vida é que não os possibilitaram galgar postos e títulos educacionais maiores. Essa situação os impossibilitou de gastar mais tempo com seus filhos, ensinar-lhes caminhos novos ou lhes dar novas possibilidades.

Isso é o que vemos em relação a chamada nova classe média, que tem alterado os conceitos tradicionais, pois a

Nova classe média é muito distinta, em imaginário, que a classe média tradicional de nosso país. Não têm hábito de leitura e são absolutamente pragmáticos. Assim, valores universais e regras gerais são colocados sob suspeição com facilidade, a não ser que vinculadas aos valores religiosos.

Porque leem pouco, não são facilmente convencidos pelas manchetes de jornais. A grande imprensa ainda não descobriu este filão e continua empregando editores oriundos - ou com ideário - da classe média tradicional, que hoje transita entre certo liberalismo comportamental e conservadorismo político. O inverso, obviamente, dos valores dos emergentes. Porque os emergentes são pragmáticos e religiosos, não necessariamente nesta ordem e nem mesmo mantendo coerência entre discurso e prática. O fato é que os formadores de opinião são outros. (ESCOLA DE GOVERNO, 2015).

Este fato se deve a extraordinária força do povo brasileiro de trabalhar e formar seu destino, também dos três últimos mandatos terminados e o atual da Presidência da República que tratou de retirar milhares da pobreza extrema, levar educação a tantas pessoas e possibilitar a ascensão social. Ora, não afirmamos que esteja correta a atuação dos mandatários maiores do país. Pelo contrário, em muito nos desencontramos. Mas precisamos citar o PROUNI, Bolsa Família, SISU, FIES, Ciência Sem Fronteiras e tantos programas sociais, que vem colaborando para minimizar os baixos níveis de escolaridade até então existentes em nosso país.

Observando este novo cenário, apontamos que o papel do profissional da educação está mudando, frente à nova realidade sociológica do país. Estamos a superar os traumas sociais existentes, embora ainda não tenhamos políticas públicas que emancipem o cidadão, conforme muitas

¹ UEilizamos essa classificação social embora a julgemos plenamente ultrapassada, no entanto, para fins didáticos entendemos ser útil.

vezes afirmou o ex-presidenciável Eduardo Campos². Por outro lado, as sequelas educacionais não se resolveram meramente com a criação de quotas raciais, ou bolsas de estudo.

A Sociologia da Educação entende que é preciso alterar a forma de avaliação, de acesso à universidade, as modalidades de ensino e muitos outros processos educacionais que expressam a cultura do capitalismo em sua principal propagação da desigualdade e da concorrência desenfreada (ALMEIDA, 2015). Isto é, para um primeiro momento as opções apresentadas pelos governantes demonstram-se satisfatórias, mas a longo prazo, é necessário esboçar novas sistemáticas, capazes de efetivamente erradicar com as desigualdades ainda percebidas no ambiente escolar e universitário.

Eis o problema: a cultura exposta pelas escolas é a da segregação, começando pela forma de proporcionar educação, visto que o Estado tomou para si a responsabilidade sobre a mesma. Porém, o que possui o status de melhor e desejável é a educação particular, e não a pública (ALMEIDA, 2015).

Após concluir o ensino médio, o futuro universitário passa a ser sabatinado em vestibulares que levam em conta principalmente formulas decoradas de estudo, que além de privilegiar aqueles que tiveram acesso a uma instituição de ensino mais capacitada, enriquecem os proprietários de cursinhos às custas de familiares dos vestibulandos. É que na verdade, os vestibulares não avaliam o aluno em suas generalidades, nem levam em conta contexto social em que estão envolvidos e as demais atividades que exercem. São, na verdade, eliminatórios e excludentes no lugar de promotores de educação (ALMEIDA, 2015).

Enquanto nos Estados Unidos, por exemplo, o ingresso na Universidade leva em conta todas as notas obtidas pelo educando na escola, no Brasil as várias universidades ofertam os cursos a qualquer um que tenham conhecimentos, em sua maioria repetidos (ALMEIDA, 2015). Silva e Paulini (2007, p. 54) afirmam que “[...] a Sociologia nos adverte que os sistemas educacionais, em algumas nações, asseguram a reprodução dos padrões de desigualdade social existente” e endossamos essa ideia frente à realidade que observamos dentre educadores, educandos e universitários da República Federativa do Brasil, afinal, por muitos anos o vestibular aqui era composto apenas de questões de múltipla escolha. Até então não se pensava na capacidade vivencial, inclusiva e reflexiva do futuro universitário.

Creemos que esta realidade começa a alterar-se quando as universidades passam a adotar o Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, como critério para escolha de seus alunos (ALMEIDA, 2015). Ocorre que, na ultima prova do ENEM, em 2014, verificamos dados catastróficos, abaixo referidos:

Na edição de 2014, 529.373 candidatos tiraram a nota zero na redação do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem). Na outra ponta, 250 obtiveram a nota máxima [...] em 2014, entre os que zeraram a redação, 13.039 copiaram textos motivadores da prova; 7.824 escreveram menos de sete linhas; 4.444 não atenderam ao tipo textual solicitado; 3.362 zeraram por parte desconectada e 955 por ferirem os direitos humanos. Outras 1.508, por outros motivos. (EXAME ABRIL, 2015).

Embora a maioria dos estudantes não tenham zerado áreas de conhecimento avaliadas por questões de múltiplas escolhas, uma parcela significativa não conseguiu ordenar ideias e es-

² Como se observa em Cardoso (2013).

crever um texto simples alcançando minimamente um ponto. Ou seja, a educação a que foram submetidos não foi capaz de lhes proporcionar raciocínio e pensamento crítico na elaboração de uma dissertação.

Assim, seguimos segregados na universidade, onde os que têm condições pagam por colégios particulares, cursinhos preparatórios, e migram para universidades federais ou de grande renome. Outros, por sua vez, e a contrario sensu estudam com sacrifício e dificuldade, resignados a uma vida mais severa, mas felizmente seguindo em busca do objetivo progredir na vida com dignidade.

A educação precisa de uma ruptura com esta passividade que tem feito seus resultados refletirem na luta de classes, as quais foram expostas por Marx e endossada por tantos outros. Silva e Paulini (2007, p. 54) ao referirem-se a sociologia da educação afirmam o verdadeiro sentido da educação: “[...] *é um importante instrumento do processo de socialização nas sociedades atuais.*” Neste sentido, a Educação não pode ser geradora de segregação e exclusão, mas de crescimento e afloração do homem enquanto sujeito de direitos e cidadão.

Em uma das últimas entrevistas dadas por Eduardo Campos antes do acidente que tragou sua vida no ano de 2014, o então presidenciável e líder do Partido Socialista do Brasil - PSB, afirmou “[...] *no dia em que os filhos do pobre e do rico, do político e do cidadão, do empresário e do trabalhador estudarem na mesma escola... nesse dia o Brasil será o país que queremos.*” (VEJA ABRIL, 2015, grifo nosso).

As palavras de Eduardo são verdadeiras e devem ser perseguidas pelos novos educadores. Assim como Campos, percebemos que é preciso construir um novo Brasil, onde a educação seja a base, havendo a valorização dos profissionais que nela atuam, da extinção definitiva da separação por classes, escolas ou outros indicadores de repressão social. Essa visão é pregada pelos novos representantes do Marxismo, os quais apresentaram ideias de investir na educação como forma de propor uma revolução na educação brasileira.

Frente ao exposto, “[...] *é necessário discutir a relação entre educação como um ideal e os resultados do sistema educacional, refletir sobre as políticas governamentais atuais e as aspirações dos próprios estudantes e a questão do futuro da educação.*” (SILVA; PAULINI, 2007, p. 54).

Não é mais cabível ficarmos presos a velhos conceitos, faz-se necessário trazer novidades de inclusão e crescimento do povo brasileiro, bem como a emancipação de cada cidadão. Como não podemos de salto mudar a política adotada pelo Governo em relação à educação pública, precisamos de uma nova vivência profissional para superarmos os traumas aqui expostos e passarmos a produção de educação inclusiva na universidade.

Tal educação nunca será possível, enquanto o acesso acadêmico for exclusivista, colocando o rico e o pobre, trabalhador e empregador, eleitor e político em níveis educacionais diversos, os distribuindo não conforme suas capacidades de ensino, aprendizagem e crescimento, mas conforme sua renda (ALMEIDA, 2015).

Logo, verifica-se que:

Inclusão consiste na garantia, a todos, do acesso contínuo ao espaço comum da vida em sociedade, a qual deve estar orientada por relações de acolhimento à diversidade humana, de aceitação das diferenças individuais, de esforço coletivo na equiparação de oportunidades de desenvolvimento, com qualidade, em todas as dimensões da vida. (MAIOLA; BOOS; FISCHER, 2008).

Esqueçamos por um momento a segregação do ingresso na vida universitária e passemos a ver cada um dos alunos que adentram os corredores escolares da academia. Cada qual possui um nome, uma identidade, uma família, história, doença, trauma, e mais uma infinidade de atos que não poderíamos elencar de forma exaustiva, mas que estão unidos por uma única semelhança, a escolha do curso de graduação.

Ora, em tese, durante a escola - educação infantil, ensino fundamental e médio - existe obrigatoriedade de estudo e conteúdos programáticos obrigatórios para que as instituições trabalhem. Porém, a universidade, é individual, trata-se da escolha que cada um opta no momento do vestibular. Assim, é preciso aproveitar a grande diversidade humana, nossa principal riqueza, e fazer da sala de aula um ambiente mais democrático, tal qual a ágora grega.

A Filosofia nasceu em praça pública, na Grécia, local este denominado de ágora - um espaço de interação entre os cidadãos, sendo o primeiro espaço plenamente democrático e de reflexão radical. Nela se debatiam questões do homem, de si mesmo e do mundo. Estamos, porém, no século XXI e interação nas praças já não são possíveis, e nem tem mais a mesma função ou sentido. Surge assim, a ágora virtual, um espaço de discussão e pesquisa, troca de informações e conhecimentos (SIEGEL; TOMELIN, 2007).

A Universidade precisa, no entanto, se colocar entre a ágora tradicional (grega) e a ágora virtual. Não é mais cabível o entendimento da sala de aula como sendo um ambiente puramente autoritário em que o professor (autoridade) se sobrepõe a seus alunos (subordinados). É preciso fazer da sala de aula um ambiente pleno e realista, com a formação de conhecimentos comunitária, tendo em vista a sociedade que cerca o ambiente escolar, tirando os conteúdos de simples conhecimentos isolados e introduzindo-os no âmbito social. É preciso ajudar a formar a consciência e a personalidade do aluno através da reflexão e da dúvida que o instiga a pesquisar. Neste sentido, Cavalcante (2015) afirma que

[...] o caminho mais seguro para fazer a relação entre as disciplinas é se basear em uma situação real. Os transportes ou as condições sanitárias do bairro, por exemplo, são temas que rendem desdobramentos em várias áreas. Isso não significa carga de trabalho além da prevista no currículo. A abordagem interdisciplinar permite que conteúdos que você daria de forma convencional, seguindo o livro didático, sejam ensinados e aplicados na prática o que dá sentido ao estudo.

Assim, propomos a inclusão do acadêmico na universidade levando em conta seu histórico social. Essa é a melhor forma de se construir o ensino inclusivo. E nessa questão cabe a universidade e aos mestres apresentarem um tratamento especial para cada aluno, voltando-nos aos valiosos e inigualáveis apontamentos de Aristóteles (2013, p. 99-100), que nos ajuda a entender a forma de construção de igualdade devida:

Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais). Ademais, isso se torna mais evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um”.

Portanto, verificamos que a universidade é um grande mostruário do mundo, onde cada experiência, demonstração de vivência e crescimento são parte da formação intelectual dos dis-

centes. Cada acadêmico tem alguma dificuldade que só pode ser superada com um tratamento especial a ele dependido por parte do professor, mas valendo-se destas diferenças para explorar o melhor de cada aluno, e não meramente igualando-os. Para além, faz-se necessário apresentar aos alunos a ágora, onde cada problema, situação e aprendizagem precisam ser debatidos pelo grupo para formar aprendizagem e dotar os universitários de cidadania.

De acordo com o Doutor Bedin (2013, p. 9), “[...] *não há nada mais vivo que o passado, seus pressupostos, seus desdobramentos, suas experiências e suas crises*”, e tanto é verdade que reapresentando a ideia de igualdade tomada do filósofo grego Aristóteles, o grande jurista brasileiro Barbosa (2011, p. 33) assegurou:

[...] a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade [...] tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

A única forma, salientamos, de propor uma educação inclusiva na universidade é iniciar com processos seletivos, que se utilizem das desigualdades -econômicas, filosóficas, ideológicas- de cada indivíduo, alocando-os onde melhor sejam explorados seus “pontos fortes”. Assim, a universidade precisa incentivar aqueles que já escolheram a mesma graduação, a construírem o saber juntos, unindo as divergências que se apresentam entre cada pessoa. Esse caminho só é possível na Universidade, que deve, como o nome diz, formar um conhecimento universal e coletivo (ORIGEM DA PALAVRA, 2015). Não é mais suficiente formar mentes, é preciso criá-las.

Concluimos que educação inclusiva é um conceito mais abrangente do que até então apontado em outros estudos. É preciso ampliá-lo para reconstruir a igualdade, sendo os meios educacionais os mais eficientes na erradicação das desigualdades.

3 CONCLUSÃO

Observando a sociedade como um todo, facilmente percebemos como ainda carregamos uma forte cultura excludente, que não é coerente com a prática e a garantia dos direitos sociais, que como apontamos é amplamente amparada pelo princípio da igualdade. Enquanto nação, somos bastante jovens na descoberta de nossos direitos e deveres, o que nos faz necessitar de um grande amadurecimento na diminuição de fatores excludentes.

A educação é comprovadamente, a melhor maneira de extirpar com toda forma de desigualdade. Porém, ainda que estejam ocorrendo medidas que busquem ampliar a rede de ensino - infantil, médio e superior, estas não estão sendo suficientes. Percebemos que os estudantes saem da escola e da universidade com conhecimentos isolados, mas não prontos para aplicá-los na vida em sociedade.

Quanto mais se prolongam os atos de exclusão, em especial no meio escolar, por mais anos conviveremos com esta realidade na sociedade, afinal os estudantes serão os futuros profissionais e chefes de famílias. Para que haja uma mudança fática, efetiva e expressiva, é imprescindível investir na educação.

A educação é a base de formação de todo ser humano, e estará “presa” ao indivíduo para sempre. Se o mesmo aprender a conviver, estudar e trabalhar respeitando as diferenças e limites do outro, assim será no restante de sua vida, e certamente repassará estes ensinamentos às próximas gerações.

Da mesma maneira que nossas atitudes atuais são heranças de um passado não tão distante, também as de nossos filhos e netos serão. Quanto “menos tarde” ocorrerem estas mudanças, previamente teremos uma nação mais igualitária.

THE RIGHT SOCIAL EDUCATION AS SYNONYMOUS WITH SOCIAL EXCLUSION

ABSTRACT

The present research work is about the demonstration of social inequality and exclusion, especially in the educational institutes of higher education. We studied education as one of social rights and its position in the Brazilian Legislation. Here is the evolution of inequality in society, in schools and universities, bringing a new concept of inclusion. It was proposed that the education be effectively used in favor the eradication of inequalities in academics centers, in order to be reflected these effects for society as a whole. Are suggest new formats in the inclusion of students in the academic community, assessing of the differences to promote them and does not segregate them. We think, though, the between lines issues of public policy for the realization of the right to education.

Keywords: Education. Exclusion. Social Law.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ana. *A construção sociológica da educação como objeto de estudo: o caso das análises sobre o poder*. Disponível em: <<http://www.bvshistoria.coc.fiocruz.br/lildbi/docsonline/get.php?id=149>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BARBOSA, Rui. *Discursos*. Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa, t. 2, v. 48, 2011.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A Idade Média e o nascimento do Estado Moderno: aspectos históricos e teóricos*. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. *A educação brasileira e o direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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: 25 maio 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Daiene. Em inserção com Marina, Campos diz que “é hora de reunir as boas pessoas”. *Estadão Político*, São Paulo, 10 out. 2013. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-insercao-com-marina-campos-diz-que-e-hora-de-reunir-as-boas-pessoas,1084302>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

CAVALCANTE, Meire. *Interdisciplinaridade: um avanço na educação*. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/formacao/interdisciplinaridade-avanco-educacao-426153.shtml>>. Acesso em: 07 fev. 2015.

CEZNE, Andrea Nárriman. *O direito à educação superior na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental*. Santa Maria: UFSM, 2006. Disponível em: <<http://coralx.ufsm.br/revce/revce/2006/01/a8.htm>>. Acesso em: 25 maio 2015.

DIAS, Reinaldo. *Introdução à Sociologia*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004.

ESCOLA SECUNDÁRIA DE ALBERTO SAMPAIO. *O conceito sociológico de cultura*. Disponível em: <http://www.esas.pt/dfa/sociologia/conceito_cultura.html>. Acesso em: 03 fev. 2015.

EXAME ABRIL. *Mais de 500 mil estudantes zeraram na redação do Enem*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/mais-de-500-mil-estudantes-zeraram-na-redacao-do-enem>>. Acesso em: 23 maio 2015.

KAZ, Leonel. De Vargas a Eduardo Campos: a educação pública de qualidade. *Veja*, 17 ago. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/leonel-kaz/sem-categoria/de-vargas-a-eduardo-campos-a-educacao-publica-de-qualidade/>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADERS, Angelita Maria; ARGERICH, Eloisa Nair de Andrade; LUCAS, Ana Paula Schneider Lucion de. *Apontamentos de direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Ijuí: Ed. Unijuí, 2009.

MAIOLA, Carolina dos Santos; BOOS, Fabiana; FISCHER, Julianne. Inclusão na Universidade sob a ótica dos acadêmicos com necessidades especiais: possibilidades e desafios. *Ponto de Vista*, Florianópolis, n. 10, p. 79-93, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/pointodevista/article/view/20448/18673>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O direito à Educação. In: OLIVEIRA, R. P.; ADRIÃO, T. (Org.). *Gestão, financiamento e direito à educação: análise da LDB e da Constituição Federal*. São Paulo: Xamã, 2001.

ORIGEM DA PALAVRA. *Universidade*. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/universidade/>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

R7.COM. 70% dos “filhos” da classe C estudam mais do que os pais. 2011. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/educacao/noticias/70-dos-filhos-da-classe-c-estudam-mais-do-que-os-pais-20120111.html>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

RICCI, Rudá. *O Maior Fenômeno Sociológico do Brasil: a nova classe média*. Disponível em: <<http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/209-nova-classe-media>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

ROY, Pierre Toussaint. Um direito inalienável, universal e integral. In: Campanha Nacional pelo Direito à Educação. *A educação na América Latina: direito em risco*. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SIEGEL, Norberto; TOMELIN, Janes Fidélis. *Filosofia Geral e da Educação*. Indaial: Ed. Uniasselvi, 2007.

SIGNIFICADOS. *Significado de educação*. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/educacao/>>. Acesso em: 29 maio 2015.

SILVA, Enio Waldir da. *Sociologia Jurídica*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

SILVA, Everaldo da; PAULINI, Iramar Ricardo. *Sociologia Geral e da Educação*. Indaial: Ed. Uniaselvi, 2007.

SOUZA, Alfredo de. *Algumas reflexões sobre a democratização do Ensino Superior*. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1224252329C4tMO9db0Fk97UZ9.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2015.

DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUA EFETIVIDADE E LIMITAÇÕES

Sônia Maria Cardozo dos Santos*

RESUMO

Direitos fundamentais são aqueles positivados pelas Constituições de cada Estado. São classificados de forma variada por diversos autores: alguns os categorizam em direitos civis, políticos e sociais. A educação é um direito humano social fundamental previsto na Constituição, mas nem sempre efetivado. Por isso, perquire-se sobre alguns obstáculos existentes para a efetivação do direito à educação e se essas limitações poderiam ser superadas. Assim, verifica-se que a classificação em gerações ou em dimensões tem sido adotada como argumento para justificar algumas limitações à efetivação dos direitos sociais, colocando-os em uma condição de inferioridade em comparação aos direitos civis e políticos. Este tipo de argumento não pode ser aceito, em razão do Princípio da Indivisibilidade, segundo o qual os direitos fundamentais formam um todo único e indivisível, sendo coerente que se realizem conjuntamente e não em uma escala hierárquica. Algumas outras questões relacionadas à inefetividade dos direitos sociais, neles incluído o direito à educação, portanto, são: a discussão em torno do controle judicial das políticas públicas do Poder Executivo e a alegação da reserva do possível frequentemente lançados como óbices à efetivação desses direitos, inclusive o direito à educação, a contrariar os ditames da Constituição. Palavras-chave: Direito fundamental social. Direito à educação. Efetividade.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sociais resultam de longa evolução histórica e buscam garantir aos indivíduos as condições necessárias, sendo imprescindíveis para a existência de uma vida humana digna. Alguns exemplos de direitos considerados sociais são a saúde, a educação, a moradia, o trabalho, a assistência social. Cada Estado deveria centrar-se na efetivação dos direitos fundamentais, pois, além da sua positivação em cada Constituição, hão de tornar-se concretizados e efetivos.

A educação é um direito fundamental social e faz parte de uma das suas dimensões. Os autores classificam prioritariamente os direitos fundamentais em dimensões, ao invés de gerações de direitos. Isso ocorre, porque uma dimensão não exclui a outra. Os direitos de primeira dimensão são aqueles de cunho negativo, ou seja, é o dever do Estado de não fazer. O Estado não deve atentar contra a vida, a liberdade, a propriedade, nem contra a igualdade perante a lei, etc. Já os direitos de segunda dimensão têm um cunho positivo, pois há o dever do Estado de fazer algo para garantir o direito. Caracterizam-se como atuações estatais positivas, ou seja, ocorrem direitos a prestações sociais do Estado, como educação, moradia, assistência social, saúde, trabalho, dentre outras. Os direitos de terceira dimensão são denominados de fraternidade ou de solidariedade e destinam-se a proteger grupos humanos (família, nação). Há unanimidade quanto à primeira

* Especialista em Direito Público e Novos Direitos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Controle da Gestão Pública pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; soniaestudos@gmail.com

e segunda dimensão, ocorrendo algumas variações quanto às demais (terceira, quarta e quinta dimensão).

Neste artigo, por meio da aplicação do método dedutivo, buscou-se compreender a efetividade do direito fundamental à educação e sua problemática, em especial, quanto às limitações encontradas em razão de sua natureza de direito social. Preceitua-se que educação é um dever do Estado, da família e da sociedade. É um direito de todas as pessoas conforme dispõe a Carta Magna, porém nem sempre é concretizado. A importância reconhecida da educação nem sempre condiz com a sua efetivação. Diante disso, verificou-se a necessidade de averiguar algumas das limitações existentes para a concretização do direito fundamental social à educação.

2 DIREITO À EDUCAÇÃO - PROBLEMATIZAÇÃO

O direito à educação está vinculado à liberdade. Uma pessoa que não dispõe de conhecimentos adequados não terá condições de exercer a sua liberdade. Por isso, a educação é imprescindível para a realização da cidadania. Fazer escolhas adequadas, pressupõe a existência de prévio acesso à educação. A escolha de uma profissão para a qual tenha vocação, escolhas pessoais na vida, quanto à sua saúde, família, e de importância ainda maior por afetar a vida de muitos indivíduos, o direito à escolha de um candidato, de um projeto para o país. Tudo isso está vinculado ao direito à educação.

A democracia está ligada à educação e vice-versa. A educação precisa ser democrática e respeitar os anseios dos educandos. Os alunos são sujeitos da educação e não seu objeto, por isso têm o direito de opinar sobre os conteúdos e os métodos utilizados nas escolas. Não só os professores, mas também os alunos, os pais e a sociedade têm o direito de participar e também o dever de contribuir para que ocorra uma melhor qualidade da educação.

Assim, o entrelaçamento entre educação e democracia conduz à ideia de que não só a educação no seu processo deve valer-se da democracia, mas também a democracia precisa ser continuamente exercida e incentivada por meio da educação. Então a educação colabora para o desenvolvimento das capacidades individuais, bem como na melhoria de sua qualidade de vida, como também contribui para o exercício da democracia (ALVAREZ, 2010).

Apesar de todas as funções exercidas pela educação na vida das pessoas por meio da liberdade e da igualdade, bem como da sua colaboração para o exercício dos direitos políticos e direitos transindividuais, ainda existem óbices para a sua efetividade. O fato de ser um direito social que exige atuações positivas do Estado¹ traz algumas dificuldades para a efetivação da garantia à educação.

A classificação dos direitos em gerações ou dimensões colocou, em certas situações, os direitos sociais e conseqüentemente a educação (segunda geração de direitos) em tratamento de inferioridade. Assim, os direitos sociais e a esfera educacional, em comparação aos direitos civis e políticos, têm mostrado maior fragilidade para sua efetivação.

¹ Para Meirelles (1995, p. 56), o Estado é constituído de três elementos originários e indissociáveis: Povo, Território e Governo soberano. Assim quando se utilizar o termo Estado é geralmente em sentido amplo e não como referência a estado membro da Federação.

Há uma diversidade de limitações diante do direito à educação. Na busca de uma resposta a esta ampla questão, serão abordados inicialmente os direitos fundamentais e posteriormente os direitos fundamentais sociais, bem como o direito a prestações estatais positivas.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são entendidos como aqueles positivados na Constituição de cada Estado, porém há que se asseverar que eles são frutos de uma construção histórica, tendo existência anterior ao constitucionalismo.

Sarlet (2012, p. 29) entende não haver sinonímia entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, apesar de muitos os utilizarem como tal. Os direitos fundamentais referem-se aos direitos do ser humano que são inseridos nas Constituições. Assim, são aqueles contemplados na Carta Constitucional de cada Estado, estabelecendo os direitos de seus cidadãos naquele local, em dado momento histórico.

São direitos fundamentais, os direitos e as garantias constantes na Constituição, mas que, além disso, gozam de maior grau de segurança tanto para sua efetivação, quanto na sua imutabilidade. Além disso, não é possível que sua alteração seja realizada ou, ao menos, caso possível, que se revista de um procedimento mais rigoroso de alteração, exigindo-se uma emenda constitucional (BONAVIDES, 1996, p. 515).

São tidos como fundamentais, os direitos inerentes à pessoa humana. Assim considerados, pois possuem os atributos da universalidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade e da inalienabilidade, sendo resultado de uma lenta evolução histórica (GARCIA, 2008, p. 2).

Os direitos fundamentais têm cunho histórico, apresentando-se como a essência para uma vida digna para o ser humano. Eles variam historicamente e geograficamente, porém o seu núcleo aplica-se a todas as pessoas e são considerados, por muitos, como universais. Ocorrem diversas variações na classificação dos direitos fundamentais, conforme os autores que as elaboram. Por outro lado, a histórica classificação em direitos civis, políticos e sociais é bem conhecida e a divisão dos direitos sociais será objeto da próxima abordagem.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos sociais são considerados direitos fundamentais. Baseando-se no lema liberdade, igualdade e liberdade da Revolução Francesa, os direitos fundamentais foram classificados como civis, políticos e sociais. Os civis, dentre outros, estão ligados à liberdade e à vida. Os políticos, ao direito de votar e participar da sociedade democrática. Os direitos sociais estão vinculados ao direito à saúde, à educação, ao trabalho digno, à previdência, dentre outros.

A maior parte dos autores que trata dessa matéria faz uma classificação dos direitos fundamentais em dimensões ou gerações. Sarlet (2012, p. 46-52) considera a primeira dimensão ligada aos direitos de cunho individualista que impõem uma abstenção por parte do Estado. Exemplifica-se com a liberdade de expressão e de associação. Na segunda dimensão, são elencados os direitos que exigem prestações sociais estatais como o direito à educação, à saúde, à assistência social, ao trabalho, dentre outros. Já a terceira dimensão refere-se ao direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente protegido, à qualidade de vida, etc. Essa classificação sofre algumas variações, pois alguns autores incluem uma quarta e quinta dimensão. Bobbio (2004, p. 14) afirma

que as declarações de direitos têm diferenciado os direitos individuais tradicionais como liberdades e os direitos sociais, que consistem em poderes.

Os direitos sociais têm grande importância para os demais direitos dos cidadãos de cada Estado, pois não são estanques. A cidadania compreende os direitos civis e políticos, mas também inclui os sociais. Não é possível exercer a verdadeira cidadania sem as mínimas condições econômicas e sociais. A realização da cidadania somente se faz quando igualdade e liberdade estão em consonância. Assim os direitos sociais são necessários para a realização da liberdade (SCHWARZ, 2011, p. 117).

2.3 DIREITO A PRESTAÇÕES ESTATAIS POSITIVAS

Os direitos fundamentais de defesa, aqueles em que se exige uma abstenção do Estado, são considerados diretamente aplicáveis sem outros óbices. Tal não acontece com os direitos fundamentais a prestações, caso dos direitos sociais como educação, saúde, moradia, dentre outros. Quanto a estes, há necessidade de uma prestação estatal positiva, implementando políticas públicas que os garantam.

Diante do problema da eficácia dos direitos fundamentais, não se pode desconhecer sua função substancial (direito de defesa ou prestacional), que se encontra positivada no texto constitucional. E os dois aspectos são fatores essencialmente ligados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 260).

Constata-se a prevalência, nos direitos de defesa, da natureza negativa. Os direitos sociais têm dimensão positiva, mas isso não elimina a sua face negativa. Ocorre uma reciprocidade entre os grupos de direitos fundamentais compreendidos pelos direitos políticos e direitos sociais, inclusive no que tange ao objeto (SARLET, 2012, p. 283).

O direito que exige uma ação positiva, ou seja, uma ação do Estado, é um direito a uma prestação segundo Alexy (2012, p. 442). O conceito de direitos a prestações é o contrário do conceito de direito de defesa, no qual se inserem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal. Alexy (2012, p. 499) diferencia direitos a prestações em sentido amplo e em sentido estrito. Para ele, estes últimos correspondem aos direitos fundamentais sociais.

Pode-se ter um conceito mais amplo de prestações estatais positivas incluindo também os direitos com status negativos. Assim, a segurança pública precisa de investimentos e tem variados custos com veículos, equipamentos, armas, vencimentos dos servidores públicos que atuam na área, dentre outros. Já a garantia do direito ao voto exige no processo das eleições e até fora dele com uma estrutura física, pessoal, equipamentos, etc. Mesmo sendo garantidores da liberdade e da democracia, considerados de status negativo, representam custos para o Estado.

No tangente aos direitos fundamentais a prestações, Sarlet (2012, p. 281) afirma que são, sem sombra de dúvida, autênticos direitos fundamentais. São, diante disso, um direito imediatamente aplicável, conforme está disposto na Constituição de nosso país, no art. 5º, § 1º.

É complexo, portanto, o tema referente aos direitos a prestações por envolver a questão distributiva. Por isso há opiniões acirradas a seu respeito, a favor ou contra. Os administradores públicos, os tribunais, o poder econômico, social e político, a população, todos estão direta ou indiretamente interligados aos direitos a prestações e sua efetividade em cada momento histórico de cada Estado.

Dessa forma, os direitos a prestações abrangem polêmicas não adstritas apenas aos próprios direitos, mas envolvem uma grande divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição, bem como dos direitos fundamentais. Demais como isso é sentido pela situação da sociedade hodierna. Estas opiniões controversas são ainda aprofundadas diante de concepções fundamentais diversas. E, ainda, por questão de obscuridades conceituais e dogmáticas fundamentais, por terminologias divergentes que geram reiteradas críticas (ALEXY, 2012, p. 441).

Dessa forma há muito para se verificar quanto aos direitos a prestações, pois é assim que se apresentam os direitos fundamentais sociais, necessitando de prestações positivas do Estado para sua concretização.

3 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS SOCIAIS

O que se busca é a plena realização dos direitos do homem em todas as suas dimensões. Porém, diante de recursos limitados e de Estados nem sempre dispostos a garantir recursos para sua concretização, questiona-se se o seu caráter é absoluto ou não.

Para Bobbio (2012, p. 12, 24), os direitos do homem raramente são considerados absolutos. Ao tratar do fundamento dos direitos do homem, o conteúdo dos direitos humanos que, para alguns parece ser simples, na realidade, mostra-se bastante complicado, pois pouquíssimos direitos humanos são absolutos. Bobbio (2012, p. 24) cita como direitos absolutos a proibição da escravidão e da tortura. Já a maioria dos direitos são prescritos em um pequeno parágrafo enunciando o direito e, um outro parágrafo, bem maior, trazendo as exceções.

No decorrer da história, muitos direitos considerados absolutos deixaram de sê-los. Existem também variações quanto aos direitos nos mais diversos Estados. Por exemplo, na esfera penal, espécies de penas que aviltavam a dignidade da pessoa foram gradativamente suprimidas ou substituídas por outras menos rigorosas. Certos Estados aboliram a pena de morte há muito tempo, porém outros ainda a mantêm em seu ordenamento jurídico, apesar de contribuir para a coisificação da vida humana. Isso afronta claramente os direitos e a dignidade humana.

Atualmente não há fundamento que possa ser considerado absoluto. Contra a ilusão de que um fundamento seria absoluto, apresentam-se quatro dificuldades. A primeira é que a denominação direitos do homem seria imprecisa. Em segundo lugar, variam historicamente e conforme a cultura, os direitos do homem. O que em um determinado tempo foi considerado absoluto, como o direito à propriedade, posteriormente foi relativizado. Hodiernamente não há como se aceitar que os direitos humanos sejam absolutos. O terceiro afirma que os direitos do homem são heterogêneos. Há uma diversidade de pretensões de direitos, bem como de razões correspondentes. Ainda pode ocorrer uma antinomia (conflito) entre os próprios direitos fundamentais que precisarão ser analisados, priorizando este ou aquele direito, diante do caso concreto. O mesmo pode ocorrer ao se introduzir novos direitos (BOBBIO, 2004, p. 13-15). Existem muitos óbices à consideração de que os direitos fundamentais sejam absolutos, por isso há que se considerar que em sua grande maioria não o são.

Ocorrem limites diante dos direitos fundamentais de forma geral, porém, quanto aos direitos fundamentais sociais, existem limitações ainda maiores. Segundo diversos autores, uma

delas é a forma como se interpreta a classificação geracional ou por dimensões dos direitos fundamentais.

Em muitos casos, ocorrem diferenciações entre a efetivação de direitos civis e políticos diante dos direitos sociais. Há diversos argumentos, combatidos com razoáveis raciocínios, que tratam dessa questão, segundo muitos autores.

A utilização das “gerações” de direitos colocada em escala crescente, ou seja, considerando-se os direitos sociais como surgidos após os direitos civis e políticos, tem ocasionado problemas quanto a sua efetividade. Essa atitude desconsidera todas as reivindicações ocorridas anteriormente e que fazem parte da história dos direitos sociais.

Schwarz (2011, p. 90) entende que se trata de uma falácia a não efetivação dos direitos sociais por considerá-los como não prioritários por serem de segunda geração, segunda ordem ou de segunda mão. A isso se contrapõe que os direitos sociais não se destinam apenas a compensar a desigualdade, mas correspondem a núcleos que garantem o bem comum e, por meio deles, poderá garantir a liberdade, o avanço intelectual e a preservação da sociedade humana. O mesmo autor menciona a ocorrência de uma segunda falácia quando se diz que só uma economia forte e com muitos recursos públicos poderia realizar os direitos fundamentais sociais. Isso não procede, porque a destinação dos recursos públicos deve ser feita em correspondência com o grau de desenvolvimento, ou seja, o tamanho de cada economia, privilegiando as reais necessidades da sociedade. A terceira falácia relaciona-se diretamente à reserva do possível. Não se pode negar que, para a efetivação dos direitos fundamentais, há necessidade de recursos públicos. Porém a reserva do possível não é uma espécie normativa, nem um princípio.

Não se pode tratar os direitos sociais como menores, de segunda mão, pois há uma mesma valoração e uma interação entre os direitos fundamentais: sociais, civis e políticos. Um depende do outro para sua realização. A efetivação dos direitos fundamentais ocorre com a efetivação dos direitos sociais, dos direitos civis e políticos e da participação popular.² A harmonia entre estes três elementos forma a cidadania, cidadania plena. É inaceitável a fome de muitas pessoas e as desigualdades aviltantes produzidas pelo modelo econômico atual em muitos Estados. Há que se buscar formas para que a cidadania deixe de ser formal e passe a ser real, com os direitos sociais, civis e políticos garantidos e concretamente efetivados.

Assim, os direitos fundamentais sociais devem ser assegurados, independentemente de classificações quanto a eles efetuadas. Estas categorizações, ao invés de serem restritivas de direitos, deveriam ser assecuratórias de direitos. O direito à educação tem uma contribuição imensurável para o desenvolvimento do ser humano e dos Estados. Diante disso, questiona-se se a educação é um direito fundamental.

3.1 EXISTE UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO?

A educação é um instrumento para que o indivíduo possa realizar-se plenamente. Ela contribui para a inclusão social das pessoas, reduz desigualdades econômicas, sociais, políticas (maior discernimento e acesso aos bens públicos). Assim contribui para a diminuição da pobreza.

² A participação popular não pode ser entendida somente como votar e ser votado, mas sim participar das decisões do governo.

Além disso, a educação tem feito parte da história dos seres humanos há muito tempo. Realizada em casa pela família, ou por tutores, ou por meio de filósofos que tinham os seus discípulos (como exemplo, tem-se Platão, discípulo de Sócrates, na Grécia) ou mais modernamente na escola. Grandes pensadores valorizaram a educação: Francis Bacon, John Locke, Rousseau, dentre outros.

O termo educação tem sua procedência no latim *educatio*, *educationis*, que se refere à ação de criar, de produzir uma estrutura cultural. Educação não é um confete, um adorno, um pasatempo ou uma atividade que traga vaidade, ao contrário, tem papel essencial que possibilita o pleno desenvolvimento da personalidade humana e é requisito indispensável para a concretização da cidadania (GARCIA, 2008, p. 1).

O direito à educação foi classificado como direito social, conforme a doutrina e também em função dos pactos realizados após a chamada Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,³ Declaração da ONU - Organização das Nações Unidas. Posteriormente foi modificada pelos diversos pactos sobre o tema. Esses ajustes foram responsáveis por dividir o direito em duas distintas categorias: direitos sociais, econômicos e culturais e, por outro lado, direitos civis e políticos.

A educação constou de forma expressa pela primeira vez no Brasil na Constituição de 1934, no seu Título V, Capítulo II, cujo art. 149 reconhecia a educação como direito de todos. O direito fundamental à educação encontra-se previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) no seu artigo 6º e é um direito fundamental social. A CRFB/1988 possui uma seção exclusiva a qual trata da educação, a Seção I, Da Educação, no Capítulo III, dentro do Título VIII, Da Ordem Social, nos artigos 205 a 214. Na CRFB/1988 consta, no seu artigo 6º, que “[...] 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.”

Apesar da previsão constitucional, o direito à educação não tem sido devidamente concretizado. Diante disso surgem algumas questões sobre o caráter absoluto ou não de um direito fundamental, se a consideração de “gerações” de direitos ou mesmo a qualidade desse direito como prestações estatais positivas seriam um óbice à efetividade do direito à educação.

A educação, tida como um direito social, é imprescindível à salvaguarda do direito: a liberdade. Para Garcia (2008, p. 9), os direitos de primeira geração e de segunda geração coexistem de forma harmônica e indissociável.

Portanto o direito à educação é um autêntico direito fundamental social conforme previsão constitucional e construção doutrinária. A sua eficácia está garantida pela Constituição, por isso a sua efetividade merece mais investimentos e ações do Poder Público. Assim a procura de uma maior efetividade dos direitos nas mais diferentes situações e locais tem levado muitos filósofos e juristas a contribuir com seus estudos em busca de respostas para a maior efetivação dos direitos fundamentais, inclusive quanto ao direito à educação.

³ Existem outras Declarações de Direitos Humanos que também se apresentam como universais: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; as Declarações do Islã e dos Povos da África, de 1981, a Carta Árabe de Direitos Humanos, de 1994 e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (BAEZ; MOZETIK, 2013, p. 18-19).

3.2 O DIREITO À EDUCAÇÃO É DOTADO DE FUNDAMENTALIDADE E EXIGIBILIDADE?

Uma das questões que se propõe é se o direito à educação possui fundamentabilidade e exigibilidade. Questiona-se se seria um dever do Estado prestá-lo à coletividade fundamentada na Carta Constitucional, independente do legislador.

Tratando-se de se averiguar a eficácia de uma norma, é importante a análise dos artigos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para dela abstrair esta informação e assim constatar o que está definido para o direito à educação. Busca-se verificar o que possui eficácia imediata, podendo desde logo ser efetivado, sem que seja necessária alguma legislação pertinente.

A verificação da eficácia do direito social à educação está interligada com a confiança na fundamentabilidade dos diversos preceitos e conjunto de normas que constituem o núcleo essencial do direito à educação. Os quatro primeiros dispositivos do Capítulo III da ordem social (art. 205 a 208) são considerados parte da essência do direito fundamental à educação, comungando da sua fundamentabilidade material e formal. Os outros artigos são de cunho organizacional e procedimental, da mesma forma que as demais normas constitucionais, ou seja, com status jurídico-positivo idêntico como qualquer outra norma constitucional. O fato de uma norma constar no capítulo da ordem social e estar vinculado a certo direito fundamental social não significa que é dotada da fundamentabilidade formal e material deste (SARLET, 2012, p. 339).

A CRFB/1988 estatui a igualdade de condições quanto ao acesso à escola no artigo 206, inciso I. São diretamente aplicáveis, sem que seja preciso ocorrer a intervenção do legislador, o artigo 206, inciso II, o qual trata da liberdade de ensino. Além do artigo 206, inciso IV, referente à gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais (SARLET, 2012, p. 339-340). Então o direito à educação foi um dos direitos sociais reconhecido expressamente na CRFB/1988 (SARLET, 2012, p. 338).

Já o artigo 208 da CRFB/1988 introduziu certos mecanismos e diretrizes estabelecendo o dever do Estado com a educação. Garantiu o ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

Percebe-se, portanto, que o direito fundamental à educação tem diversos mecanismos incluídos pela CRFB/1988. Destaca-se que ocorreu o reconhecimento da educação como direito público subjetivo no seu artigo 208, § 1º. Além disso, o legislador constitucional fez a indicação e garantia de verbas para garantir a efetividade desse direito.

Embora o direito à educação esteja previsto constitucionalmente de forma expressa e minuciosa, bem como possui diversos mecanismos garantidores da sua defesa, ainda assim ocorrem obstáculos para a efetividade deste importante direito. Abordar-se-ão a seguir alguns obstáculos que têm comprometido e dificultado a efetividade do direito fundamental social à educação.

3.3 OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS APLICÁVEIS AO FENÔMENO EDUCACIONAL

São diversos os obstáculos que restringem a plena efetividade do direito à educação. Um deles é a possibilidade ou não do controle do Poder Executivo efetuado pelos tribunais, referentes aos direitos fundamentais, em especial à educação. O outro obstáculo é a tão rebatida e repetida

alegação de falta de recursos públicos com a defesa em muitos casos da reserva do possível. E, em contraposição, a defesa do mínimo existencial.

Verificou-se que a classificação dos direitos fundamentais em gerações ou em dimensões, às vezes, tem servido para limitar a efetivação dos direitos sociais, colocando-os em uma condição valorativa abaixo dos direitos civis e políticos. A classificação da educação como segunda geração, por ser direito social, não pode servir de motivo para sua menor efetividade frente aos direitos civis e políticos, diante do fato de que existe interação entre esses direitos. Os direitos fundamentais civis, políticos e sociais formam um todo indivisível. Por isso é coerente e desejável que sua realização ocorra simultaneamente.

A situação referente a ser ou não absoluto um direito já foi analisada em item anterior, verificando-se que raramente ocorrem direitos absolutos. Porém há que se verificar se esta constatação não seria utilizada em alguns momentos para deixar de efetivar direitos, em especial o direito à educação.

Tratando do primeiro obstáculo mencionado no início deste item, tem-se que o posicionamento quanto ao controle do Poder Judiciário aos atos do Poder Executivo não é unânime. Para justificar isso, são elencados alguns argumentos. Pergunta-se se os tribunais, ao julgar questões específicas a direitos fundamentais sociais à educação, estariam ferindo a competência orçamentária dos administradores públicos. Isso traz à discussão a competência e a harmonia dos três poderes em um Estado Democrático de Direito.

Sobre essa questão da competência dos tribunais, Alexy (2012, p. 447-450) afirma que efetivamente ocorre colisão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais, tendo em vista as competências próprias do legislador, com legitimação democrática direta e responsabilidade. O legislador poderá em futuras votações não ser reeleito. Por outro lado, o tribunal constitucional é somente indiretamente legitimado democraticamente e apresenta-se como não destituível por meio de eleições. O renomado autor afirma que se faz necessário constatar se os direitos a prestações são ou não, do prisma do direito constitucional, suficientemente importantes para que a decisão sobre eles não deva ser do legislador.

Assim, o Poder Judiciário, diante de casos concretos, efetua a interpretação jurisdicional para fornecer uma decisão para o conflito. Para isso está legitimado a utilizar os princípios constitucionais, buscando a concretização das políticas públicas, principalmente no que se refere à educação.

Alexy (2012, p. 512) propõe ideias-guias por meio do estabelecimento de pesos para os direitos fundamentais. Para ele, essa é uma questão de sopesamento de princípios. O modelo por ele estabelecido não determina quais são os direitos fundamentais sociais definitivos que cada pessoa tem, porém especifica que este indivíduo tem direito a alguns deles e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo. Isso é estabelecido para cada um dos direitos fundamentais sociais.

Compreende-se, então, que os tribunais devem controlar com razoabilidade a atuação dos poderes públicos quanto aos direitos fundamentais, respeitando a divisão dos poderes. As garantias políticas para os direitos sociais estão vinculadas ao mínimo existencial e ao princípio da proibição da regressividade (SCHWARZ, 2011, p. 96).

A Constituição de cada Estado impõe a vinculação de diversos agentes aos direitos fundamentais. São vinculados aos direitos fundamentais o legislador, os órgãos administrativos (Poder Executivo), juízes e tribunais e até os particulares. Portanto, os tribunais têm o dever de interpretar e aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como preencher

lacunas, porventura existentes, de acordo com as normas de direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 381).

Evidencia-se, ainda, a ocorrência da prevalência do entendimento de que os tribunais podem e devem controlar do ponto de vista da efetividade dos direitos fundamentais, porém isso ocorre seguindo alguns limites, dentre eles, a reserva do possível. Admissível em alguns casos e em outros não, bem como aceito por uns e criticado por outros.

O segundo obstáculo em análise é a reserva do possível a qual tem sido um limite à concretização do direito à educação, tendo-se em vista que este e os demais direitos fundamentais sociais demandam grandes custos financeiros. Muitas vezes, invoca-se a reserva do possível diante da existência de recursos e priorização de outras áreas. Por isso, não é suficiente a mera alegação de inexistência de recursos, mas há necessidade de sua devida comprovação. E, em vários casos, há necessidade de que ocorra o controle jurisdicional diante do Poder Executivo.

Um exemplo disso é o que ocorre em grande parte de municípios onde há uma visível preferência em investir em obras que aparecem: ruas, prédios, pontes, viadutos, em detrimento de investimentos na área social. Essa escolha impede que os direitos sociais sejam efetivados, principalmente quanto ao acesso à educação, à saúde, à cultura e ao trabalho. Posteriormente os resultados são sentidos no aumento da criminalidade juvenil, na gravidez de adolescentes, em uma educação que não contribui para o desenvolvimento pessoal e do país, bem como no aumento do gasto na saúde pública. Portanto a priorização inadequada dos recursos gera inúmeros problemas que demandarão ainda mais recursos na sua resolução. Assim um círculo vicioso continua a ser alimentado até que algum dia as ações e investimentos adequados sejam realizados.

O gestor público, quanto ao ensino público fundamental gratuito, não terá êxito na alegação de falta de recursos públicos (reserva do possível) por tratar-se de direito subjetivo. (SARLET, 2012, p. 341). O direito subjetivo existente a prestações quanto ao direito à educação, em especial referindo-se ao ensino fundamental, situa-se na esfera da garantia do mínimo existencial, pois abarca uma dimensão sociocultural e não se limita a um mínimo vital. Essa concepção tem sido a adotada pela doutrina e jurisprudência, inclusive do STF, ao examinar e julgar o cabimento de direito subjetivo de acesso à educação infantil em creches mantidas pelo poder público. Ao contrário do ensino fundamental, o ensino médio e superior foi previsto sem consagrar o direito subjetivo a uma vaga. Na CRFB/1988, no art. 208, II, está prevista uma progressiva universalização do ensino médio gratuito, ligado ao desenvolvimento da personalidade e garantia da autonomia (SARLET, 2012, p. 343-344) e do ensino superior.

Alexy (2012, p. 502) faz uma classificação dos direitos em ideias-guias categorizando-os de 1 (um) a 8 (oito), tendo a máxima importância os do grupo 1 (um). A maior proteção pertence às normas vinculantes que conferem direitos subjetivos definitivos à prestação. Como exemplo de direito subjetivo definitivo vinculante com a máxima proteção tem-se o direito do mínimo existencial. A efetivação ou a obstacularização à concretização do direito à educação depende de qual concepção se tem do mínimo existencial. Reduzindo-se a uma linguagem muito simplista, ao se considerar suficiente que o ser humano apenas alimente-se e esteja vivo, encontra-se diante de uma concepção minimalista dos direitos fundamentais. Seriam os chamados “direitos mínimos” e “‘pequenos’ direitos sociais”. Ao contrário, caso se está diante de uma concepção maximalista dos direitos fundamentais, a educação é incluída no mínimo existencial. Assim, cada ser humano

necessita obrigatoriamente de acesso ao ensino e permanência nele, para que tenha condições de ter respeitada a sua dignidade humana.

Já a ausência ou o incompleto acesso à educação impede o exercício à liberdade. Para realizar opções de fazer ou não fazer, há que se ter o necessário discernimento. De nada adianta existir uma suposta liberdade, se de fato o ser humano não tem condições de exercê-la. Também a livre escolha da profissão está associada ao direito à educação, pois não tendo acesso a ela, é-lhe tolhido este direito. A pessoa precisará submeter-se a qualquer tipo de trabalho pela falta de instrução. Portanto, a opção do constituinte em garantir o ensino fundamental prioriza a parte mais importante da educação. Por outro lado, a não garantia constitucional ao ensino médio obstaculiza o acesso ao ensino profissionalizante e, conseqüentemente, a uma melhor colocação no mercado do trabalho.

Apesar dos diversos obstáculos que dificultam a efetivação dos direitos fundamentais sociais no que tange à educação, há que se asseverar sua importância crucial para garantir a dignidade do indivíduo em suas diversas dimensões. A dignidade da pessoa não é somente derivada da pessoa humana, mas é também uma construção histórica derivada da cultura emoldurada no decorrer dos séculos.

As dimensões natural e cultural da dignidade do ser humano interagem e relacionam-se com a dimensão prestacional (positiva) da dignidade a qual não resulta somente da conquista efetuada pelo próprio indivíduo, pois, se assim o fosse, as pessoas com necessidades especiais, dentre outras, não teriam dignidade. E isso é inaceitável para um estado prestacional. Dessa forma, frisa-se que a dignidade da pessoa humana possui dupla dimensão, a negativa (defensiva) e a positiva (prestacional). Ela abrange a dimensão defensiva (negativa) de não ser tratada como objeto por si mesma ou pelos outros, bem como a dimensão prestacional com ações positivas que a protejam garantindo, se for preciso, o suprimento de suas necessidades básicas. Esse mínimo existencial deve provir do Estado e da comunidade (SARLET, 2005, p. 27-33).

Portanto, a educação integra o mínimo existencial, tem sua previsão constitucionalmente expressa e abundante legislação, bem como doutrina e jurisprudência pertinente. Por outro lado, são necessárias ações implementadas pelo Poder Público, bem como o controle pelo Poder Judiciário para que políticas públicas enérgicas efetivem o direito fundamental social à educação e garantam a dignidade humana e o desenvolvimento do país.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do apresentado, constata-se que o presente artigo não buscou esgotar o assunto e nem poderia fazê-lo, diante da amplitude de seu objeto de estudo. Enfocou-se a educação enquanto direito fundamental social, trazendo algumas considerações sobre a sua efetividade, bem como suas limitações.

Verificou-se que a CRFB/1988 trouxe maiores condições para a efetividade do direito à educação, um direito fundamental social previsto constitucionalmente de forma expressa que contribuiu para o aumento de sua relevância e efetividade. Porém há que se observar que, mesmo diante da obrigatoriedade estatal de providenciá-la, ainda ocorrem problemas em sua concretização.

Existem alegações de que a educação, por ser um direito fundamental social de segunda geração, estaria delegada a um lugar inferior aos direitos civis e políticos. Isso não é passível de credibilidade diante do fato de que esses direitos formam um todo a ser implementado conjuntamente. Não é aceitável que se assegure um grupo de direitos fundamentais, desprezando os demais, pois isso estaria ferindo a dignidade da pessoa humana. Além disso, o Poder Judiciário encontra-se legitimado para efetuar o controle do Poder Executivo quanto aos direitos fundamentais sociais, neles incluído o direito à educação.

Apesar da irrefutável constatação de todos os benefícios advindos da educação, alegam os administradores públicos que há insuficiência de recursos para todas as atividades que ao Estado compete realizar. Isso ocorre nos vários âmbitos: municipal, estadual e federal. Diante disso, verificou-se que a efetivação do direito fundamental à educação possui algumas restrições a sua efetividade. Os governantes alegam a reserva do possível. De outra parte, há a consideração do mínimo existencial que todo ser humano necessita para ter dignidade, e está presente neste núcleo essencial também o direito à educação. Diversos autores propõem soluções para isso, conforme já exposto.

Destarte, a educação é um importante direito fundamental social, que contribui para o desenvolvimento de cada pessoa, proporciona-lhe a realização da dignidade humana e a faz alcançar a liberdade e a igualdade. Não pode haver verdadeiramente liberdade sem conhecimento, sem discernimento e nem efetivo exercício da cidadania. Além dos reflexos em cada indivíduo, também para cada Estado, indiscutível é a importância da educação para o crescimento da economia, para o avanço tecnológico, dentre outros. Assim, salienta-se que se faz imprescindível a concretização do direito fundamental social à educação, uma vez que suas consequências têm repercussões refletidas na economia e nos rumos do país, bem como nas mais diversas dimensões de cada pessoa. Enfim é um instrumento de realização da dignidade humana e que merece sua viabilização com a máxima efetividade.

SOCIAL CONSTITUTIONAL RIGHT TO EDUCATION: SOME CONSIDERATIONS ABOUT THEIR EFFECTIVENESS AND LIMITS

ABSTRACT

Constitutional rights are those which have been turned positive by the Constitution of each State. They can be classified in different some ways, by different tendencies in the doctrine: some categorize in civil, political and social rights. Education is a fundamental social human right enshrined in the Constitution, but not always turned effective. So, if one asks about the existing obstacles to the realization to the right to education and if these limitations can be overcome, the work gives a look at the generation or dimension classification have been mentioned and adopted to justify some limitation to the effectiveness of social rights by setting them on a position of inferiority in the comparison to the civil and political rights. This type of argument can not be accepted because of the principle of indivisibility which considers that fundamental rights form a whole not separable unit, consistent to jointly conduct and not in a hierarchy structure. Some other questions related to the "effectiveness" of the social rights, therefore, are: the discussion around the judicial control over the Executive brunch public policies and the claim of the reserve for contingencies that have been launching obstacles to the realization those rights, including the right to education, in contradiction to what the Constitution determines.

Keywords: Social constitutional rights. Right to education. Effectiveness.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALVAREZ, Leonardo Álvarez. La educación en el Estado social y democrático de derecho. El ideario educativo en la Constitución Española. In: LINERA, Miguel Ángel Presno; SARLET, Ingo Wolfgang (Ed.). *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Espanha: Editorial Aranzadi, 2010.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinícius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos direitos humanos fundamentais. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: de 5 de outubro de 1988*. 40. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GARCIA, Emerson. *O Direito à Educação e suas Perspectivas de efetividade*. 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e6ecb9f7-96dc-4500-8a60-f79b8dc6f517&groupId=10136>. Acesso em: 01 mar. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

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

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Derechos sociales: Imprescindibilidad y Garantías*. Espanha: Aranzadi, 2011.

O PAPEL DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS SOCIAIS

Rogério Luiz Nery da Silva*
Daiane Garcia Masson**

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo realizar uma aproximação com o tema da mediação, estudando-lhe o conceito, os contornos, possibilidades e limitações como alternativa na solução dos conflitos, de forma a servir de alternativa a prevenir o recurso à judicialização dos litígios, notadamente, aqueles que decorrem da violação dos direitos fundamentais. O ponto central se resume em constatar o grau de complementaridade que o instituto da mediação pode representar em relação ao exercício da tutela jurisdicional para a solução de controvérsias, especialmente sobre os direitos sociais, servindo de argumento fático a redução de processos judiciais, ao propiciar soluções contemporizadoras em casos de determinadas pretensões inicialmente resistidas pelo advento da composição dos interesses em conflito. O método utilizado, parte da opção pela pesquisa bibliográfica, com aplicação do método analítico-interpretativo e busca apresentar um debate atual sobre alternativas à grave situação vivenciada pelo Poder Judiciário, que não é capaz de desempenhar com excelência sua função pacificadora, seja por falta de estrutura, seja pela crescente judicialização de conflitos para adentrar aos contornos do instituto da mediação e conhecer alguns exemplos de sua utilização exitosa.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Acesso à justiça. Mediação.

1 INTRODUÇÃO

A concepção da atividade jurisdicional se justifica com a busca da pacificação social. Considerando-se a vida em sociedade como um experimento de contínua conformação da realidade da vida de relação, à qual se agregam diariamente diversos componentes dinâmicos decorrentes da velocidade do viver cosmopolita, no contexto da sociedade da informação, o que se registra é uma imensa profusão de novas fontes de tensão relacional, que somadas às tradicionais formas de contenda, vêm multiplicar as razões de desencantamento nas relações humanas.

Atualmente, além de se litigar por todos os problemas já classicamente conhecidos, tais como liames de responsabilidade legal ou contratual, danos materiais e morais clássicos, ora agregam-se elementos inovadores do desconforto individual e coletivo, tais como o desrespeito aos direitos fundamentais de privacidade e intimidade, cada vez mais ameaçados pelas possibilidades da tecnologia que invade os meios de transmissão e comunicação, assim como as opções de exposição exacerbada representadas pelas chamadas mídias sociais ou omissões estatais com relação a prestação de serviços e disponibilização de oportunidades de justiça social.

Para além desse universo de relações patrimoniais e de ofensas à honra e imagem das pessoas, orbita em paralelo outra dimensão da dignidade humana, aquela identificada com as con-

* Doutor em Direito e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá; Pós-doutorando na Fordham University Law School (New York, EUA); Professor do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Editor da Seção de Direito Internacional e Direitos Humanos da Espaço Jurídico Journal of Law; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; 2005rogerio@uol.com.br

** Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera; Mestranda do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora de graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; daia0712@hotmail.com

dições de dignidade social, para além daquelas mínimas de sobrevivência, designada por mínimo existencial e compreendida pela garantia das prestações elementares assecuratórias do direito à vida digna - algo como: estar vivo, mas em condições mínimas aceitáveis.

Assim, diante das múltiplas situações de ordem individual ou coletiva capazes de gerar fricção entre as relações sociais, negociais, de vizinhança, de sobrevivência etc., é necessário enxergar para além da solução judiciária, ou melhor, para aquém dela no estrito sentido de solucionar sem que se precise passar pelo modal judicial, valendo-se das alternativas de “dispute resolution” que permitam antes do recurso ao Judiciário proporcionar outras opções de deslinde das contendas para ofertar a paz social.

Considerando-se o contexto de grave crise prestacional em que está imerso o Poder Judiciário, tanto em termos de estrutura sobrecarregada como em termos de qualidade das decisões, por vezes meramente repetitivas, segundo os parâmetros de celeridade x morosidade, o que deve abrir espaço a uma discussão direcionada às alternativas compensatórias em relação ao fenômeno de intensa judicialização de conflitos, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais.

A questão reside em ultrapassar a concepção de que todos os conflitos devam ser resolvidos necessariamente perante o Estado-Juiz; a nova fase inaugurada com a virada do século XX para o XXI aponta para as soluções que dispensem a instauração de processo judicial.

No caso do presente trabalho, extrai-se como problema de pesquisa, portanto, o papel da mediação para discutir sua potencialidade como uma alternativa realizável de solução extrajudicial de conflitos envolvendo direitos fundamentais, mais especificamente direitos sociais.

O trabalho está dividido em três partes: na primeira, são apresentadas considerações sobre o acesso à justiça, requisito indispensável a qualquer estado que se presuma democrático e de direito; na segunda, é tratada brevemente a noção de exigibilidade dos direitos fundamentais sociais; na terceira, faz-se o estudo do instituto da mediação como alternativa à judicialização de direitos.

2 O QUE SE ENTENDE POR ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça, também denominado de direito a uma tutela judicial efetiva na doutrina espanhola, implica a possibilidade que toda pessoa tem de formular pretensões ou defender-se de pretensões alheias, assim como a possibilidade de obter uma manifestação jurídica e judicial sobre a controvérsia, e, por certo, que essa posição seja cumprida (MARTÍN, 2013, p. 131).

Na visão de Barcellos (2011, p. 341-343), para configurar o estado de direito não basta a consagração normativa, é necessário que as autoridades sejam capazes de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos. Considerar o acesso à justiça como componentes da dignidade humana significa presumir como direito subjetivo a viabilidade de provocar o Judiciário e obter uma resposta dele acerca da controvérsia posta em discussão. A presunção, contudo, não é absoluta, pois o direito a ver uma contenda resolvida não implica necessariamente ter de submetê-la judicialmente à análise. Pode-se também recorrer às soluções extrajudiciais, por vezes tão convenientes, céleres e satisfatórias.

Na atualidade, o objetivo da Administração da Justiça é voltado para a melhor solução de disputas, com a incorporação de métodos interdisciplinares no intuito de atender interesses juridicamente tutelados e também outros que possam auxiliar na pacificação social (AZEVEDO, 2013, p. 9).

Pode-se analisar o acesso à justiça sob dois enfoques: um enfoque mais restrito e formal, que se refere à possibilidade de pleitear uma demanda junto ao Poder Judiciário - visão esta apresentada por Barcellos -, ou um enfoque mais amplo, que diz respeito ao senso comum do que é justo. É essa ideia em sentido amplo que se volta para a melhoria das relações pessoais e sociais (SALES; LIMA; ALENCAR, 2008, p. 711).

Portanto, pode-se compreender que o dever de promover o acesso à justiça corresponde à assunção de um compromisso jurídico, político e, sobretudo, moral com a paz social, de forma a garantir a toda e qualquer pessoa a possibilidade efetiva de obter uma solução às suas inquietudes e angústias jurídicas, pessoais e sociais.

O direito de acesso à justiça tem passado por diversas alterações ao longo da história. Conforme a evolução histórica dos direitos humanos, com suas características se transmudando de um direito formal - tipicamente dotado de características liberais tipicamente setecentistas, para direitos mais concretos, podendo ser exigido predominantemente do Estado, mas também de particulares. A onda transformadora também operou o alargamento da tutela tipicamente individual para a coletiva, oportunizando o desenvolvimento de novas estratégias de solução de litígios (BEDIN; SPENGLER, 2013, p. 103).

Os continuados esforços de democratização nos mais diversos países, no segundo pós-guerra e a redemocratização de outros tantos países que saíram de ditaduras e governos autoritários, os poderes constituintes ao elaborarem suas novas constituições, optaram pela maior positivação de direitos fundamentais (STRECK, 2003, p. 170-172), alguns deles inclusive com respeitável rol de direitos sociais, apoiados principalmente sobre o texto da constituição de Weimar - que curiosamente no caso alemão, embora tenha inspirado tantas outras foi substituída pela Lei Fundamental, recepcionada com status de constituição, mas optou por suprimir do texto constitucional os direitos sociais expressos.

À justiça constitucional, portanto, passou a competir a guarda da vontade geral, baseada nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica, mas não se deve confundir solução jurídica com judicial com jurisdicional, nem vice-versa; há hipóteses de conflitos relacionados a direitos fundamentais cuja solução pode ser muito satisfatoriamente alcançada por sistemas alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação, a arbitragem e a conciliação. A escolha dessas variantes como alternativa não corresponde a supressão da justiça administrada pelo Estado, mas a torná-la mais célere, confiável e econômica, bem como ajustada às mudanças sociais e tecnológicas, sem contar que a redução do número de processos judiciais aperfeiçoaria o funcionamento e a administração da justiça (COLAIÁCOVO; COLAIÁCOVO, 1999, p. 61).

Historicamente, o Estado foi chamando para si um universo de atribuições de caráter protecionista, paternalista e assistencialista, promovendo diversas ações públicas de sobrevivência social. Por outro lado, apresentou poucas políticas preventivas, introduzindo assim, na comunidade, uma postura de simples consumidora sem reserva crítica ou constitutiva de alternativas das mazelas pelas quais passou e ainda passa (LEAL, 2009, p. 80).

Não é possível conceber o bem-estar das relações entre as pessoas e da cidadania se não existir o estado de paz. E não haverá paz onde houver conflito nas relações jurídicas. Pode-se dizer que a finalidade do Estado Democrático de Direito está vinculada à instituição do estado de paz (DELGADO, 2003, p. 16).

Todo ser humano, ao se deparar com algum conflito, espera obter uma solução justa. A mediação vai ao encontro dessa expectativa, visto que envolve os participantes em todas as fases do procedimento, proporcionando um sentimento de inclusão e responsabilidade sobre as decisões e o cumprimento delas (SALES; LIMA; ALENCAR, 2008, p. 711-712).

Acessar a Justiça é mais que acessar o Judiciário. Acessar a Justiça é obter para o conflito de interesses uma solução justa e fundamentada nos direitos fundamentais da pessoa humana. É de pouca ou nenhuma importância prática se essa solução justa é oferecida pelo Poder Judiciário ou é alcançada por meios alternativos.

3 A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos sociais correspondem à segunda geração dos direitos humanos. Foi num contexto de desequilíbrio entre as condições de vida de diferentes classes sociais que surgiram os direitos sociais, econômicos e culturais. A instituição de direitos sociais supõe a garantia do *status positivus libertatis*, que compreende as exigências feitas pelo indivíduo ao Estado, recebendo em troca prestações. Foi assim que o Estado Liberal foi substituído pelo Estado Social de Direito, incluindo os direitos sociais como direitos fundamentais. Diante do princípio da igualdade material, o poder público se obriga a remover as injustiças encontradas na sociedade (BARRETTO, 2003, p. 126-129).

Hodiernamente, os direitos sociais se apresentam como expectativas de satisfação das necessidades básicas das pessoas no âmbito do trabalho, da moradia, da saúde, da alimentação e da educação. Para os poderes públicos, e também para os particulares, o reconhecimento dessas expectativas nas constituições e em tratados internacionais traz em seu bojo obrigações positivas e negativas, de fazer e não fazer. A reivindicação de direitos sociais interessa, potencialmente, a todas as pessoas. Porém, interessa de maneira especial aos membros mais desfavorecidos da sociedade, cujo acesso aos recursos em jogo se dá de maneira residual, ou, não raras vezes, sequer existe (PISARELLO, 2007, p. 11).

Os direitos fundamentais sociais, também chamados por Alexy (2008, p. 499) de “direitos a prestações em sentido estrito” são os direitos da pessoa individualmente considerada, em face do Estado, a algo que ela mesma poderia obter de particulares se dispusesse de recursos financeiros suficientes e se houvesse oferta suficiente no mercado.

O principal argumento favorável aos direitos fundamentais baseia-se na liberdade. O ponto de partida para esse argumento são duas teses: a primeira tese sustenta que a liberdade jurídica não é possível sem liberdade fática de escolher entre as alternativas permitidas. A segunda tese defende que a liberdade fática depende sobretudo das atividades estatais. Mas por que a liberdade fática deve ser garantida diretamente pelos direitos fundamentais? Porque a liberdade fática é importante para o indivíduo e porque a liberdade fática é constitucionalmente importante também sob o aspecto substancial (ALEXY, 2008, p. 503-506).

Para Barretto (2003, p. 110), os direitos sociais não são subsidiários de outros direitos, tampouco são meios de reparar situações injustas. Os direitos sociais nasceram em resposta à desigualdade social e econômica da sociedade liberal, constituem-se em núcleo normativo do estado democrático de direito.

A história do nascimento dos Estados sociais confunde-se com a história da transformação da ajuda aos pobres determinada pela filantropia e pela discricionariedade da autoridade pública. Ainda que os principais direitos econômicos, sociais e culturais tenham sido consagrados em constituições e no plano internacional, o reconhecimento universal como direitos plenos só será alcançado após a superação de obstáculos que impedem sua judicialização (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p. 47).

Dentre as objeções contra os direitos fundamentais sociais podem-se analisar dois argumentos: o ponto de partida da primeira tese (desenvolvimento do argumento formal) é de que os direitos fundamentais sociais não são justiciáveis, ou o são em pequena medida, já que os objetos da maioria dos direitos fundamentais sociais são indeterminados. Já o argumento substancial contra os direitos fundamentais sustenta que eles são incompatíveis com normas constitucionais materiais (ALEXY, 2008, p. 507-509).

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 inexequibilidade.”

Não se pode ignorar que a fatura de dispositivos imperiosos protetivos de direitos fundamentais sociais que surgiram no século XX impactou 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 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).

Os direitos civis e políticos, quando associados aos direitos sociais necessários para assegurar seu exercício, dotam as pessoas de maior ou menor capacidade de proteger seus interesses frente às arbitrariedades do poder, não apenas do poder estatal, mas também dos poderes fáticos e de mercado, minimizando os efeitos das relações assimétricas de poder que se instalam e se reproduzem nas diversas esferas da vida social. A cidadania se realiza quando alcança uma associação harmoniosa entre liberdade e igualdade: a igual liberdade é a base fundamental da democracia. Nesse contexto, os direitos sociais são instrumentos indispensáveis e imprescindíveis para a liberdade (SCHWARZ, 2011, p. 117-118).

Os direitos sociais prestacionais 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).

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, se relaciona 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).

Por outro lado, os direitos sociais ainda encontram fundamento ético na justiça que é essencial para a promoção da dignidade humana. Cidadão é aquele que goza de direitos civis, polí-

ticos e sociais. O reconhecimento da pessoa pela comunidade depende da garantia de direitos civis e políticos, mas também na participação nos direitos sociais indispensáveis para uma vida com dignidade (BARRETO, 2003, p. 130-131). É também por isso, que se pode afirmar com segurança, como querem Abramovich e Courtis (2011) que direitos sociais são exigíveis.

Os direitos civis e políticos, quando associados aos direitos sociais necessários para assegurar seu exercício, dotam as pessoas de maior ou menor capacidade de proteger seus interesses frente às arbitrariedades do poder, não apenas do poder estatal, mas também dos poderes fáticos e de mercado, minimizando os efeitos das relações assimétricas de poder que se instalam e se reproduzem nas diversas esferas da vida social. A cidadania se realiza quando alcança uma associação harmoniosa entre liberdade e igualdade: a igual liberdade é a base fundamental da democracia. Nesse contexto, os direitos sociais são instrumentos indispensáveis e imprescindíveis para a liberdade (SCHWARZ, 2011, p. 117-118).

Não há como negar o dever jurídico de realização das normas constitucionais. Como bem 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.

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).

Para a solução judicial de qualquer conflito incidem custos emocionais, financeiros e de tempo (GARCEZ, 2002, p. 53). É neste contexto que o instituto da mediação surge como alternativa à intensa judicialização de direitos, em especial no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais.

4 A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A lógica apresentada pelos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos é a de facilitar o acesso à justiça, de forma a tornar céleres e econômicas as soluções para as controvérsias cotidianas.

Quando a negociação não é possível, seja pela natureza do impasse, seja por suas características ou mesmo pelo nível de envolvimento emocional das partes, surge o instituto da mediação como fórmula não adversarial de solução de conflitos. Um terceiro, imparcial, prestará auxílio às partes a fim de que elas mesmas cheguem a um acordo. Note-se que as partes serão apenas auxiliadas, e portanto, autoras das próprias decisões. A tarefa do mediador é apenas a de aproximá-las e fazê-las refletir sobre as circunstâncias do problema aliviando as pressões irracionais e o nível emocional elevado que impossibilitam uma análise equilibrada e racional do caso concreto (GARCEZ, 2002, p. 53).

A mediação pode ser empregada em qualquer espécie de conflito, em especial nos de natureza de Direito de Família e naqueles em que a outra parte é estatal (DELGADO, 2003, p. 14). Ao adotá-la, pretende-se acabar com a dicotomia ganhador-perdedor, situação que se vislumbra com clareza em processos judiciais.

Variadas são as formas de mediação. O modelo clássico pressupõe uma sessão de pré mediação e outras marcadas na sequência, na mesma data ou em datas diversas, na presença das partes e às vezes de advogados, e o mediador à cabeceira da mesa. Já na sessão inicial, é papel do mediador esclarecer que atua como auxiliar das partes, a fim de que cheguem a um acordo negociado (GARCEZ, 2002, p. 61). Mais que uma simples técnica, deve ser vista como um instrumento no qual se fundamenta uma teoria das relações sociais, haja vista implicar a adoção de um sistema amplo de relações sociais que se apoia na solidariedade, na participação, no comprometimento e na cultura do diálogo (COLAIÁCOVO; COLAIÁCOVO, 1999, p. 70).

Há quem duvide da possibilidade de utilizar a mediação em conflitos nos quais as partes não estejam em situação de igualdade ou em casos que versem sobre direitos indisponíveis. Para Freitas Júnior (2009, p. 191-193), se em relações entre pessoas desiguais não fosse possível aplicar a técnica da mediação, esta não teria lugar em nenhuma outra relação intersubjetiva concreta. É a intervenção direta do mediador no equilíbrio entre as partes em conflito que permite o tratamento mais igualitário na confecção de uma pauta justa e equilibrada. Quanto aos direitos indisponíveis, a mediação pode ser um extraordinário instrumento de calibração responsável na implementação da agenda da democracia participativa.

Os conflitos que envolvem a exigibilidade dos direitos sociais expõem, de um lado, os cidadãos, de outro, o Poder Público. Nesse contexto, conforme Souza (2013, p. 222), numa perspectiva que encare como dinâmica e democrática a relação entre o Estado e a sociedade, na qual tais cidadãos podem e devem definir o formato e as missões de seu Estado, não parece possível desconsiderar que cada pessoa tenha um relacionamento constante, desde o nascimento até a morte, com o ente estatal. Assim, é interessante que um relacionamento saudável e produtivo seja mantido.

Para a manutenção de um relacionamento saudável e produtivo, a mediação se mostra como método mais adequado para as disputas que envolvem o Poder Público, sendo preferível a abordagem ampla e a prática, na medida do possível, pedagógica e transformadora que possibilite às pessoas e organizações aprender com o conflito presente e administrar os futuros que surgirão inevitavelmente (SOUZA, 2013, p. 222).

A solução de controvérsias por intermédio do Poder Judiciário é apenas um dos caminhos possíveis. Caminhos alternativos devem ser incentivados, tais como a mediação, caminhos estes consagrados no Direito de países como os Estados Unidos, Nova Zelândia e Austrália, nos quais pessoas comuns se reúnem aos sábados e domingos em organizações coletivas a fim de solucionar os conflitos dos seus bairros. Tais soluções são reconhecidas pelos órgãos estatais (DELGADO, 2003, p. 17).

A mediação em sentido amplo pode ser entendida como forma de intermediar as soluções, pelo exercício do papel de facilitador adotado pelo mediador. A título de materialização do que teoricamente se tratou até esse ponto da presente investigação, colacionam-se alguns casos em que a mediação de temas de potenciais conflitos obteve êxito.

O estado do Ceará apresenta grande intimidade com o instituto da mediação. O governo do estado instituiu em 1998 um programa denominado “Casa de Mediação Comunitária - CMC”, programa este atualmente administrado pelo Ministério Público Estadual. Tais casas de mediação atuam de maneira preventiva à violência e buscam contribuir para a melhoria de vida das pessoas e o exercício da cidadania. Os mediadores são escolhidos entre os membros da comunidade, sendo

que os interessados se colocam à disposição para se integrar ao projeto das Casas e participam de cursos de capacitação (SALES; LIMA; ALENCAR, 2008, p. 717-719).

De acordo com pesquisa empírica realizada em 2007 no município Cearense de Parangaba, constatou-se que o processo de mediação se inicia quando uma das partes procura a Casa de Mediação para resolver seu conflito. Lá, a pessoa é atendida por um mediador que colhe o seu relato, marcando data para a sessão de mediação. Importante destacar que os mediadores são orientados a tratar as pessoas de maneira inclusiva, para que elas se sintam bem naquele local. As sessões são marcadas pela informalidade. Assim, o mediador não se coloca a favor de nenhuma das partes interessadas, mas a favor de que ambas possam ter facilitado o acesso a uma solução pacificadora que possa conjugar os pontos convergentes e dilapidar os divergentes. Em termos de classificação, os tipos de conflitos que chegam às Casa de Mediação de Parangaba, dados de coleta de dados de pesquisa documental realizada em 2007 apontam que 61% são de direito de família, 29% são de direito de vizinhança e 10% de direito comercial (SALES; LIMA; ALENCAR, 2008, p. 720-721). Todas as tentativas de resolução de conflitos visam a garantir o respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana.

Outro exemplo bem característico da vantagem do emprego da mediação, identifica-se pela política pública de realização do direito à saúde por meio de mediação a instalação, em alguns locais, dos chamados Programas da Saúde da Família - PSFs. De acordo com Lotta (2012, p. 215-216), a estrutura das equipes do PSF compõe-se de um médico, um auxiliar de enfermagem, um enfermeiro e quatro a seis agentes comunitários. Cada equipe é responsável por seiscentas a oitocentas famílias. Em 2012, o Programa já apresentava cerca de vinte e oito mil equipes atuando em 80% dos municípios brasileiros. O agente comunitário de saúde é a figura principal do PSF e seu papel principal é desenvolver ações nos domicílios de sua área de responsabilidade junto à unidade de saúde. Tal agente é uma pessoa da comunidade preparada para orientar as famílias a cuidarem da saúde individual e comunitária. Nas palavras de Lotta (2012, p. 220) “Nessa mediação, os ACS conectam o mundo do Estado ao mundo da comunidade na medida em que, por um lado, possuem ambas as linguagens e, por outro, conhecem o cotidiano das pessoas possibilitando inserir as práticas da saúde neste cotidiano.”

Mas de que forma o agente comunitário de saúde estabelece práticas e mecanismos de mediação que permitem um elo entre o Estado e as pessoas da comunidade? A implementação de quatro práticas torna isso possível, de acordo com Lotta (2012, p. 218): “[...] a) ACS utilizam referências da comunidade em suas práticas; b) ACS intercalam saberes adquiridos enquanto profissionais da política de saúde e saberes próprios de suas vivências; c) ACS realizam tradução de saberes; d) ACS fazem triangulação.” Contata-se assim, que os agentes comunitários de saúde - ACS - praticam uma espécie de intercâmbio entre a comunidade e o Estado, intercâmbio este que se pode chamar mediação.

Como destaque ainda de casos exitosos de implantação da mediação, é possível citar o Projeto Justiça Cidadã, implementado pela prefeitura de Recife em 2002. Esse projeto compreende a necessidade da abertura e diálogo para o reconhecimento do outro e da diversidade, da desconstrução de verdades absolutas, da produção coletiva de conhecimentos que articulem teoria e prática e da mobilização de atores sociais para que objetivos sejam construídos coletivamente (PROJETO JUSTIÇA CIDADÃ, 2006, p. 9).

Para Monteiro (2009, p. 27-28), o Projeto Justiça Cidadã não entende a mediação apenas como técnica, mas como instrumento para a construção da cultura de direitos, levando em consideração o reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos. Para ela, a formalidade da lei não atende às tantas particularidades dos grupos denominados vulneráveis. O reconhecimento integral da dignidade humana passa pela efetividade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Assim, se os sujeitos forem capazes de resolver seus conflitos por meio da tolerância e da não-violência, mais aptos estarão para serem sujeitos de direito.

Por fim, interessante destacar que o Ministério do Trabalho e Emprego realiza mediações coletivas, um diálogo chamado de preventivo e amigável entre empregadores e trabalhadores, no intuito de solucionar conflitos trabalhistas. Os resultados são eficazes. A solução se dá de forma negociada, não se utiliza sanção ou mecanismos de coerção. Desde 1997, o Ministério do Trabalho desenvolve medidas para estimular a mediação também nos conflitos individuais (ZAINAGHI, 2013, p. 231).

Como se vê, a resolução extrajudicial de conflitos, com destaque para a mediação, apresenta-se como uma alternativa aplicável e apta a gerar resultados satisfatórios às partes, tanto em termos de agilidade na solução do litígio, quanto em termos de justiça social.

5 CONCLUSÃO

Do estudo realizado, verifica-se que o acesso à Justiça pode ser analisado sob um enfoque mais restrito, que considera justiça apenas o acesso ao Poder Judiciário e outro mais amplo, que considera o senso comum sobre o que é justo. É nesse segundo enfoque que se insere o instituto da mediação.

O objetivo principal do emprego dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos é a facilitação do acesso à justiça, e não a violação de tal direito. Solucionar conflitos a partir da reflexão, do diálogo participativo e da cooperação entre os envolvidos é o objetivo principal.

É possível aplicar a mediação em qualquer espécie de conflito, dentre as quais, aqueles em que de um lado se encontra o cidadão e de outro o ente público. Esse quadro é concebido especialmente em situações de conflitos que envolvem a efetivação de direitos fundamentais sociais, tais como saúde, educação, trabalho e moradia.

A título de conclusão da pesquisa, pode-se afirmar que a mediação se mostra como uma alternativa à judicialização dos conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais, especialmente pela capacidade de promover Justiça com mais celeridade. Note-se que aquele indivíduo que precisa pleitear um direito social geralmente não tem condições de aguardar o deslinde de um processo burocrático e moroso, até por que em muitos dos exemplos aqui agregados há até certa dificuldade em compreender a complexidade de processos judiciais, por exemplo, mesmo que ao final promova uma solução justa.

THE ROLE OF THE MEDIATION IN THE RESOLUTION OF SOCIAL RIGHTS CONFLICTS

ABSTRACT

This paper aims to achieve a rapprochement with the theme of mediation, studying him the concept, contours, possibilities and limitations as an alternative in solving conflicts, to serve as an alternative to prevent the use of justiciability of disputes, notably those arising from the violation of fundamental rights. The point comes down to observe the degree of complementarity that the institute of mediation may represent in relation to the exercise of judicial protection for the settlement of disputes, especially

on social rights, serving as a factual argument to reduce lawsuits by providing contemporizadoras in cases of certain claims solutions initially resisted by the advent of the composition of conflicting interests. The method, part of the option by the literature search, with application of analytic and interpretive method seeks to present a current debate about alternatives to the serious situation experienced by the judiciary, which is not able to perform with excellence its pacifying function, either for lack of structure because of increasing judicialization of conflicts to enter to the contours of the institute of mediation and know some examples of its successful use.

Keywords: Constitutional rights. Access to justice. Mediation.

REFERÊNCIAS

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

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

AZEVEDO, André Gomma de. Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

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.

BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. O direito de acesso à justiça como concretização dos direitos humanos: garantias no âmbito nacional e internacional. In: BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion (Org.). *Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.

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

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DELGADO, José. Constitucionalidade da mediação. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (BRASIL). *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Conflitos de justiça e direito do trabalho: alcance e possibilidades para o emprego da mediação. In: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Org.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de Negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

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

LOTTA, Gabriela Spanghero. Saberes Locais, Mediação e Cidadania: o caso dos agentes comunitários de saúde. *Saúde Sociedade, São Paulo*, v. 21, supl. i, 2012.

- MARTÍN, Nuria Belloso. El acceso a la justicia como derecho fundamental: la mediación en la Unión Europea como instrumento de acceso a la justicia. In: BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion (Org.). *Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MONTEIRO, Valdênia Brito. Mediação de conflito: contribuição para a cultura de Direitos Humanos. In: MONTEIRO, Valdênia Brito (Org.). *Justiça Cidadã: uma experiência de mediação de conflitos em direitos humanos*. Recife, 2009.
- PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.
- SALES, Lilia Maia de Moraes; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. A mediação como meio democrático de acesso à justiça, inclusão e pacificação social - A experiência do projeto Casa de Mediação Comunitária da Parangaba. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. *Anais...* Brasília, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional como problema específico. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Derechos sociales: Imprescindibilidad y garantías*. Aranzadi: Thomson Reuters, 2011.
- SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos e o novo Código de Processo Civil. In: BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion (Org.). *Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. O papel da Jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ZAINAGHI, Domingos Sávio. Mediação de conflitos: mecanismo eficaz na resolução de conflitos trabalhistas. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NO CONTEXTO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ENERGÉTICAS NO BRASIL

Ana Angélica Moreira Ribeiro Lima*
Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho**

RESUMO

O presente estudo dogmático jurídico e qualitativo é aplicado à resolução de problemas comuns à atual crise energética enfrentada pelo Estado brasileiro e se utiliza de o método indutivo para estabelecer conexões a partir da proposição particular que envolve a possibilidade do controle judicial de políticas públicas energéticas e sua contribuição para o desenvolvimento econômico e social brasileiro. Não obstante, vale-se de levantamento bibliográfico e documental e de análise de conteúdo e adota-se um enfoque exploratório e descritivo acerca da necessidade de maior conhecimento da temática proposta e do delineamento de relações entre as possíveis variáveis relacionadas ao direito ao desenvolvimento na esfera nacional e internacional, em especial quanto ao direito fundamental à energia, com seus diversos fluxos e influxos nos campos do Direito Público e do Direito Econômico Constitucional. Do discurso à prática, conclui-se pela contribuição dada pela judicialização de políticas públicas energéticas no Brasil no intuito de garantir o direito fundamental à energia enquanto instrumento de desenvolvimento econômico e social.

Palavras-chave: Direito ao desenvolvimento. Judicialização. Políticas públicas energéticas.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, percebe-se que o mundo se encontra cada vez mais dependente de energia, seja em decorrência do crescimento demográfico, da migração da população do meio rural para o urbano, da importância das economias emergentes no cenário internacional globalizado ou da pungente demanda pelos setores agrícola e industrial, consideráveis consumidores de energia. E no Brasil a realidade não é diferente.

Pela falta ou pela má condução de planos públicos de desenvolvimento nessa seara ao longo dos anos, vivencia-se uma crise energética que merece atenção. Como fatores agravantes desse fenômeno, destacam-se a centralização da produção de energia elétrica por hidroelétricas, tornando o sistema condicionado à regularidade de chuvas e ocasionando relevante impacto ambiental, os ainda tímidos incentivos a fontes renováveis de energia e a distribuição deficitária da energia produzida, dentre outros. Afinal, decisões acertadas nesse campo, tomadas no momento oportuno, poderiam ter evitado graves prejuízos econômicos e sociais para as presentes e futuras gerações.

* Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa; Mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba; Advogada com experiência em Direito Processual Civil e Direito Civil; anaangelicaadv@hotmail.com

** Mestre em Administração pela Universidade Federal da Paraíba; Doutorando em Ciências Jurídicas vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Paraíba; Professor Assistente da Universidade Federal da Paraíba; Pesquisador do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade; Cidade Universitária, 58051-900, João Pessoa, Paraíba, Brasil; prof.luiscarlos@hotmail.com

Na contramão desse cenário, o administrador mostra-se omissos ao não implementar políticas públicas capazes de suprir a crescente necessidade energética, permitindo que essa infraestrutura deficitária comprometa o desenvolvimento econômico e social de todo o país.

Foi a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 45 pelo Supremo Tribunal Federal - STF que se entendeu que as políticas públicas previstas na Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB não mais se inseririam na seara da discricionariedade do poder público no tocante ao “se” da atuação, mas apenas quanto ao “como” de sua realização. Dessa forma, permitiu-se o controle por parte do Poder Judiciário das políticas públicas estatais por meio da aplicação de princípios constitucionais.

A judicialização de políticas públicas surge, então, como alternativa real à inércia estatal na seara energética, vez que excepcionalmente o Poder Judiciário tem a possibilidade de implementar ou determinar aos órgãos imóveis que o façam quando definidas na Carta Magna brasileira, se a omissão afetar a eficácia e a integridade de direitos econômicos e sociais constitucionalmente assegurados.

Assim, o presente trabalho objetiva analisar o fenômeno da judicialização de políticas públicas energéticas como mecanismo promotor do desenvolvimento do Brasil, tratando dos instrumentos de que dispõe o Poder Judiciário para efetivá-lo, considerando-se o direito fundamental à energia. Especificamente, estuda como o acesso a esse direito pode alavancar o desenvolvimento econômico e social do país como desdobramento das ideias de dignidade humana e justiça social.

Nesse sentir, o objeto do estudo se localiza no campo do Direito Público e adentra especialmente no Direito Econômico Constitucional, buscando discutir e demonstrar que o controle judicial de políticas públicas energéticas no Brasil pode cooperar para o desenvolvimento econômico e social, superar a atual crise energética e alcançar a desejada autossuficiência, além de minorar a degradação ambiental com o incentivo à produção de fontes de energia renováveis, assegurando, de tal modo, o amplo acesso à energia.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 CONCEPÇÃO MULTIFACETADA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Há algum tempo compreendia-se o desenvolvimento de um país como sinônimo de crescimento econômico, numa visão preponderantemente economicista que privilegiava apenas ganhos monetários. Exemplificando-se, o critério caracterizador do desenvolvimento era unicamente baseado na relação Produto Interno Bruto - PIB e população, num método comparativo alicerçado na renda per capita, sendo de grande valia por indicar a evolução do padrão de vida das pessoas e da capacidade de produção de ativos de um Estado.

Entretanto, adverte Souza (1999, p. 27) que, “[...] tradicionalmente, a renda per capita tem sido utilizada como o principal indicador de desenvolvimento. É um indicador importante, mas ele, como média, camufla a distribuição de renda, não refletindo o nível de bem-estar da população.”

Diferenciando o desenvolvimento, caracterizado por aspectos quantitativos e qualitativos, do mero crescimento, que possui apenas a vertente quantitativa, Rister (2007, p. 2) ressalta que “[...] a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente.”

Por tal motivo, no panorama contemporâneo brasileiro, o direito ao desenvolvimento deve ser compreendido sob um enfoque plural e multifacetado, abrangendo não apenas o viés econômico, mas também o social, o cultural e o político. O elemento humano passa a ser o foco dos estudiosos ao sopesarem se um país pode ser considerado desenvolvido ou não.

Para Feitosa (2013), o Direito Econômico do Desenvolvimento está mais ligado ao Direito Econômico Constitucional, às relações entre Estados e agentes de mercado, com diretrizes políticas mais voltadas à redução de desigualdades e à consolidação de ordens econômicas mais igualitárias, sistêmicas e plurais. Enquanto isso, o Direito Humano ao Desenvolvimento coaduna-se aos direitos dos povos e coletividades e à salvaguarda de direitos sociais e culturais, norteados pelo princípio da dignidade humana, afeto a temas de justiça ambiental, sustentabilidade social e solidariedade intergeracional.

No plano internacional, a temática do desenvolvimento foi abordada em diversos diplomas, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas - ONU de 1948, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Além deles, foram proclamadas a Declaração sobre Progresso e Desenvolvimento Social da ONU em 1969, a Carta da Organização dos Estados Americanos, que resultou da Resolução IX da Conferência sobre Problemas da Guerra e da Paz de 1948, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Mencione-se também a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU em 1986, a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, a Declaração do Milênio das Nações Unidas de 2000 e a Resolução n. 56/150 da ONU de 2001.

No direito pátrio, a CRFB aborda o assunto inicialmente no art. 1º, inciso III, como direito fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana, e posteriormente no art. 3º, inciso II, ao tratar dos objetivos fundamentais do Brasil, e no art. 170, na forma de diretrizes destinadas a garantir o desenvolvimento nacional, reduzir as desigualdades sociais e regionais e assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Não obstante, o art. 193 previu, como base da ordem econômica, a justiça social e o art. 203 traçou objetivos da assistência social com o fito de melhorar a qualidade de vida da população.

O desenvolvimento deve ser vislumbrado sobre múltiplos aspectos, por meio de ações inter e transdisciplinares, sempre com o intuito de retirar o Brasil da condição de país subdesenvolvido, como alerta Bercovici (2005, p. 43):

A reestruturação desse Estado, para que possa superar o subdesenvolvimento, passa por um projeto nacional que, a nosso entender, tem seus fundamentos previstos na Constituição de 1988. Ela é, assim, o pressuposto essencial para a retomada da discussão de um projeto nacional de desenvolvimento.

Bercovici (2011, p. 358) reforça a ideia de superação do subdesenvolvimento por meio da autonomia energética nacional:

A superação do subdesenvolvimento significa a construção de um Estado nacional verdadeiramente autônomo, o que implica na remoção de obstáculos internos, enfrentando as classes economicamente dominantes, e externos, rompendo com a situação de dependência.

Esta temática foi aprofundada por Furtado (2000), ao dizer que a conceituação de desenvolvimento se relaciona com a evolução de um sistema social de produção e com o grau de satisfação das necessidades humanas, enquanto que o subdesenvolvimento se refere a um modelo de crescimento pautado na dependência, assinalado pelo crescimento dos níveis de renda da população e da produtividade física desacompanhados da distribuição social das riquezas daí oriundas.

Apreendendo que o desenvolvimento econômico pressupõe o desenvolvimento social, Salomão Filho (2002, p. 33) afirma que “[...] a regulação econômica deve estar preocupada com valores econômicos próprios daquele Estado ou nação, inexistindo resultados econômicos únicos [...], uma vez que objetivos econômicos diversos podem levar ao desenvolvimento social”, caso em que o subdesenvolvimento seria decorrência do estado das sociedades cujas economias não atingiram o estágio de crescimento autossustentado e, conseqüentemente, não foram capazes de atender a diversos indicadores econômicos e sociais.

Inserindo o desenvolvimento no contexto das liberdades, ou seja, nos direitos fundamentais, Sen (2000) apreende que a liberdade é central para o processo de desenvolvimento devido à razão avaliatória e à razão da eficácia, nas quais a avaliação do progresso é antecedida por uma verificação do aumento da liberdade dos indivíduos e a realização do desenvolvimento depende da livre condição de agente dos atores sociais, respectivamente.

Para ele, tal relação constitutiva acaba sendo influenciada por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais, condições habilitadoras como saúde, educação básica e aperfeiçoamento de iniciativas, além da tomada de decisões públicas impulsionadoras do desenvolvimento.

Feitosa (2012) cita que “[...] a proposta do direito ao desenvolvimento requer abordagem de desenvolvimento inserida no contexto mais abrangente dos direitos humanos.” Por sua vez, Nussbaum (2012, p. 82) resguarda a abordagem nas capacidades humanas como norte para políticas públicas:

La alternativa es, pues, el “enfoque de las capacidades”, el la qual há sido desarrollado en sentidos algo distintos por mí mesma, en filosofía, y por Amartya Sen, en economía. Sen centra al enfoque en una evaluación comparativa de la calidad de vida, aunque también le interesan las cuestiones de justicia social. Yo lo he usado, en cambio, como base filosófica para una teoría de los derechos básicos de los seres humanos que deben ser respetados y aplicados por los gobiernos de todos los países, como requisito mínimo del respeto por la dignidad humana. (...) La mejor forma de plantear la idea de un mínimo social básico es un enfoque basado en las capacidades humanas, es decir, en aquello que las personas son efectivamente capaces de hacer y ser, según una idea intuitiva de lo que es una vida acorde con la dignidad del ser humano.

Assim, deve-se partir da ideia de um direito humano ao desenvolvimento, alinhando-o aos chamados direitos de terceira geração ou direitos da solidariedade e procurando-se entender o desenvolvimento de uma nação numa percepção de dignidade e justiça social.

2.2 CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS ATOS DOS PODERES ESTATAIS, COM DESTAQUE PARA POLÍTICAS PÚBLICAS

Tradicionalmente, o Poder Judiciário tem a prerrogativa de exercer controle de legalidade em sentido amplo sobre os atos proferidos por todos os Poderes do Estado, abrangendo aspectos legais, legítimos e principiológicos, sem macular o princípio da separação dos poderes. Em contrapartida, a ele não compete desempenhar o controle de mérito, adentrando nas searas da conveniência e da oportunidade, sobre os atos dos Poderes Legislativo e Executivo; apenas é atribuição do Judiciário controlar administrativamente o mérito dos atos discricionários por ele editados.

O controle judicial é exercido por inúmeros instrumentos legais, a exemplo dos remédios constitucionais, podendo alcançar os atos comissivos dos três poderes estatais. Ocorre que, alicerçando-se na visão de que o poder discricionário do administrador não é absoluto, aventou-se a possibilidade de o Poder Judiciário igualmente atingir as omissões estatais, mais precisamente na implementação de políticas públicas necessárias à efetivação de direitos fundamentais, por meio da aplicação de princípios constitucionais.

Acerca da conceituação de política pública, Souza (2015, p. 24) adverte que:

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.

Pondera, ainda, Martins e Kroling (2006, p. 154) que “[...] o que deve ser observado é que as políticas públicas não se limitam apenas a uma norma, mas a um complexo de normas e decisões dos poderes públicos, consubstanciando-se em uma natureza heterogênea, do ponto de vista jurídico.”

Trata-se da judicialização de políticas públicas, destacando-se o uso da ação civil pública e do mandado de injunção no controle concreto e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no controle concentrado, na tentativa de proporcionar à população o exercício do direito à cidadania de forma mais ampla.

Sobre o assunto, Barroso (2011) menciona que a judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Constitui uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo, originando a expansão da jurisdição e do discurso jurídico e, conseqüentemente, uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico.

Grau (2012, p. 242) argumenta que deve o Estado ser compelido a refinar o desempenho de suas funções, pelas quais responde, como sendo de integração e modernização e de legitimação

capitalista, o que supõe a implementação de políticas públicas, por meio da qual o Direito passa a ser operacionalizado. Caracterizando a CRFB como dirigente, alude, ainda, a que:

Constituição dirigente que é, a de 1988 reclama - e não apenas autoriza - interpretação dinâmica. Volta-se à transformação da sociedade, transformação que será promovida na medida em que se reconheça, no art. 3º - e isso que se impõe -, fundamento à reivindicação pela sociedade, de direito à realização de políticas públicas. Políticas públicas que, objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada, não de importar o fornecimento de prestações positivas à sociedade.

Nessa linha, Comparato (1998, p. 45) declara que:

As Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo - órgãos estatais e sociedade civil. [...] escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado. A juridicidade das normas que simplesmente declaram tais fins (as Ziel-normen dos alemães), ou que impõem a realização de determinado programa de atividades - as normas propriamente programáticas -, já não pode ser posta em dúvida, nesta altura da evolução jurídica.

Correlacionando os direitos econômicos, sociais e culturais com as políticas públicas, Pompeu e Meyer-Pflug (2013, p. 128) reconhecem que:

Os direitos econômicos, sociais e culturais não são autoaplicáveis como os direitos civis e políticos, pois demandam a existência de recursos econômicos por parte do Estado, bem como a elaboração de políticas públicas. Eles estão condicionados à atuação do ente estatal, que deve adotar medidas econômicas e técnicas, isoladamente e por meio da assistência e da cooperação internacionais, até o máximo de seus recursos disponíveis.

Destaca-se que o extraordinário controle judicial sobre políticas públicas ganhou mais atenção a partir do julgamento da ADPF n. 45 pelo STF. Nela arguiu-se que, embora constituísse prerrogativa primária dos Poderes Legislativo e Executivo a formulação e execução de políticas públicas, excepcionalmente o Poder Judiciário pode implementá-las, ou determinar aos órgãos inertes que o façam, quando definidas na própria CRFB, caso a omissão comprometa a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional. Sobre o tema, Aguillar (2006, p. 194) leciona:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, [...], pois, neste domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de

estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Repelindo qualquer alegação de ofensa ao princípio da separação dos poderes, Cunha Junior (2014, p. 689) ressalta:

E não se diga, a propósito, que o controle judicial das políticas públicas consistiria numa indébita intromissão do Poder Judiciário na esfera da competência discricionária de outro Poder. O juízo de conveniência e oportunidade dos poderes públicos, tão invocado para afastar a tese de judicialização das políticas públicas, não autoriza a omissão destes poderes no cumprimento de seus deveres constitucionais. De feito, a atividade discricionária do poder público, modernamente, vem sendo cada vez mais reduzida e delimitada, em decorrência da consagração de importantes princípios constitucionais conformadores da atuação dos poderes, a exemplo dos princípios da indisponibilidade do interesse público, do devido processo legal formal e substantivo, da razoabilidade e proporcionalidade, da moralidade administrativa, da eficiência, da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa, da continuidade do serviço público, da igualdade, da justiça social, da economicidade, entre outros.

Vislumbrando a Constituição de Weimar como o marco, na cena internacional, da atuação estatal no âmbito das políticas públicas, Feitosa (2012, p. 25) comenta que:

Pela primeira vez na história da civilização ocidental, o Estado passou a encarnar a obrigação de agir positivamente, por intermédio de políticas públicas e de programas de governo, no campo dos direitos sociais, tais como educação, trabalho, previdência social, podendo também interferir no funcionamento do mercado para garantir a concorrência.

O que preocupa é o fato de não poderem os direitos econômicos e sociais restar condicionados à boa vontade do administrador, já que o exercício da discricionariedade administrativa pelo não desenvolvimento de determinadas políticas públicas acarretaria grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente. A intervenção judicial se justificaria como forma de realizar, concreta e eficientemente, os valores que o constituinte elegeu como “[...] supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social”, como apregoa o preâmbulo da Carta Magna.

Sorj (2001, p. 118) ressalta que a judicialização sinaliza um problema de fundo da sociedade democrática de fim de século e do novo milênio, qual seja a dificuldade do sistema de representação, em particular dos partidos políticos, de transformar-se em articuladores dos novos sujeitos sociais. Ele dispõe também que:

Para o Judiciário esse problema é agravado pelas crescentes pressões que sofre com o aumento da demanda de seus serviços, dado o caráter cada vez mais contratual de todas as relações sociais, com a erosão dos sistemas convencionais e tradicionais de poder e solução de conflitos, a complexidade cada vez maior do campo de atuação do sistema judiciário, o surgimento de novos sujeitos sociais que reivindicam direitos e uma tendência crescente à morosidade dos processos

judiciais cujas razões não são sempre óbvias. [...] espera-se que o Judiciário seja o ponto de partida da regeneração do sistema social, de luta contra a desigualdade social e o patrimonialismo. [...] reproduz-se, assim, dentro do Judiciário, a tentativa que ocorria anteriormente em nível político-ideológico de violação de princípios de representação em nome das exigências de transformação social. (SORJ, 2001, p. 118).

Nesse sentido, Frischeisen (2009, p. 265) nota o agir estatal como regulador e prestador de serviços e como garantidor do exercício dos direitos sociais:

Assim, a judicialização de conflitos que, outrora, encontravam espaço na esfera política, por exemplo, a eficaz implementação dos direitos sociais, pode implicar, na realidade, o aprofundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que por meio de suas Constituições não só declara direitos que exigem um fazer do Estado (como regulador ou prestador do serviço), mas também estabelece garantias para o exercício de tais direitos, inclusive de natureza processual, de caráter individual ou coletivo. E essa judicialização pode se dar no âmbito da justiça interna ou mesmo da justiça internacional nas hipóteses em que os países aderem a essas cortes, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Mello (2000, p. 47), ao citar que a liberdade administrativa conferida pelo direito não pode significar espaço para escolhas desarrazoadas entre indiferentes jurídicos, reconhece que isso reflete unicamente:

[...] o dever jurídico funcional (questão de legitimidade e não de mérito) de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência - isto é, o ato - ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, dando, assim, satisfação ao interesse de terceiros - interesse coletivo e não do agente - tal como afirmado na regra aplicada.

Dessa forma, mesmo diante de uma liberdade administrativa, em situações pontuais, é passível ao Poder Judiciário ser convocado para atuar como órgão controlador da atividade administrativa e determinar a formulação de políticas públicas que capaz de assegurar a efetivação de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, objetivando a justiça social.

2.3 CONTRIBUIÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ENERGÉTICAS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DO BRASIL

No tocante à delimitação do que se concebe por direitos fundamentais, deve-se partir da noção ampliativa que os liga umbilicalmente à dignidade humana, independente de estarem elencados no texto constitucional ou dispersos no ordenamento jurídico. A respeito da chamada cláusula aberta material dos direitos fundamentais em face do §2º do art. 5º da CRFB, Cunha Junior (2014, p. 523) dispõe que:

Como consequência direta do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro (CF, art. 1º, III) - a Constituição Federal adota cláusula aberta, ou de não tipicidade ou inesgotabilidade dos direitos fun-

damentais, para admitir a existência de outros direitos fundamentais, para além dos nela catalogados, sejam os subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressos, sejam os decorrentes do regime e dos princípios que adota (reconhecimento de direitos fundamentais implícitos e decorrentes, que vem desde a Constituição de 1891), sejam, finalmente, os previstos em tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte (reconhecimento de direitos fundamentais instituídos por tratados, que foi inovação da Constituição de 1988), desde que ostentem a fundamentalidade material e sejam, conseqüentemente, identificados, no geral, como explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por tal razão, é perfeitamente possível enquadrar como direito fundamental o direito à energia, no âmbito dos direitos econômicos e sociais, como condição mínima de existência humana. E, como lembra Goldemberg (1979), “[...] a energia deixou, há muito, de ser preocupação exclusiva de físicos e filósofos para se transformar no mais importante dos problemas da atualidade.”

Percebe-se já há algum tempo que o poder público tem se mostrado omissivo na busca por soluções eficientes e capazes de combater a crise energética, em especial no que se refere a políticas públicas, comprometendo sobremaneira o desenvolvimento econômico e social de todo o país e, numa última análise, também a concretização da justiça social. Abramovich e Courtis (1997, p. 4) afirmam que:

En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos (...). Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales. Consecuentemente, es falso que las posibilidades de judicialidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas.

A judicialização de políticas públicas energéticas pode ser uma respeitável ferramenta na promoção do desenvolvimento econômico e social do Brasil. O Judiciário, enfrentando a inércia governamental que desrespeita o direito fundamental à energia, controlaria tais políticas públicas por meio da aplicação de princípios constitucionais e permitiria o acesso à energia por grande parte da população.

Salientando que a adoção de políticas públicas decorre da soberania e, como consequência, da sociedade legitimadora do exercício do poder estatal, Rolim (2002, p. 252) descreve:

Nesse contexto de planejamento, é importante reconhecer que os mecanismos de mercado não são suficientes para conduzir sozinhos o processo de conservação de energia. A ação do Estado é de primordial importância para a consecução do objetivo pretendido, sendo, inclusive, um dever do Estado inserido na função reguladora que lhe é atribuída, conforme disposto no art. 174 da CR/88. [...] o poder político legítimo, apto a autorizar a atuação do Estado por meio da implementação de políticas públicas, decorre da soberania como instituição, que consiste em uma

reunião de princípios, regras e institutos que concretizam a democracia econômico-social. A titularidade da soberania é da sociedade que legitima o exercício do poder do Estado.

Afirma ainda Frischeisen (2000, p. 45) que:

O aprofundamento do processo democrático faz com que a sociedade civil demande a participação, que inclui a fiscalização dos administradores, e também canais de comunicação com a própria administração, que ultrapassam o exercício do direito do voto e as campanhas eleitorais.

Por sua vez, Theis (1996, p. 57) analisa a situação energética mundial e enumera algumas de suas características mais relevantes:

Do ponto de vista político, o panorama da energia mundial se revela dinâmico e complexo, tendo por características dominantes a exploração dos recursos mundiais de energia nuclear, o aumento da interdependência no setor energético em escala mundial, a imposição de limites de caráter ecológico ao desenvolvimento e uso da energia e o alargamento das disparidades no consumo internacional de energia (esta talvez seja a característica politicamente mais relevante).

Harmonizando o denominado Direito Econômico da Energia e o Direito Econômico do Desenvolvimento, Feitosa (2012, p. 40) versa sobre a ascendente trajetória de ambos rumo ao Direito Econômico na perspectiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, discorrendo sobre a necessidade de promover o desenvolvimento visto como um processo plural e multidimensional:

Os alicerces da política energética nacional se conjugam aos fundamentos das políticas de desenvolvimento em perspectivas de cooperação mútua, como se um processo dependesse intrinsecamente do outro, no sentido do desenvolvimento do país [...] Não basta tornar o Brasil referência mundial na superação da crise energética, dispondo de tecnologias avançadas para a exploração de energias fósseis e alternativas; é preciso tornar o país referência mundial na superação da crise humana, da fome e da miséria.

Enfatizando que o desenvolvimento deve seguir sempre a direção da efetivação da dignidade humana, Dias (2013, p. 48) leciona que “[...] os diversos planos do desenvolvimento sustentam e apoiam a ideia de que a dignidade é um princípio jurídico máximo no plano dos Estados constitucionais contemporâneos e, sobretudo, um verdadeiro programa de compatibilização das diversas concepções de justiça.” Enquanto isso, Theis (1996, p. 53) assegura que “[...] embora sejam óbvias as implicações políticas e ambientais do consumo de energia, é preciso considerar também as de natureza socioeconômica e cultural, que nem sempre são levadas em conta.”

Saliente-se que o acesso à energia pela maior quantidade possível de pessoas e de setores, com a superação dos problemas que assolam atualmente a seara energética, constitui-se num fator determinante para se alcançar o desejado desenvolvimento econômico e social do país.

Com vista ao alcance desse fim, é cada vez mais imperativo que o Poder Judiciário se valha da judicialização de políticas públicas energéticas, por meio dos instrumentos legais previstos

no ordenamento jurídico e da aplicação de princípios constitucionais assegurados, e interfira de fato para tentar reverter o atual quadro energético deficitário do Brasil, tornando efetivo o direito fundamental à energia como ferramenta imprescindível para o desenvolvimento econômico e social do país enquanto desdobramento da ideia de dignidade e justiça social.

3 CONCLUSÃO

Diante de um contexto de omissões estatais na implementação de políticas públicas, verificou-se, a partir do julgamento da ADPF n. 45 pelo STF, a disseminação da denominada “judicialização de políticas públicas”. Passou-se, então, a permitir que o Poder Judiciário exerça o controle sobre políticas públicas estatais tendo como base a aplicação de princípios constitucionais, caso a omissão governamental afete a eficácia e a integridade de direitos econômicos e sociais constitucionalmente assegurados.

Para tanto, faz-se uso de instrumentos como a ação civil pública e o mandado de injunção no controle concreto e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no controle concentrado, sempre com o fito de proporcionar a todos o exercício do direito à cidadania de forma mais extensa e efetiva.

Diante de um quadro de crise energética pungente causada pela ineficiência estatal em implementar políticas públicas hábeis a contorná-la, comprometendo sobremaneira o desenvolvimento econômico e social do Brasil, a judicialização de políticas públicas se alicerça como relevante ferramenta de combate à inércia estatal que macula o direito fundamental à energia e, conseqüentemente, de fomento ao desenvolvimento econômico e social do país, ao permitir o acesso à energia por grande parte da população.

Assim, percebe-se que o controle judicial de políticas públicas pode tornar efetivo o direito fundamental à energia, como ferramenta imprescindível ao desenvolvimento econômico e social do Brasil, numa perspectiva de dignidade humana e justiça social no campo do direito ao desenvolvimento.

RIGHT TO DEVELOPMENT IN THE CONTEXT OF JUDICIALIZATION OF ENERGY PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

ABSTRACT

This qualitative legal dogmatic study is applied to solve common problems to the current energy crisis faced by the Brazilian government and uses the inductive method to make connections from the particular proposition that involves the possibility of judicial control of energy public policies and their contribution to Brazilian social and economic development. Nevertheless, it makes use of bibliographical and documentary survey and content analysis and adopts an exploratory and descriptive focus on the need for greater knowledge of the proposed theme and design of the relationships between possible variables related to the right to development in national and international level, especially regarding the fundamental right to energy, with its different flows and inflows in the Public Law and Constitutional Economic Law fields. From words to practice, concluded by the contribution made by the judicialization of energy public policies in Brazil in order to guarantee the fundamental right to energy as an instrument of social and economic development.

Keywords: Right to development. Judicialization. Energy public policies.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*. Material de apoyo didáctico al Curso Básico Autoformativo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Buenos Aires, 1997.
- AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Atualidades Jurídicas*, v. 1, n. 11, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/Revista_11/pageflip.html>. Acesso em: 15 jan. 2015.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos naturais*. São Paulo: QuartierLatin, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: UNISC, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.
- CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2014.
- DIAS, Jean Carlos. O direito ao desenvolvimento sob a perspectiva do pensamento jurídico contemporâneo. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Naspolini; COUTO, Monica Benetti (Org.). *Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI*. Brasília: IPEA/CONPEDI, 2013.
- FEITOSA, Maria Luiza Alencar. Direito econômico da energia e direito econômico do desenvolvimento: superando a visão tradicional. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar; PEREIRA, Maria Marconiete. *Direito econômico da energia e do desenvolvimento: ensaios interdisciplinares*. São Paulo: Conceito, 2012.
- FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento. Limites e confrontações. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa et al. (Org.). *Direitos humanos de solidariedade: avanços e impasses*. Curitiba: Appris, 2013.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. A judicialização dos direitos sociais como desdobramento do Estado Democrático de Direito. In: PETERKE, Sven (Org.). *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- GOLDEMBERG, José. *Energia no Brasil*. Rio de Janeiro: LTC, 1979.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARTINS, Marianne Rios de Souza; KROLING, Aloísio. O papel das políticas públicas na efetividade dos direitos humanos fundamentais de 2ª dimensão. *Revista Depoimentos*, Vitória: FDV, v. 1, n. 10, p. 143-170, jan./dez. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NUSSBAUM, Martha C. *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, 2012.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Análise do crescimento econômico e do desenvolvimento humano no Brasil, sob o viés do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). *A Eficácia Nacional e Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. São Paulo: Atlas, 1999.

SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre: UFRGS, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

THEIS, Ivo Marcos. *Limites energéticos do desenvolvimento*. Blumenau: Ed. da FURB, 1996.

O SISTEMA DE SEGURANÇA DO TRABALHO ADOTADO PELO BRASIL PODE PROTEGER O TRABALHADOR EM UM CENÁRIO DE CRISE E DE POSSÍVEIS DEMISSÕES EM MASSA

Yuri Schneider*
Leandra Zatta Cassaniga**

Resumo

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua Convenção nº 102, traduzia os anseios e propósitos da proteção social, comuns às populações dos numerosos países que a integram. Nesse diploma, está disposto que a Seguridade Social é a proteção que a sociedade proporciona a seus membros, mediante uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais que, derivam do desaparecimento ou redução de sua subsistência, isso em consequência de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho ou enfermidade profissional como desemprego, invalidez, velhice, e também a proteção em forma de assistência médica e ajuda às famílias com filhos. Assim, assegura ao segurado, com base no princípio da solidariedade, benefícios ou serviços quando atingido pelas referidas contingências. O sistema brasileiro utiliza o modelo de repartição simples, na qual os ativos contribuem para os inativos.

Palavras-chave: Proteção Social. Sociedade. Solidariedade.

1 INTRODUÇÃO

O Relatório VI da 100ª sessão da Conferência da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre segurança social para a justiça social, ocorrida em 2011, busca traçar um panorama da situação da Seguridade Social em nível mundial, identificando os principais desafios e procurando respostas a tais desafios e sugestões para ações futuras da OIT nesse âmbito. O documento referido é um importante material que resume as principais questões referentes à realidade do mundo global aos olhos da seguridade social como uma necessidade e um direito.

Neste sentido, em relação aos princípios fundamentais a Conferência reconhece que as mudanças sociais são cada vez mais rápidas e entende que é preciso promover o emprego através de um ambiente econômico sustentável. Que é preciso promover o diálogo social, o tripartismo e, que é preciso respeitar os princípios e direitos fundamentais do trabalho. Assim, se pretende abordar como assunto principal a proteção que a seguridade social proporciona a sociedade e a seus membros, mediante uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais que derivam do desaparecimento ou da redução da subsistência em decorrência de desemprego.

As privações sofridas hoje por um número considerável de indivíduos, e que vai aumentando, correm o risco de serem apenas preliminares. Se já não há muito emprego e se vagas

* Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor do Programa de Pós-graduação (Mestrado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Barão de Santo Ângelo, Moinhos de Vento, 90570-090, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; yurisbr@hotmail.com

** Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Especialista em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Xanxerê; leandrazatta@hotmail.com

estão desaparecendo, empregos estes os quais a sociedade ainda se baseia e do qual depende a sobrevivência dos vivos. É importante destacar que este desaparecimento faz explodir, com uma intensidade jamais vista, o universo do não trabalho, o mundo do desemprego. Hoje, segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), quase um terço da força humana mundial disponível para o ato laborativo está exercendo trabalhos parciais, precários, temporários ou já vivencia as agruras do não trabalho, do desemprego estrutural. Perambulam pelo mundo, à cata de algo para sobreviver.

Como exemplo, dessas mudanças rápidas dentro de um sistema globalizado e competitivo, será feita uma análise das demissões nas montadoras de veículos no Estado Brasileiro. Será analisado se o Estado Brasileiro possui um sistema de proteção social. Desta forma o método de abordagem utilizado no desenvolvimento deste trabalho será o dedutivo. O estudo é de natureza bibliográfica, incluem-se nesta modalidade de pesquisa artigos, livros, legislação e documentos eletrônicos.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PROTEÇÃO SOCIAL

Na antiguidade a proteção contra os riscos sociais não constituía uma preocupação inerente ao poder político restando entregue às mãos privadas, a partir de práticas de assistência familiar e de caridade. A noção de proteção às contingências sociais durante o período da Idade Média segue a característica de prática da caridade de à assistência familiar. Assim, em relação à saúde, cabe destacar que, na alta Idade Média havia os hospitais comandados pela Igreja Católica, caracterizados pela disponibilidade de abrigo aos peregrinos, ajuda aos pobres e enfermos e, no amparo a crianças abandonadas.

Naturalmente, Yazbek (2013) descreve que aos poucos, a sociedade vai se organizando como classe trabalhadora (em sindicatos e partidos proletários), como movimento operário, com suas lutas, reivindicando e alcançando melhores condições de trabalho e proteção social. Entretanto, neste momento histórico, os riscos sociais podiam ser considerados como naturais, correspondiam às situações que sempre propiciaram algum grau de insegurança ao homem, a fome, a doença, a idade avançada, a pobreza. Tais situações de contingência ainda não se encontravam agravadas pelo modelo produtivo econômico que viria a seguir, o capitalismo.

O processo de fechamento dos campos, que expulsou em direção as cidades os camponeses, redundou ademais no processo de proletarização. O regime do *laissez-faire*¹ arrancou violentamente da terra e do comércio as classes artesanais, introduzindo-as na manufatura industrial, o que somado ao aumento demográfico europeu desse período, foi responsável por um incrível excedente de mão-de-obra.

Com a consolidação do sistema capitalista inúmeras mudanças ocorreram na produção e na organização do trabalho. Com o desenvolvimento tecnológico e o intenso crescimento da maquinaria, parte da mão de obra foi transferida para as fábricas. Na questão da mão de obra do trabalhador, o fato é que para Huberman (1986, p. 164), “[...] os capitalistas preocupavam-se mais com o bem-estar da máquina do que dos homens, buscavam o máximo de força de trabalho

¹ *Laissez-faire*: Aqui a tradução seria: “Deixem-nos em paz!” (HUBERMAN, 1986, p. 127).

pelo mínimo necessário para pagá-las.” Os trabalhadores viviam em moradias escuras, insalubres, superlotadas e, os efeitos dessas condições de habitação aparece como doença e morte dos que ali viviam.

Neste período a forma de proteção social identificada contra os riscos sociais derivaram, de manifestações paternalistas e da caridade, seja ela pública ou privada. Não existia um verdadeiro direito objetivo à Seguridade Social, muito menos, a configuração de um direito fundamental, tal como já se consideravam, nesse momento histórico. O agravamento da questão operária, a partir do fim do século XIX, acarretou a necessidade de um intervencionismo estatal, cujo primeiro paradigma normativo foram as Constituições de feição social. Os primeiros sistemas de seguro social eram caracterizados por uma concepção laboralista/mutualista. Voltam-se exclusivamente à proteção das classes trabalhadoras, através do pagamento prévio de contribuições, feito pelas pessoas protegidas ou em seu nome, e garantindo em redução ou eliminação de capacidade laboral a garantia de manutenção dos rendimentos do trabalho anteriormente auferidos (SERAU JUNIOR, 2009, p. 135).

No Brasil, a primeira legislação infraconstitucional de proteção social data de fins do século XIX, mas consolida-se no início do século XX. Os direitos sociais e a Seguridade Social, em particular, ganham status constitucional apenas nas Constituições de 1934 e 1937. Nota-se que restam configuradas as diretrizes que propiciaram o intervencionismo Estatal, tendo como intuito a realização do Estado de bem-estar social (Welfare State), tudo em busca de melhores condições de trabalho. Nesse novo contexto, o trabalhador passa a ser protegido jurídica e economicamente. “A lei passa estabelecer normas mínimas sobre condições de trabalho, que devem ser respeitadas pelo empregador.” (MARTINS, 2007, p. 6).

Apenas posteriormente é que a Seguridade Social se desvincula da questão profissional e vai se transformando pouco a pouco em verdadeiro direito fundamental, decorrente da própria cidadania e da condição da pessoa humana, fruível por toda a população independente de sua situação profissional.

Na realidade, a criação, em 1966, do Instituto Nacional da Previdência Social, proporcionou a extensão da assistência médica a todos os trabalhadores com carteira assinada. Posteriormente, a ampliação do acesso à cobertura na área da saúde alcançou outros grupos excluídos, tais como os trabalhadores rurais. Esta tendência observada pela universalização da Seguridade Social, considerada como um direito fundamental chega a seu ápice no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, caracterizada pela retomada dos ideais democráticos e o respeito à dignidade da pessoa humana (SERAU JUNIOR, 2009).

A este respeito, a proteção social no modelo neoliberal, a globalização econômica e a expansão do modelo de livre mercado, que constituíram forças de integração ao lado do progresso tecnológico permitido pela liberação das energias humanas, têm na realidade agravado desigualdades sociais entre países ricos e pobres e aumentado o número dos excluídos. Para Giddens (2003, p. 22), “[...] a realidade social apresenta uma mudança profunda, e por isso é necessário repensar o Estado e as medidas de bem-estar social.” Defende que os sistemas de seguridade social têm sido organizados para enfrentar eventos depois de sua ocorrência, e não em sua origem. Além de terem sido projetados para realidades sociais diferentes dos dias atuais.

Menezes (2012, p. 20) menciona que no Plano Beveridge² a expressão seguridade social é usada para designar a garantia de um rendimento, que “[...] substitua os salários, quando se interrompem estes pelo desemprego, por doenças ou acidente, que assegure a aposentadoria na velhice, que socorra os que perdem o sustento em virtude da morte.” Antes de tudo, segurança social significa segurança de um rendimento mínimo, mas este rendimento deve vir associado a providências capazes de fazer cessar, tão cedo quanto possível, a interrupção dos salários. Nestas condições, um sistema de segurança social parece ser um direito de resposta às demandas e necessidades sociais, a Seguridade Social traduz-se essencialmente no direito que os indivíduos e familiares tem à segurança econômica.

Se outrora, a Seguridade Social já se confundiu com o conceito de Previdência Social, atualmente isso se encontra superado pela significação da Seguridade Social como um amplo e complexo sistema de organismos e medidas tendentes não só a combater os infortúnios protegidos pelos sistemas de seguro social, e ainda contra outros não abrangidos por eles, mas também a elevar o nível de vida dos cidadãos (GARCÍA OVIDEO, 1948, p. 697). A Seguridade Social se propõe a melhorar a situação das classes sociais, preferencialmente das mais necessitadas, mas também à superação de situações de necessidades. Desta forma, converte-se em um vasto organismo de política social a serviço da justiça social.

Diante do exposto, objetivando compreender esta estrutura que permeia a seguridade Social, necessário se faz analisar as diferentes formas que lhe são possíveis no ordenamento jurídico.

2.1 ESTRUTURA DA SEGURIDADE SOCIAL

Na compressão de Ruprecht (1996, p. 51), “Seguridade Social, compreende não só a previdência social, mas também a assistência social e a beneficência, que dizer todos os aspectos que visam um estado de bem-estar social.” “É uma outra face do direito fundamental à segurança, está associada à genética do paradigma do Estado de bem-estar e é símbolo inconfundível da terceira geração de direitos fundamentais.” (STRAPAZZON, 2012, p. 514). Sendo assim, Seguridade Social, pode ser compreendida, como a função estatal de garantir e atender as necessidades básicas e vitais da população, atinentes a todo o gênero humano independente de pertencimento a qualquer categoria profissional.

É importante considerar que para que se cumpram os objetivos de proteção social, a ideia de Assistência Social gira em torno da “[...] teoria do mínimo existencial, que tem a função de atribuir ao indivíduo, de um direito subjetivo oponível contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna.” (KRELL, 2002, p. 62). Para o autor o mínimo vital diferencia-se de acordo com cada realidade histórica-social, e inclui o atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à alimentação e vestimentas, a educação e a garantia de moradia. E que, desta forma, tem se entendido que o mínimo vital pode abarcar políticas públicas da modalidade de fornecimento de rendas mínimas de inserção na sociedade.

² William Henry Beveridge, 1º Barão de Beveridge foi um economista e reformista social britânico. Elaborou em 1942, durante a Segunda Guerra Mundial, o Report on Social Insurance and Allied Services, conhecido como Plano Beveridge, visando libertar o homem da necessidade.

Eis a razão de que a ideia de resposta às contingências sociais, as necessidades sociais e suas medidas protetoras estão intimamente associadas ao que se conhece como o bem-estar social. Mas, o conceito de bem-estar social depende do ângulo o qual é visto, pode ser de alcance restrito ou amplo. Para Ruprecht (1996, p. 19), é um meio restrito quando compreendem programas e serviços de pessoas pobres, portadores de deficiência, alienadas, isto é, que não tem condições de se defender a si próprios. Já o conceito amplo considera todos os planos sociais organizados que tem como objetivo principal o bem-estar do povo num contexto social. É o caso da extensa gama de políticas e serviços que entram nos vários aspectos da vida do povo, suas rendas, segurança, saúde, habitação, educação, lazer e condições culturais.

Em relação a estrutura a seguridade social, há que se ter em mente, que as diferentes formas que lhe são possíveis (universalistas, assistencialista e laboralista/mutualista) não se encontram nos diferentes ordenamentos jurídicos de forma pura, normalmente combinam em medida, elementos e estrutura destas diversas modalidades de Seguridade Social.

Diante disso, e na análise das prestações da Seguridade Social, os benefícios da Seguridade podem ser concedidos na entrega de certo montante em dinheiro aos segurados beneficiários de serviços. Desta forma, os beneficiários, diante da universalização da Seguridade Social, são todos os cidadãos de um determinado Estado. Indo mais além, “[...] os direitos sociais são direitos a prestações materiais do Estado, concedidos para atenuar as desigualdades de fato na sociedade.” (SERAU JUNIOR, 2009, p. 156).

O custeio é também característica do sistema de Seguridade Social, assim o sistema previdenciário é diretamente contributivo, já a Assistência Social e a Saúde, estruturam-se a partir de sistemas de custeio indireto. Os sistemas de custeio da seguridade Social, tanto em relação à Previdência Social, onde a contribuição e a arrecadação são diretas, quanto para a Saúde e a Assistência Social são fundamentados e orientados a partir do princípio da solidariedade social (CORREIA, 2008, p. 66).

Todavia, o princípio da solidariedade é o princípio fundamental da Seguridade Social é justamente o fator que contrapõe a dualidade entre as atividades e obrigações dos particulares e do Estado quanto à proteção social. Para Comparato (2000, p. 36), “[...] a vida em sociedade, se não for permeada pela harmonização ética, fundada na solidariedade e nos direitos humanos, tende à desagregação, em razão da inevitável prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos.” Ou seja, a ideia de solidariedade corresponde à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer grupo social.

Outro fator importante da seguridade Social é a redistribuição de renda, parece que a produção global afeta a esfera individual pelas mudanças no mercado de trabalho e a preocupação com a exclusão social. Desde o pós-guerra que os Estados vêm reestruturando e rediscutindo as garantias sociais o que para Dupas (2001, p. 16), “[...] gera um sentimento de injustiça e de piora das condições de vida.” Assim, no âmbito do sistema capitalista de produção, o que enseja a venda da força de trabalho e a sujeição de riscos sociais, como por exemplo, o desemprego.

Parece clara a conduta de que a economia global está agravando a exclusão social. O avanço na sociedade parece não garantir postos de trabalhos compatíveis em qualidade e renda com as necessidades mínimas dos cidadãos. Diante dos objetivos apresentados pelo presente estudo, necessário se faz a compreensão do sistema de Segurança Social brasileiro.

2.2 O SISTEMA DE SEGURANÇA SOCIAL ADOTADO PELO BRASIL

O sistema brasileiro de direitos de Seguridade Social pode ser compreendido a partir de quatro diferentes fases. O primeiro é o modelo pré-constitucional de direitos sociais. O segundo é o modelo Constitucional de Seguridade Social, o terceiro surgiu a partir da entrada em vigor de leis especiais chamado de modelo liberal. O quarto é o modelo orientado pelos direitos humanos. Assim, antes de 1988, o Brasil não adotava um modelo de proteção social correspondente ao ideário da Seguridade Social, isto é, “[...] um modelo integrado de direitos a políticas públicas destinadas a proteger a dignidade de todas as pessoas e a fortalecer a coesão social.” (STRAPAZZON; CAVALHEIRO, 2013, p. 3).

Nesta linha, os citados autores, visualizam ainda, que a Assembleia Nacional Constituinte, (1987-1988), trouxe uma nova concepção sobre direitos sociais e dever coletivo em face de riscos sociais. O modelo normativo foi alterado e iniciou a segunda fase, a organização das instituições e a gestão das políticas públicas passa a ser a proteção social universal dos brasileiros. Isto é, a nova ideia de segurança social tende para um modelo que rejeita as anteriores formas de discriminação decorrentes da origem (urbana ou rural), ou do status econômico (trabalhador contribuinte ou não contribuinte). Ficou formalmente estabelecido como direito constitucional que o Estado brasileiro deve proteger os cidadãos contra os riscos sociais relativos à morte, à saúde, a capacidade laboral e à renda mínima.

A seguridade social é reconhecida como um fator poderoso e crucial de equilíbrio socioeconômico, segundo o Relatório VI da 100ª sessão da Conferência da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre segurança social para a justiça social, vários países aplicaram mesmo que de uma forma reduzida a redistribuição de renda, influenciando positivamente no espaço econômico de cada país. Historicamente foram os trabalhadores que em relação de dependência jurídica lutaram para conseguir leis de seguridade social, a fim de poderem satisfazer as suas necessidades. Genericamente falando, o objetivo da seguridade social consiste em atender a determinadas necessidades dos integrantes da comunidade diante de situações que lhes tragam prejuízo, em geral econômico, assim a seguridade social deve adequar-se às situações do momento em que se vive, não pode haver uma instituição na contramão da realidade.

Foi na terceira fase, a liberal que se afasta do ideal constituinte de Seguridade integrada. A quarta fase tem início com a aprovação da Emenda Constitucional 45/2004 e, depois de 2008, quando foi decidido o caso do Depositário Infiel pelo Supremo Tribunal Federal (HC 87.855; RE 466.343). A partir daí a natureza jurídica dos direitos legais e constitucionais protegidos por tratados de direitos humanos tornaram-se mais importantes. “Compreender, respeitar, proteger e promover os direitos constitucionais de Seguridade Social como direitos humanos e fundamentais é desafio permanente das políticas públicas, da jurisprudência e da teoria dos direitos fundamentais do Brasil.” (STRAPAZZON; CAVALHEIRO, 2013, p. 5).

Assim, já se sabe que a seguridade social não pode ser confundida com política social. Ruppert (1996, p. 56) explica que “[...] o objetivo de política pública é a prosperidade econômica é a obtenção do pleno emprego num estado de bem-estar social. Neste sentido, a seguridade social, busca proporcionar um nível de vida digno para os mais carentes.” Em razão disso, a dignidade das pessoas e a igualdade democrática, os direitos de atenção à Saúde e de Assistência Social foram os que melhor incorporaram esse novo ideário. Os direitos previdenciários, apesar do avanço em

relação à igualdade entre trabalhadores urbanos e rurais, permaneceram atrelados à concepção contratual e econômica de segurados contribuintes.

Mas, muitas vezes é difícil de separar o que é consequência de seguridade social do que é produto de política social. Não se pode negar que a política social influi na seguridade social, pois quanto mais riqueza cria, mais benefícios podem ser autorgados mediante a seguridade social e a liberação de muitas responsabilidades (SILVA, 2012, p. 69).

A Previdência implica em matéria de segurança social, ou seja, tem por objetivo dispor do necessário para enfrentar contingências que ocorrem ou podem ocorrer na vida dos indivíduos, existem situações de contingências imprevisíveis que provocaram estados de necessidades aos indivíduos, que é preciso ser superado. Além disso, a segurança social veio para solucionar problemas, que os seguros sociais eram por si só incapazes de resolver (como garantir a segurança econômica de seus membros). A seguridade social vem representar uma solidariedade que não significa um benefício, mas um direito de todos e para todos (RUPRECHT, 1996, p. 36).

Continuando em sua análise o autor declara ainda que o reconhecimento da dignidade humana é outro dos objetivos da seguridade social. Todos nascem livres e devem viver com dignidade. Só assim o homem alcança sua verdadeira dimensão e ocupa o lugar que lhe cabe na sociedade. Ao se saber protegido das necessidades sociais, quem carecer de meios insuficientes e, não pode encarar ditas contingências, sente-se seguro e tem tranquilidade ao saber que existe um sistema de proteção social disponível a todos (RUPRECHT, 1996, p. 52).

3 CONTINGÊNCIAS SOCIAIS

O objeto da seguridade social é a cobertura das necessidades sociais que afligem o homem em seus múltiplos aspectos, podendo ser preventiva, reparadora e recuperadora. No princípio, o que se amparava eram os riscos ou acontecimentos prejudiciais que ocorriam na vida dos indivíduos, como morte, doença. Mas, à evolução do Direito da Seguridade Social, foram-se acrescentando aspectos que não significavam apenas riscos, mas, contingências que de alguma forma influíram na vida das pessoas. O conceito de contingência tem um caráter mais político social do que jurídico.

Para Ruprecht (1996, p. 65), por contingências sociais pode-se entender todo o acontecimento capaz de determinar uma necessidade social ou que, de algum modo, influi na vida dos indivíduos. Quanto à classificação das contingências, há várias opiniões, por mais que se tente definir uma única contingência que abranja todas as contingências sociais, isso é utópico, visto que cada contingência tem suas características próprias e é produto de política socioeconômica que não é igual para todos os casos. A OIT na Convenção 102 em seu artigo 16 estabeleceu a seguinte classificação por origens físicas, “doença, invalidez, maternidade, acidente, morte” e, no artigo 104 fala sobre a promoção do emprego e proteção contra o desemprego.

No Brasil existe o sistema de filiação obrigatória ao regime geral de previdência social de contribuição e benefícios. Desta forma, aos trabalhadores empregados que mantêm regular vínculo empregatício é obrigatória a filiação ao sistema previdenciário mantido pelo poder público e voltado principalmente para a iniciativa privada, que oferece ao cidadão contribuinte proteção social em forma de benefício nas mais diversas contingências. Essa filiação se realiza automaticamente não sendo necessária qualquer formalidade adicional à própria contratação do

operário. A contribuição mensal realiza-se nos termos do art. 20 da Lei 8.212/91 (BRASIL, 1991).³ Assim, por salário de contribuição deve-se entender o total da remuneração mensal auferida pelo trabalhador, composto por parcelas de natureza salarial destinados à contratação do trabalho desenvolvido,⁴ sendo do empregador a obrigatoriedade de efetuar o desconto correspondente e o repasse dos valores aos cofres previdenciários.⁵

O presente estudo (como narrado na introdução), objetiva a compreensão da seguridade social adotada pelo Brasil se pode proteger o trabalhador em um cenário de crise e de possíveis demissões em massa. Usaremos como exemplo específico as montadoras de veículos no Estado brasileiro.

4 MONTADORAS DE VEÍCULOS NO ESTADO BRASILEIRO

Ao se iniciarem os estudos específicos sobre segurança social é importante destacar que são “[...] os direitos sociais que mais têm suscitado controvérsias no que diz respeito a sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização.” (SARLET, 1999, p. 131). O Brasil está entre os dez países com a maior economia do mundo e possui uma Constituição avançada no que diz respeito aos direitos sociais. A OIT, na Convenção 102 reconhece e expressa que as mudanças são cada vez mais rápidas e resume que é necessário, promover o emprego através de um ambiente econômico sustentável, desenvolver e reforçar medidas de proteção social, promover o diálogo social e o tripartismo e respeitar os princípios e direitos fundamentais do trabalho.

Recentemente no Brasil a indústria automobilística por conta da forte recessão nas vendas, já fechou mais de 3.600 postos de trabalho desde o começo do ano. Há mais de uma década o setor não enfrentava um primeiro trimestre com números tão ruins. Mais de 18 mil postos de empregos no setor foram fechados desde outubro de 2013. Isso ocorreu porque houve uma queda de 8% na produção de veículos e 32% de queda nas exportações para a Argentina. Segundo o presidente da **Fenabreve** (Federação Nacional da Distribuição de Veículos), as vendas devem fechar 2015 com queda de 10%. Em 2014, a redução foi de 6,64% (MELLIS; OLIVEIRA, 2015).

As empresas apontam que o fim da isenção do IPI é responsável pela crise no setor e, os empresários são unânimes ao afirmar que existem outros fatores que agravam a atual situação como a falta de investimento em infraestrutura e da complexidade do sistema tributário. Já os economistas informam que a inflação alta, a queda do consumo diante das incertezas sobre a extensão do ajuste fiscal e, o temor do desemprego fazem com que os consumidores não adquiriam

³ Art. 20. A contribuição do empregado, inclusive o doméstico, e a do trabalhador avulso são calculadas mediante a aplicação da correspondente alíquota sobre o seu salário-de-contribuição mensal, de forma não cumulativa de acordo com a seguinte tabela:

Salário-de-contribuição	Alíquota em %
até 249,80	8,00
de 249,81 até 416,33	9,00
de 416,34 até 832,66	11,00

⁴ Lei n. 8.212 de 24.7.1991, art. 28, inciso I (BRASIL, 1991).

⁵ Lei n. 8.212 de 24.7.1991, art. 30, inciso I, alínea a (BRASIL, 1991).

novos veículos. A crise nas montadoras tem impacto negativo no PIB e terão de ter a atenção do governo (ABREU, 2015).

Neste cenário, os impactos são visíveis,⁶ mas parece que o impacto social das demissões ainda não foi completamente percebido, por conta disso a necessidade de se criar e se manter sistemas de proteção contra o desemprego é enorme. A importância de tal proteção foi amplamente reconhecida após a crise financeira asiática de 1998. As consequências de crises financeiras atuais demonstram que os países com sistemas desenvolvidos de proteção social têm sofrido muito menos em termos de desemprego em relação a países com redes de segurança pobres. No Brasil a ideia de Seguridade:

[...] cuida que os cidadãos tenham acesso a um conjunto de direitos e seguranças que cubram, reduzam ou previnam situações de risco e de vulnerabilidades sociais. Assim sendo, a Seguridade brasileira emerge como um sistema de cobertura de diferentes contingências sociais que podem alcançar a população em seu ciclo de vida, sua trajetória laboral e em situações de renda insuficiente. Trata-se de uma cobertura social que não depende do custeio individual direto. Destaca-se nessa cobertura a Assistência Social como expressão plenamente inovadora, no âmbito da Proteção Social não contributiva, pelo reconhecimento de direitos de seus usuários nos marcos jurídicos da cidadania. Nesse sentido, amplia o processo civilizatório da sociedade brasileira. (YAZBEK, 2013, p. 16).

Um sistema de proteção social apresenta-se como uma complexa rede de distribuição e redistribuição de renda, aplicando significativas parcelas do Produto Interno Bruto (PIB) em ações e programas sociais. A política social busca: i) a geração de oportunidades e de resultados para indivíduos ou grupos sociais; e ii) garantir ao indivíduo segurança em determinadas situações de dependência (por exemplo, desemprego). Para tal tarefa, por meio de

[...] uma intrincada rede de tributos, transferências, provisão de bens e serviços, recursos são distribuídos e redistribuídos em múltiplos sentidos, entre ricos e pobres, jovens e idosos, famílias com e sem crianças, saudáveis e doentes. Em sua trajetória histórica, cada sociedade incorpora o reconhecimento de determinados riscos sociais e igualdades desejáveis, exigindo que o Estado assuma a responsabilidade por sua defesa e proteção. (CASTRO, 2009).

No enfrentamento à uma crise Falcão (2009, p. 6) destaca que parte importante do sistema de proteção social consiste em políticas públicas que agem diretamente sobre a distribuição de renda: (i) fortalecendo o mercado de trabalho e o seguro-desemprego; (ii) garantindo o acesso à renda da população inativa por meio dos benefícios da Previdência Social e dos benefícios de prestação continuada da assistência social.

Neste ponto Vieira, salienta que “[...] sem justiça e sem direitos, a política social não passa de ação técnica, de medida burocrática, de mobilização controlada ou de controle da polí-

⁶ A Wolkwagem em São José dos Pinhais aprovou a proposta de suspender 400 contratos de trabalho a partir de maio deste ano; a Renault cortou parte da produção depois do carnaval, e o feriado do dia 21 (Tiradentes) prorrogou até final de semana; a Fiat concedeu férias coletivas de 20 dias a 800 funcionários na fábrica de Betim (MG); a Mercedes-Benz anunciou um plano de demissão voluntária de 2 mil operários em São Paulo que ficam afastados por licença remunerada (MELLIS; OLIVEIRA, 2015).

tica quando consegue traduzir-se nisto.” Não existe direito sem sua realização e sem suas mediações e a Política Social é sem dúvida mediação fundamental.

Se entendermos que, no contexto de crise e na nova ordem das coisas, está em disputa, uma direção para a sociedade brasileira, cabe interferir na construção dessa direção onde a medida sejam os interesses das classes subalternas na sociedade. Cabe construir sua hegemonia, criar uma cultura que torne indeclináveis seus interesses. Para isso é preciso “[...] enfrentar desafios e nos desvencilhar de certas determinações e de certos condicionamentos impostos pela realidade mesma em que estamos inseridos e de algum modo limitados por ela.” (YAZBEK 2013, p. 28). Embora saibamos que escapa às políticas sociais, às suas capacidades e objetivos de reverter níveis tão elevados de desigualdade, como os encontrados no Brasil, não podemos duvidar dessas políticas. Elas podem ser possibilidade de construção de direitos de uma ordem justa e igual.

O que se sabe é que estes trabalhadores demitidos têm seus direitos trabalhistas assegurados, o Seguro Desemprego funciona como um mecanismo automático de estabilização, na medida em que seu gasto tende a crescer quando as demissões crescem. Consequentemente, é uma resposta rápida à diminuição da massa salarial por conta de uma retração da atividade econômica. No Brasil, o trabalhador desempregado tem direito a, no mínimo, três e, no máximo, cinco parcelas de seguro desemprego (depende do tempo em que esteve empregado).

A taxa de reposição feita pelo seguro desemprego repõe o salário do trabalhador, durante um período curto, o que é compatível com a busca de emprego em um contexto de crescimento, mas não é suficiente para o desemprego de longa duração. Neste período podem os trabalhadores procurar por outro emprego, mas um fato importante de ser mencionado aqui é se o trabalhador em um cenário de sistema globalizado tem condições de retornar ao mercado de trabalho e, se no Brasil (nesta gigantesca onda de imigrantes chegando todos os dias para disputar postos de trabalho), disponibiliza de vagas de emprego em proporções necessárias para superar a demanda da sociedade brasileira (FALCÃO, 2009, p. 6).

Outra preocupação é se as redes de proteção social, em geral, e o programa de seguro desemprego, em particular, podem apresentar-se como estabilizadores de renda em países onde a rotatividade da mão de obra é considerada elevada como no Brasil. No entanto, o sistema de proteção social brasileiro hoje contempla uma diversificada gama de políticas públicas, (como educação, previdência social, saúde, assistência social, emprego, cultura, defesa dos direitos humanos e combate à discriminação, além de políticas na área de infraestrutura social). Tudo isso em conjunto, protege a sociedade de uma série de riscos, geram oportunidades combatendo as desigualdades e promovendo a cidadania.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, resta evidenciado que no caso das demissões nas montadoras de veículos brasileiras, o trabalhador tem por um curto período de tempo reposição salarial feita pelo sistema de seguridade social, mas, em longo prazo não possui um sistema que supere as necessidades básicas do trabalhador e de seus familiares. Apesar das conquistas da Constituição no campo da seguridade social, é impossível deixar de sinalizar seus limites estruturais na ordem capitalista.

O que parece que precisa ser feito é a busca o mais rápido possível de uma solução para a crise econômica brasileira, a reestruturação do quadro regulamentar do sistema financeiro, o

controle público dos sistemas de segurança social baseado na solidariedade como um pré-requisito para o progresso sustentável.

Desta forma, vai o Brasil de encontro com as recomendações da OIT que declara estar particularmente preocupada com o fato de que a atual crise financeira e econômica global teve um efeito de integração negativa das políticas financeiras, econômicas e sociais, ao abrigo do qual os problemas financeiros conduzem à recessão econômica, a déficit orçamentário, leva a cortes na proteção social, causa o rompimento do diálogo social, que, por sua vez, ameaça à coesão social e a estabilidade política.

THE LABOR SAFETY SYSTEM ADOPTED BY BRAZIL MAY PROTECT THE WORKER IN A CRISIS AND POSSIBLE MASS DISMISSAL SCENARIO

ABSTRACT

The International Labor Organization (ILO) in its Convention No. 102 translated the wishes and purposes of social protection, common to the peoples of many countries belonging to it. In this diploma, it was provided that Social Security is the protection that society provides to its members, through a series of public measures against economic and social deprivation that stem from the disappearance or reduction of their livelihood, so as a result of sickness, maternity, industrial accident or occupational disease as unemployment, disability, old age, and also the protection in the form of medical care and assistance to families with children. Thus ensures the insured based on the principle of solidarity, benefits or services when hit by such contingencies. The Brazilian system uses the simple distribution model, in which the assets contribute to inactive.

Keyword: Social protection. Society. Solidarity.

REFERÊNCIAS

- BEVERIDGE, Sir William. O plano Beveridge: relatório sobre o seguro social e services afins. Tradução Almir Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.
- BRASIL. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jul. 1991.
- CASTRO, Jorge. A CF/88 e as políticas sociais brasileiras. In: CARDOSO JÚNIOR, José Celso (Org.). A Constituição Brasileira de 1988 Revisitada. Brasília: Ipea, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Legislação previdenciária comentada. São Paulo: DPj, 2008.
- DUPAS, Gilberto. Economia Global e Exclusão Social: pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- FALCÃO, Maria Luiza. *Sistema de proteção social brasileiro: promovendo equidade e desenvolvimento*. Subsídios para o debate: Comitê Técnico do Observatório da Equidade. Brasília, 2009.
- GARCÍA OVIDEO, Carlos. *Tratado elemental de derecho social*. Madrid: Epesa, 1948.
- HUBERMAN, Leo. História da riqueza do homem. Tradução Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Social security for social justice and a fair globalization - Report IV. International Labour Conference. 100th Session. Geneva: ILO, 2011.

KRELL, F. Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLIS, Fernando; OLIVEIRA, Diogo de. *Queda nas vendas puxa onda de demissões nas montadoras de veículos do País*. Disponível em: <<http://r7.com/cY9H>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

MENEZES, Adriana de Almeida. *Direito previdenciário*. 2. ed. rev. e ampl. 2012.

RUPRECHT, J. Alfredo. *Direito da seguridade social*. São Paulo: LTr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade social como direito fundamental material*. Curitiba: Juruá, 2009.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. Nova fase dos direitos de seguridade social: um recomeço. In: STRAPAZZON, C. L.; SERRAMALERA, M. B. (Org.). *Direitos Fundamentais em Estados Compostos*. Chapecó: Ed. Unoesc, 2013.

STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). Âmbito de proteção dos direitos fundamentais de seguridade social: o orçamento da seguridade social. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido. *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *A relação de emprego e os impactos decorrentes dos benefícios previdenciários*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2010.

VIEIRA, Evaldo. *Os direitos e a política social*. São Paulo: Cortez, 2004.

YAZBEK, Maria Carmelita. *Sistema de proteção social brasileiro: modelo, dilemas e desafios*. 2013. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

A (IN) EFICÁCIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: REALIDADE E UTOPIA NA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

Catia da Silva*
Eloisa Nair de Andrade Argerich**

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo apresentar uma breve análise do Sistema penitenciário no Brasil, com foco na atuação do Estado e da sociedade por meio de políticas públicas que visem a garantir o papel educativo da pena. Busca, também, retratar as dificuldades encontradas pelos apenados, levando-se em conta a precariedade das instituições carcerárias, as condições subumanas nas quais vivem dentro do cárcere e a consequente falência do sistema penitenciário brasileiro. A pena constitui-se no fator principal da (des) socialização, pois é o que provoca repúdio e preconceito por parte da sociedade, fazendo com que o indivíduo volte a reincidir e viver à margem da sociedade, sem ter o mínimo de dignidade. Assim, é importante discutir a adoção de políticas públicas que efetivamente promovam a ressocialização do apenado, usando como ferramenta básica a Lei de Execução Penal e seus dois eixos: punir e ressocializar. Diante dos dados pesquisados fica evidente a necessidade de um maior empenho na busca por políticas educacionais que integram o apenado na sociedade, como por exemplo, campanhas educativas na imprensa e apoio a projetos que incentivem o reeducando a se profissionalizar e a sua aceitação no mercado de trabalho. Palavras-chave: Lei de Execução Penal. Educação. Dignidade da Pessoa Humana. Ressocialização. Sistema Carcerário.

1 INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro a partir da reforma penal de 1984 passou a adotar o sistema retributivo-preventivo. Ao contrário das teorias absolutistas, a teoria mista usada em nosso ordenamento jurídico, como instrumento de defesa da sociedade tem a função de reeducar o delinquente e intimidar os demais a não se envolver em delitos.

Partindo deste pressuposto, de que a prevenção do delito é um dos objetivos da pena privativa de liberdade, a justiça brasileira passou a adequar-se aos ideais de educação e ressocialização dos delinquentes. Com o advento da Constituição Federal de 1988, há entendimento de que a existência de um Estado democrático de direito abre possibilidade de reinserção social daquele que sofre a sanção penal, dessa forma, a pena deve ser cumprida em condições que preservem a dignidade do homem e cumpra seus objetivos. Beccaria (2009, p. 56) sustenta que: “[...] é, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proposições, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.”

* Graduada em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul; katya-kachuk@hotmail.com

** Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul; Professora colaboradora da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Rua do Comércio, 3000, Universitário, 98700-000, Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil; argerich@unijui.edu.br

A Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal é de suma importância para a defesa dos direitos do apenado, mas há a necessidade de o Estado buscar formas de cumprir com o objetivo da pena: o de punir e ressocializar o apenado.

A ressocialização como objetivo da pena compreende um processo que reúne o delinquente, o Estado e a sociedade e, esse processo se desenvolve por meio da educação da sociedade com o intuito de “aceitar” o apenado como um ser social. Durkheim (2004, p. 41) entende que através da educação chegar-se-á ao papel ressocializador da pena:

A educação é ação exercida pelas gerações adultas, sobre as gerações que não se encontram ainda preparadas para vida social; tem por objetivo suscitar e desenvolver na criança certo número de estados físicos, intelectuais e morais reclamados pela sociedade política, no seu conjunto, e pelo meio especial a que a criança, particularmente, se define.

Durkheim entende que a pessoa nasce como um ser social e passa por um processo de socialização, afirmando que aqueles que crescem em áreas marginalizadas tendem a se (des) socializar e transgredir a norma penal e, isso é o resultado de um processo histórico de desigualdades sociais e exclusão de minorias.

Sendo assim, o cárcere deveria funcionar como um instrumento do Estado, onde o transgressor cumpre sua pena, constituindo um processo para sua socialização. Baratta (2002, p. 167), criminologista italiano, faz uma crítica a essa possível ressocialização, que deveria acontecer dentro das prisões:

O elemento realista é dado pela consciência de que, na maior parte dos casos, o problema que se coloca em relação ao detido não é, propriamente, o de uma ressocialização ou de uma reeducação. Na base do atual movimento de reforma penitenciária se encontra, antes, a representação realista de que a população carcerária provém, na maior parte, de zonas de marginalização social, caracterizadas por defeitos que incidem já sobre a socialização primária na idade pré-escolar. Observando-se bem, o que parecia um simples matriz filológico na definição do fim do tratamento (“socialização” ou “ressocialização”) revela ser uma mudança decisiva do seu conceito. Isto muda a relação entre a instituição carcerária e o complexo de instituições, privadas e públicas, prepostas para realizar a socialização e a instrução. O cárcere vem a fazer parte de um continuum que compreende família, escola, assistência social, organização cultural do tempo livre, preparação profissional, universidade e instrução dos adultos.

É indiscutível que a ressocialização do apenado depende da integração das mais diversas instituições públicas e privadas, mas, também, deve-se levar em consideração que integração social do apenado é buscada pela execução penal, já que ela é fundada na teoria mista ou eclética. Significa que mesmo a pena tendo caráter retributivo, não requer somente a prevenção de delitos, mas também a humanização do apenado e a continuidade das ações faz parte deste processo.

O ideal ressocializador da pena em nosso ordenamento jurídico não passa de uma utopia na tentativa de buscar uma resolução para questão dos apenados e egressos do sistema carcerário em nosso país.

Nesse sentido, Baratta (2002, p. 167) destaca que:

O tratamento penitenciário e a assistência pós-penitenciária prevista pelas novas legislações são um setor altamente especializado deste continuum, dirigido a recuperar atrasos de socialização que prejudicam indivíduos marginalizados, assim como as escolas especiais tendem a recuperar os menores que se revelaram

inadaptados à escola normal. Ambas são instituições especializadas para integração de uma minoria de sujeitos desviantes.

A partir dessa ideia, é bem verdade que não há como separar a punição da humanização, pois ambas se complementam e buscam a melhoria do apenado como pessoa. Observa-se, ainda, que, os apenados são aquelas pessoas que vivem em conflito com a sociedade e com a lei, portanto, não possuem condições de se ressocializar e necessitam de apoio para retornar ao convívio familiar e social.

As preocupações com o sistema penitenciário atual justificam-se ante os alarmantes índices que demonstram a sua falibilidade. Quando encarcerado, o indivíduo perde o respeito a sua dignidade humana e o cárcere é tido apenas como o local para o pagamento pelo crime cometido, negligenciando-se a real função a que a pena deveria atingir, qual seja de conscientização em face ao delito praticado e aos anseios da sociedade para com seus membros.

Cabe destacar que a (in) eficácia da Lei de Execução Penal vai além da esfera pública, pois ressocializar, segundo Shecaira e Corrêa Junior (1995, p. 44) significa “[...] a efetiva reinserção social, a criação de mecanismos e condições para que o indivíduo retorne ao convívio social sem traumas ou sequelas, para que possa viver uma vida normal.”

No entanto, sabe-se que a falibilidade do sistema carcerário coloca em questionamento a produção de resultados da Lei de Execução Penal, quanto a reinserção social do recluso, o que possibilita o retorno à criminalidade.

2 A (IN) EFICÁCIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO NO BRASIL

Primeiramente, é fundamental tecer alguns comentários sobre a Lei de Execução Penal (LEP), haja vista que, dispõe em seu artigo 1º a finalidade da prisão e o objeto da aplicação da lei penal: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e propiciar condições para a harmônica integração do condenado e do internado.”

Observa-se que, a intenção do legislador ao elaborar tal dispositivo visava não tão-somente a aplicação da decisão judicial, mas oportunizar condições para a à integração do condenado, ou seja, a sua reinserção social por meio de “[...] assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado ao meio social, em condições favoráveis para a sua integração.” (MIRABETE, 2004, p. 28)

Certamente que a pena privativa de liberdade tem a finalidade de preparar o apenado para viver em sociedade, mas o que se verifica dentro dos estabelecimentos prisionais é a formação de grupos de uma sociedade marginalizada, discriminada, que não apresenta em sua estrutura elementos de convívio em uma sociedade livre e, “[...] convivendo com outros, totalmente antagônicos, que são rudes e primitivos, que costumam persistir até após a recuperação da liberdade, e que manifesta-se ao entrar em conflito com a sociedade livre.” (ZAFFARONI, 2001, p. 790).

Denota-se, assim, que ao analisar a exposição de motivos da Lei de Execução Penal se coloca em xeque a sua eficácia, pois para enfrentar a ressocialização do preso, sua volta ao convívio social, é imprescindível o apoio comunitário, sua participação na execução da pena, seja por meio da assistência à saúde, religiosa, trabalho externo em atividades privadas, tratamento ambula-

torial, etc. ou como fiscalizadora dessas ações, mas a realidade que se apresenta é totalmente diferente (MIRABETTE, 2004, p. 47).

Alerta-se que, em decorrência dessa realidade contraditória, na qual por um lado há a exclusão do preso da sociedade, ao encarcerá-lo para cumprir a pena e, por outro lado, há a necessidade de cumprir a Lei de Execução Penal e realizar a reinserção social do preso. Contudo, com a falta de políticas públicas implementadas pelo Estado para amenizar os problemas que tomam conta do sistema carcerário brasileiro, tais como: a superlotação das casas prisionais que não possibilitam a individualização do preso, a falta de equipe técnica preparada, falta de trabalho para todos que preenchem os requisitos exigidos pela lei, predominando a ociosidade; falta de espaço adequado para as refeições, contribuem para o não alcance do fim da pena, qual seja a sua reinserção social (BITENCOURT, 2001, p. 231).

Pesquisas recentes do Sistema Nacional de Informação Penitenciária - Infopen demonstram que:

[...] o Brasil ostenta o quarto lugar no ranking dos países com maior população carcerária no mundo, com mais de 550 mil pessoas presas. Entre 1992 e 2012, a população carcerária brasileira saltou de 114 mil para aproximadamente 550 mil pessoas presas: recrudescimento de 380%. (BRASIL, 2015).

Em um comparativo com os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2015), o crescimento demográfico foi menor, tanto que “[...] no mesmo intervalo de tempo, a população brasileira cresceu 30%.”

Como já ressaltado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro afasta o preso da sociedade com a intenção de prover condições efetivas para o mesmo aderir novamente ao meio social, mas o que se verifica é uma situação diferente, pois a realidade do sistema prisional brasileiro está muito longe de cumprir o que determina a lei, quanto aos direitos que um preso tem para viver dignamente.

Neste cenário, surge o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos da República e a necessidade de sua efetivação no sistema prisional brasileiro, mostra que este não está adequado às disposições de lei, desrespeitando os direitos fundamentais do condenado, afrontando diretamente as garantias constitucionais e os direitos humanos.

Acerca desse assunto, Sarlet (2006, p. 60) sustenta que:

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências 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.

É imprescindível que se reconheça que nem sempre o Estado cumpre com a promoção e a garantia de uma existência digna à pessoa humana, acabando por violar preceitos constitucionais

e, isso se percebe sem sombra de dúvida no cotidiano das penitenciárias brasileiras, nas quais há uma grande massa populacional atípica, vivendo em condições precárias e desumanas, como é o caso dos apenados.

A total ausência de condições adequadas das penitenciárias brasileiras é uma afronta explícita à dignidade humana, pois segundo Moraes (2010, p. 25), “[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa [...] constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar [...]” Portanto, o Estado deve garantir o acesso a meios e formas de sobrevivência que lhes proporcionem condições para reabilitar-se moral e socialmente, enquanto estiverem sob sua custódia.

Corroborando com conceito de que o princípio da dignidade da pessoa humana é o mínimo que o Estado deve garantir ao indivíduo, Bedin (2002, p. 54) assevera que:

O presente direito, por outro lado, abrange vários outros direitos, tais como: direito à proteção contra a autoincriminação, direito à ampla defesa, direito ao contraditório, direito ao juiz natural, direito à publicidade dos atos processuais e direito à isonomia processual.

O reconhecimento destes direitos e o respeito por todos eles é fundamental, pois é através deles que é possível construirmos um Direito Penal e um Processo Penal democrático e comprometido com a dignidade humana.

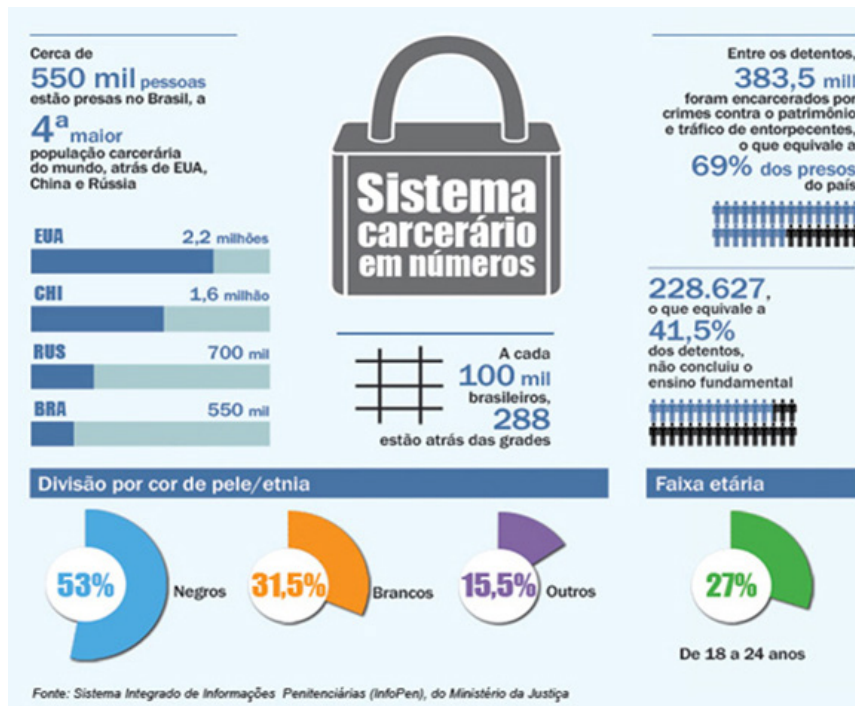
Pode-se afirmar que, o reconhecimento dos direitos fundamentais perpassa todo o período histórico da humanidade e é inerente a todo o ser humano, independentemente de classe social, cor, raça, gênero e nesses se incluem, também os direitos dos apenados.

A superlotação dos presídios brasileiros é um dos mais graves problemas que geram a violação dos direitos humanos, atingindo diretamente a integridade moral do preso. A maioria dos estabelecimentos prisionais estão superlotados, o que o deixa extremamente perigoso, pois gera um aumento de tensão entre os detentos, elevando a violência entre eles.

Ao efetuar análise dos dados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária - Infopen, as estatísticas são estarrecedoras, e acaba por confirmar que a falência do sistema prisional é resultado de um processo histórico e social do nosso país, demonstrando velhas mazelas que derivam das desigualdades sociais que culminam por deixar o indivíduo a beira da marginalidade. No gráfico abaixo, pode-se constatar que, a maioria dos apenados são jovens negros de baixa escolaridade que estão presos por crimes relacionados ao tráfico de drogas.

Sabe-se que são muitas as formas de ressocialização do preso estabelecidas pela lei de Execução Penal, mas se encontram em contraste com os gráficos que serão analisados, mostrando que no Brasil está alarmante a situação quando se refere à superlotação dos presídios, causada pela ineficácia da LEP, quando se trata da ressocialização das prisões e na aplicação de recursos públicos.

Esquema 1 - Sistema carcerário em números



Fonte: Sistema integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça

Diante desses dados, evidencia-se que a problemática vai muito além das grades, pois trata-se de uma questão social ligada intimamente com as mazelas da nossa sociedade, sendo esta a responsável pela retomada do diálogo com o encarcerado na tentativa de reintegrá-lo.

Para Baratta (1990, p. 3), “[...] a reintegração social requer a abertura de um processo de comunicação e interação entre a prisão e a sociedade, no qual os cidadãos reclusos se reconheçam na sociedade e esta, por sua vez, se reconheça na prisão.”

Corroborando o conceito da interação da sociedade pela questão da ressocialização dos apenados e o caráter humanitário do princípio da dignidade da pessoa humana, mais uma vez aborda-se o artigo 1º da Lei de Execução Penal assim preceitua: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Enfatizando a importância da adequada interpretação do artigo 1º da Lei de Execução Penal, colaciona-se jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ratifica a importância da reinclusão social dos presos observado o princípio da dignidade humana, veja:

A LEP é de ser interpretada com os olhos postos em seu art. 1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução de distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da CF, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). A reintegração social dos apenados é, justamente, pontual densificação de ambos os fundamentos constitucionais. (BRASIL, 2009).

Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, tem se manifestado favorável à concessão de prisões domiciliares para aqueles que estão em presídios superlotados, como forma de garantia da dignidade do apenado e a possibilidade do reeducando se reinserir na vida social, tendo em vista que dentro de cárcere inadequado as chances de ressocialização são quase nulas.

Sendo assim, cabe ao Estado promover ações de caráter educativo para a promoção da ressocialização do apenado. A legislação pertinente ao tema prevê uma série de direitos e garantias ao preso, entre eles o acesso à educação e ao trabalho, no entanto, diante do estágio de falência do sistema carcerário, estas acabam não sendo executadas de forma eficaz.

Não se pode deixar de mencionar que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n. 513/2013, que propõe alterações na Lei de Execução Penal e que se aprovada trará maiores garantias à população carcerária. No entanto, tais medidas não são de monta suficiente para sanar as dificuldades existentes no contexto penitenciário atual, sendo necessário um maior empenho na busca por políticas educacionais que ressocializem o apenado e o reintegrem na sociedade, como por exemplo, campanhas educativas na imprensa, apoio a projetos que incentivem o reeducando a se profissionalizar e a aceitação no mercado de trabalho.

É sem sombra de dúvida uma iniciativa que parece vir ao encontro do que preceitua o texto constitucional com respeito ao princípio da dignidade humana, mas não se pode ser ingênuo ao ponto de acreditar que mudanças legislativas podem transformar de uma hora para a outra o se tem presenciado a cada dia, ou seja, a situação de completa violação das disposições legais, impossibilitando a ressocialização do preso e contribuindo para a sua reincidência.

Inclusive, pode-se afirmar que “[...] a taxa de reincidentes no Brasil é alta, 70% a 80% dos presos inseridos novamente na sociedade voltam a delinquir, ou seja, a aplicação da pena como finalidade da execução da pena privativa de liberdade não ressocializa o preso.” (SANTOS, 2010).

Desta forma, constata-se que o sistema penitenciário precisa passar por uma reforma, com o objetivo de garantir que a execução da pena se dê da forma como prevista pelo ordenamento jurídico, preservando a dignidade do preso e permitindo que o mesmo reflita sobre seus erros e não mais volte a praticá-lo.

Caso contrário a Lei de Execução Penal continuará sem eficácia e será sempre uma utopia a efetivação dos direitos dos presos.

3 A UTOPIA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS PRESOS AO TRABALHO E À EDUCAÇÃO

O direito à educação e ao trabalho são direitos constantes na Carta Magna e na Lei de execução penal, devendo ser assegurados aos presos e aos egressos o direito de estudar, se profissionalizar e buscar um trabalho digno.

Ressalta-se que este último é um importante instrumento para a sua ressocialização, desde que haja um maior incentivo do Poder público para a contratação de apenados e ex-apenados e uma melhor qualificação profissional por parte destes, pois atualmente, nas melhores estimativas, menos de 22% dos presos exercem atividades laborais dentro do cárcere (BRASIL, 2015).

A maioria dos presos possuem baixa escolaridade culminada com a precária oferta de formação educacional e profissionalizante, sendo que a maioria das oficinas são voltadas aos serviços

de manutenção, limpeza e serviços gerais, não concedendo ao preso a aprendizagem necessária para que este, saia do cárcere e ingresse no mercado de trabalho formal.

O maior empecilho encontrado pelos egressos é o preconceito da sociedade e do próprio empresário, o que dificulta o ingresso destes no mercado de trabalho, que sem perspectiva de obter emprego e renda, aproximadamente 70% dos egressos voltam a reincidir (BRASIL, 2015).

Observa-se que alguns Estados já estão incentivando à inserção dos presos no mercado de trabalho, e por meio de Decretos estimulam a contratação dos apenados e egressos por empresas particulares.

Percebe-se que a Lei de execução penal traz em seu texto todas as garantias necessárias para a efetivação dos direitos dos presos, preleciona o artigo 41 da Lei de Execução Penal que constituem direitos do preso:

- I - Alimentação suficiente e vestuário;
 - II - Atribuição de trabalho e sua remuneração;
 - III - previdência social;
 - IV - Constituição de pecúlio;
 - V - Proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
 - VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
 - VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
 - VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
 - IX - Entrevista pessoal e reservada com o advogado;
 - X - Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
 - XI - chamamento nominal;
 - XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
 - XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
 - XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
 - XV - Contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
- Parágrafo único - Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. (BRASIL, 1984).

Assim, a legislação possui os mecanismos necessários para que se possa mudar o cenário atual do sistema penitenciário, se tal Lei fosse exercida pelo estado adequadamente, traria inúmeros benefícios não apenas para ao que se encontram no cárcere, mas para a sociedade em geral.

Ocorre que o Estado não cumpre com o seu papel de executar os dispositivos da Lei, sendo que o tema não é tratado com interesse devido por ele e pela sociedade.

Zacarias (2006, p. 35) compreende que apesar de moderna, procurando racionalizar, desburocratizar e flexibilizar o funcionamento do sistema prisional, a Lei de Execuções Penais não tem produzido os resultados concretos almejados por seus autores e esperados pela sociedade. Tal ineficácia está na omissão do Poder Executivo que, procurando de todas as formas dirimir e eximir-se de suas obrigações básicas no plano social, até a presente data não houve investimentos

necessários em escolas, em fábricas e fazendas-modelo, ou mesmo comércio; em pessoal especializado e em organizações encarregadas de encontrar postos de trabalho para os presos em regime semi-aberto e aberto, principalmente para os egressos dos estabelecimentos penais.

Registra-se que, a Lei de execução penal apresenta avanços em seu texto, mas ainda, ante o descaso do Poder público em cumprir com o determinado, e não possuir políticas públicas para investimentos na área educacional e trabalhista do apenado é ineficaz.

Em muitos estabelecimentos prisionais sequer possui condições para a implantação de projetos que possam auxiliar o desenvolvimento do preso e sua profissionalização. A Lei de Execução Penal destaca que o trabalho realizado pelo apenado antes de ser um direito, é um dever, visto que cumpre tantos com as funções educativas, quanto produtivas, conforme determina os artigos 28 até o 37.

Cabe ainda ressaltar que o trabalho como um direito possibilita ao apenado incluí-lo no sistema progressivo de cumprimento da pena. Já no que concerne ao trabalho como dever, sendo esta uma importante função que possibilita a reinserção do preso no contexto social, dando-se início ao um processo que tenta o socializar.

Não se pode esquecer que é direito constitucional de todo cidadão, ainda que tenha cometido algum delito, ser tratado com dignidade e respeito, e tanto a sociedade, quanto o governo devem propor ações e políticas públicas que possam de forma eficaz apresentar resultados para a problemática.

Desta forma, constata-se que somente através do diálogo entre a sociedade civil e o governo conseguir-se-á executar as garantias descritas na Lei de Execução Penal, com forma de possibilitar aos apenados e aos egressos o cumprimento de suas penas com dignidade e oportunizando-lhes a ressocialização como forma de diminuir a violência e a reincidência, bem como proporcionar a sua reintegração ao convívio social.

A questão penitenciária não pode ser encarada apenas como um problema de governo, sua dimensão e complexidade são tantas que somente uma ação integrada que reúna esforços de toda sociedade e promova mudanças e ajuda mútua permitirá a descoberta de soluções para um problema que é de todos.

O conceito de reintegração social “[...] requer a abertura de processo de Interações entre o cárcere e a sociedade, no qual os cidadãos recolhidos no cárcere se reconheçam na sociedade externa e a sociedade externa se reconheça no cárcere.” (BARATTA, 1990, p. 145).

Neste contexto, Baratta (apud Braga, 2014, p. 354) pontua alguns pressupostos necessários para uma maior aproximação entre o apenado e a sociedade:

[...] a) realização de um trabalho no cárcere realizado pela sociedade civil com o fim de diminuir fronteiras entre sociedade e prisão; b) propostas centradas em experiências significativas de inclusão social; c) reconhecimento da dignidade e da “normalidade” da pessoa presa; d) participação ativa e voluntária dos encarcerados, nas atividades desenvolvidas em âmbito prisional; e) corresponsabilização da sociedade no processo de reintegração social; f) interação sociedade-cárcere como um fim em si mesmo e não como um meio de readequação ética do indivíduo preso [...]

Justifica-se a necessidade de haver uma reforma em nosso sistema penitenciário, que possibilite que o Estado e sociedade promovam a exequibilidade dos direitos descritos na Lei de

Execução Penal, de maneira que o preso consiga através da educação e do trabalho buscar a sua ressocialização e reintegração com a sociedade.

4 CONCLUSÃO

Conforme proposto, esta pesquisa teve por objetivo pesquisar, analisar e descrever as dificuldades enfrentadas pelos apenados do Sistema carcerário brasileiro. Desse modo, diante do direito à dignidade da pessoa humana do apenado é de extrema importância que se adotem medidas eficazes e que se atualizem constantemente os dispositivos presentes para promover maior eficácia na garantia da proteção integral ao apenado e ao egresso.

Constatou-se que a Lei de Execução Penal é de suma importância para a defesa dos direitos do apenado, mas há a necessidade de o Estado buscar formas de cumprir com o objetivo da pena: o de punir e ressocializar o apenado.

Portanto a ressocialização como objetivo da pena compreende um processo que reúne o delinquente, o Estado e a sociedade e, esse processo se desenvolve por meio da educação da sociedade com o intuito de “aceitar” o apenado como um ser social.

Para finalizar o estudo é preciso deixar claro a importância que deve ser dada ao tema, cabendo à comunidade discutir medidas que possam auxiliar na emancipação social do apenado e sua reintegração com a sociedade. Assim, o Estado e a sociedade devem, acima de tudo, trabalhar unidos, articulando, repassando e discutindo em conjunto as necessidades dessa população, buscando uma forma clara e objetiva de criar mecanismos para reintegrar o apenado na sociedade.

Em síntese, salienta-se que o sistema penitenciário precisa passar por uma reforma, com o objetivo de garantir que a execução da pena se dê da forma como prevista pelo ordenamento jurídico, preservando a dignidade do preso e permitindo que o mesmo reflita sobre seus erros e não mais volte a praticá-lo. Caso contrário, a Lei de Execução Penal continuará sem eficácia e será sempre uma utopia a efetivação dos direitos dos presos.

Importante, ainda, que, enquanto articuladores do Direito, o debate sobre o tema seja aprofundado, como forma de diminuir o preconceito existente na sociedade, mostrando novas perspectivas para a problemática do preso no Brasil.

A (IN) EXECUTION OF CRIMINAL LAW EFFECTIVENESS: REALITY AND UTOPIA IN REHABILITATION OF THE CONVICT

ABSTRACT

This research aims to present a brief analysis of the Penitentiary System in Brazil, focusing on the role of the state and society through public policies to ensure the educational role of the sentence. Also seeks to portray the difficulties encountered by inmates, taking into account the precariousness of prison institutions, the subhuman conditions in which they live inside the prison and the consequent failure of the Brazilian penitentiary system. The penalty is -If the main factor of (un) socialization because it is what causes rejection and prejudice by society, causing the individual to relapse back and live on the margins of society, without having a minimum of dignity. Thus, it is important to discuss the adoption of public policies that actively promote the rehabilitation of the convict, using as a basic tool the Penal Execution Law and its two axes: to punish and re-socialize. Before the surveyed data is a clear need for greater commitment in the pursuit of educational policies that integrate the convict in society, such as educational campaigns in the press and supporting projects that encourage re-educating to professionalize and its acceptance in the market work.

Keywords: Law of Penal Execution. Education. Human Dignity. Resocialization. Prison System.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. Sistema penitenciário no Brasil-Problemas e desafios. *Revista USP*, n. 9, p. 65-78, 1991.
- ADORNO, Sérgio. Prisões, violência e direitos humanos no Brasil. In: SEMINÁRIO DIREITOS HUMANOS DO SÉCULO XXI. 1998, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?cluster=17174633114716468366&hl=pt-BR&as_sdt=0,5>. Acesso em: 17 abr. 2015.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado*. 2011. Universidade de Saarland, Alemanha Federal. Disponível em: <<http://www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2015.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Madra Editora, 2002.
- BEDIN, Gilmar Antônio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 22, v. 107, 2014.
- BRASIL. *Constituição. República Federativa do Brasil de 1988*. 50. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 99.652*. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 3 nov. 2009. JusBrasil, 4 dez. 2009.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *InfoPen*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.infopen.gov.br/>>. Acesso em: 24 abr. 2015.
- BRASIL. Lei n. 7210, 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: 17 abr. 2015.
- CARTA CAPITAL. *Agenda para a política prisional*. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/agenda-para-a-politica-prisional-1057.html>>. Acesso em: 24 abr. 2015.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas*. São Paulo: Saraiva. 1999.
- DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico: texto integral*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1977.
- IBGE. *Indicadores sociais mínimos*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/default_minimos.shtm>. Acesso em: 17 abr. 2015.

KIST, Carolina Pereira. O princípio da dignidade humana frente ao princípio prisional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2082, 14 mar. 2009. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/12461/o-principio-da-dignidade-humana-frente-ao-sistema-prisional/2>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Sistema Prisional*. 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários a Lei n. 7.210, de 11 jul. 1984*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTOS, Maria Alice de Miranda dos. A ressocialização do preso no Brasil e suas consequências para a sociedade. *Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, jul. 2010. Disponível em: <www.unibh.br/revistas/ecivitas/>. Acesso em: 30 maio 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SHECAIRA, Sergio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição*. São Paulo: RT, 1995.

SHECAIRA, Sergio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: RT, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A constituição e o Supremo*. Brasília, DF. <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=4>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. *Execução Penal Comentada*. 2. ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.