

ORGANIZADORES
YURI SCHNEIDER
ALINE MENDES DE GODOY
ANDRÉ FILIPE DE MOURA FERRO

Série
Ensaios

**TEORIA GERAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: TOMO I**



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação

Tiago de Matia

Revisão Metodológica: Bianca Regina Paganini

Diagramação: Jessica Albuquerque

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D598 Teoria geral dos direitos fundamentais: Tomo I /
organizadores: Yuri Schneider, Aline Mendes de Godoy,
André Filipe de Moura Ferro. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2018. –
(Série Ensaios)

144 p. ; 23 cm

ISBN 978-85-8422-193-6

1. Direitos fundamentais. 2. Educação. 3. Trabalho. I.
Schneider, Yuri, (org.). II. Godoy, Aline Mendes
de, (org.). III. Ferro, André Filipe de Moura, (org.). IV. Série

Doris 341.27

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

Ildo Fabris

Campus de Xanxerê

Genesio Téó

Pró-reitora de Graduação

Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Cleunice Frozza

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti

Tiago de Matia

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Jovani Antônio Steffani

Lisandra Antunes de Oliveira

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Ieda Margarete Oro

Silvio Santos Junior

Carlos Luiz Strapazzon

Wilson Antônio Steinmetz

Maria Rita Chaves Nogueira

Marconi Januário

Marceli Maccari

Daniele Cristine Beuron Carlos Luiz Strapazzon

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Maria Rita Nogueira

Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	5
DIREITO À EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	9
Aline Mendes de Godoy	
ACESSO AO EMPREGO OU AO CARGO PÚBLICO POR ESTRANGEIRO NO CONTEXTO REGIONAL DO ACORDO DE RESIDÊNCIA DO MERCOSUL	35
André Filipe de Moura Ferro	
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SÃO RECONHECIDOS SE SÃO JUDICIALMENTE PROTEGIDOS.....	49
Barbara Moesch Welter	
O DEVER DO ESTADO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS EM OBSERVÂNCIA AO PACTO CONSTITUINTE	63
Esthevam Lermen Eidt	
O PROCESSO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS.....	79
Marcia Coser Petri	
A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO PROCESSO COLETIVO: O ÂMBITO DE COGNIÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO.....	107
Nilson Feliciano de Araújo	
CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL?	129
Volnete Gilioli	

PREFÁCIO

A presente obra é uma coletânea de artigos escritos pelo discentes do mestrado acadêmico em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) no primeiro semestre do ano de 2017 sob a orientação do professor doutor Yuri Schneider. Os trabalhos fazem parte dos estudos desenvolvidos na disciplina de teoria dos direitos fundamentais sociais, que compõe a linha de pesquisa de direitos fundamentais sociais na área de concentração de dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais.

O livro inicia com o artigo científico de Aline Mendes de Godoy, intitulado *Direito à educação das pessoas com deficiência*, que tem como tema o direito fundamental à educação e como recorte o direito fundamental à educação dos alunos deficientes. O problema de pesquisa trata da possibilidade de judicialização do acesso e permanência dos deficientes na escola, além de tudo que envolva a efetivação deste direito, desde adaptação das políticas educacionais ao rompimento dos obstáculos arquitetônicos. O trabalho trata, inicialmente, do direito fundamental à educação, seguindo-se da análise do direito fundamental à educação especial. Mais adiante, aborda o acesso à justiça, conforme previsão constitucional e, por fim, a justiciabilidade da educação especial, como uma estratégia de implementação desse direito.

Prossegue com o artigo de André Filipe de Moura Ferro, sobre *O acesso ao emprego ou ao cargo público por estrangeiro no contexto regional do acordo de residência do Mercosul*. O trabalho inicia com as disposições constitucionais que, por uma parte, apontam em favor da igualdade de todos, inclusive do trabalhador imigrante, em seguida, se debruça sobre os diversos instrumentos internacionais de Direitos Humanos e sua posição hierarquia com destaque para as lições de Flávia Piovesan. Sobre essas bases, é confrontada a atual posição do Supremo Tribunal Federal de con-

siderar o direito do estrangeiro de acessar o emprego ou cargo público como de eficácia limitada.

O terceiro artigo é de autoria de Barbara Moesch Welter, e tem por título *Os direitos fundamentais sociais são reconhecidos se são judicialmente protegidos*. Esta pesquisa está alicerçada na determinação do peso simbólico das normas definidoras dos direitos fundamentais sociais, com um robusto propósito de identificar os problemas específicos relativos à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Conforme a pesquisa, a proteção judicial dos direitos fundamentais sociais reflete um fomento à garantia da segurança social, como reforço do grau de completude da norma. Nessa linha, a incorporação dos direitos sociais nos textos constitucionais está ligada a um projeto de melhoramento da realidade social interna de cada país. Portanto, a consolidação da democracia implica na adoção da efetividade dos direitos fundamentais sociais pela realização da cidadania e pela remoção dos obstáculos que a impedem.

A obra segue com o artigo de Esthevam Lermen Eidt, intitulado *O dever do Estado na promoção dos direitos fundamentais sociais prestacionais em observância ao pacto constituinte*. Conforme a pesquisa, os Estados atravessam grandes mudanças, tendo como um dos motivos disso a crise financeira, fato que influencia diretamente na promoção dos direitos sociais. Nas palavras do autor, esses direitos sociais, nessa precária situação social e econômica, possuem um grande papel na sociedade, seja pelo fato que promovem o mínimo (co)existencial, seja pelo fato que tem um grande impacto no orçamento estatal. Conclui o artigo que os direitos fundamentais sociais prestacionais devem ser fonte de foco das ciências, com o fulcro de buscar uma constante melhora na eficiência com que esses direitos são alcançados. Ainda nessa esteira, os direitos exigem uma atuação positiva por parte do Estado, tendo uma natureza coletiva, além de serem considerados como direitos subjetivos. Por fim, Eidt aponta que o Estado está obrigado a atender os direitos fundamentais sociais prestacio-

nais sob pena de quebra do pacto constituinte, mas, em virtude da reserva do possível, o Estado poderia recuar com os direitos sociais, mas nunca os suprimir por completo.

O quinto artigo é de Márcia Coser Petri, que trata do *Processo do Trabalho como instrumento de efetivação dos direitos sociais trabalhistas*. A pesquisa se debruça sobre o processo de trabalho como efetivação dos direitos sociais e, para tanto, analisa a evolução histórica do Direito do Trabalho e os conceitos sobre direitos fundamentais, direitos fundamentais sociais, para demonstrar que o processo do trabalho deve ser efetivo e deve ser visto como um instrumento estatal na solução de controvérsias e restabelecimento da vontade do direito material.

A coletânea prossegue com o artigo científico de Nilson Feliciano de Araújo, sob o título *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. O trabalho objetiva verificar o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais sociais através do processo coletivo, abordando a questão da separação dos poderes e a possível ingerência de um poder na competência e atribuição de outro, quando aprecia demandas que envolvem obrigações do estado e do cidadão. Para o autor, os direitos sociais, antes de serem uma obrigação do Estado, são direitos subjetivos do cidadão, que pode exigir seu cumprimento tanto através dos meios políticos quanto judiciais. Conclui o autor que, nas demandas individuais ou nas ações coletivas, o provimento jurisdicional das políticas públicas se faz necessário para que se possa dar plena garantia do exercício dos direitos fundamentais assegurados na constituição federal, em caráter de urgência, nas situações em que o estado deixa de cumprir sua missão, restando somente, como última fronteira, o Poder Judiciário para a efetivação destes direitos.

O livro encerra com o artigo de Volnete Gilioli, sobre *Conselhos gestores de políticas públicas: instrumento de efetivação da participação social*. A

pesquisa objetiva refletir os limites e possibilidades destes espaços de participação social e de controle de políticas públicas. A autora compreende que se trata de um processo em construção e retroalimentação complexo numa correlação entre a sociedade e o Estado, onde as conjunturas institucionais do processo vêm representadas por diversos interesses, numa tentativa de efetivar a participação social.

Enfim, os autores buscaram dar suas próprias contribuições à pesquisa dos Direitos Fundamentais Sociais, como parte da disciplina ministrada pelo professor Doutor Yuri Schneider, enriquecendo também toda a produção científica do mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

DIREITO À EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Aline Mendes de Godoy¹

Resumo: Esta pesquisa tem como tema o direito fundamental à educação e como recorte o direito fundamental à educação dos alunos deficientes. O problema de pesquisa trata da possibilidade de judicialização do acesso e permanência dos deficientes na escola, além de tudo que envolva a efetivação deste direito, desde adaptação das políticas educacionais ao rompimento dos obstáculos arquitetônicos. É certo que, em caso de não atuação ou atuação ineficiente dos demais poderes, cabe ao Poder Judiciário, uma vez provocado, atuar, realizando o previsto nas disposições legais e constitucionais, de forma que essas não se tornem meras conjecturas. Tratar-se-á, inicialmente, do direito fundamental à educação, seguindo-se da análise do direito fundamental à educação especial. A seguir, abordaremos o acesso à justiça, conforme previsão constitucional. Por fim, a justiciabilidade da educação especial, como uma estratégia de implementação desse direito. Adota-se a pesquisa bibliográfica com predominância do método dedutivo.

Palavras-chave: Inclusão. Constituição. Direito à educação. Judicialização da educação.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi um marco nas políticas relacionadas ao direito à educação, estabelecendo normas, princípios e diretrizes para os diplomas que buscaram regulamentar suas disposições.

Segundo a norma constitucional, a educação é um direito fundamental social, público e subjetivo, cabendo sua concretização e desenvolvimento a todos os atores envolvidos, quais sejam o Estado, família, a sociedade e a escola, podendo sua prestação ser exigida de qualquer deles.

¹ Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá; Juíza de Direito de Santa Catarina.

Nesse sentido, o Ministro Ayres Brito, na relatoria da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.330, Distrito Federal, deixou claro que a educação, em especial, a escolar ou formal, é direito social que deve alcançar a todos e, por isso mesmo, é dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade.²

Os procedimentos relacionados ao seu reconhecimento e implementação dá-se pela intervenção jurídica do Estado, através das políticas públicas, impondo a estas prestações positivas, o que torna difícil sua satisfação, diversamente dos direitos individuais, que exige apenas que o Estado se abstenha de determinados comportamentos.

Alexy (2015, p. 499) classifica esses direitos a prestações como direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que este, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.

A partir do momento em que a efetivação dos direitos sociais depende de uma atuação estatal, há necessidade de que sejam estabelecidos meios que garantam sua exigibilidade.

Considerando que estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que não lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito,³ temos que cabível o

² Programa Universidade para Todos (PROUNI). Ações afirmativas do Estado. Cumprimento do princípio constitucional da isonomia. [...] A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. [...] Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um desrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem (ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, P, DJE de 22-3-2013).

³ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

controle judicial em caso de descumprimento de uma obrigação imposta ou ineficiência de sua forma de execução. Quando verificada a inexistência ou deficiência das políticas públicas, surge a possibilidade de seu controle pelo Poder Judiciário.

A eficácia dos direitos sociais depende, assim, não apenas da ação concreta do Estado, mas também da possibilidade de se agir em juízo, em face do Estado.

Em relação ao direito à educação, temos que a Constituição previu expressamente que esta é direito de todos e dever do estado e da família (art. 205, CF), listando, no art. 208, os deveres estatais para efetivação desse direito social.

Essas disposições são regulamentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 e Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

É certo que o legislador constituinte garantiu tratamento diferenciado ao direito à educação, prevendo que o ensino é obrigatório, além de um direito público subjetivo, de forma que seu não oferecimento ou oferta irregular, pelo Poder Público, faz surgir a possibilidade de responsabilização da autoridade responsável.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, regulamentando o dispositivo, reitera a obrigatoriedade do ensino, determinando que qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e o Ministério Público podem acionar o Poder Público para exigí-lo.⁴

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente enumera os direitos da criança e do adolescente, asseverando que, caso qualquer

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴ Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 - Art. 5º. O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigí-lo.

deles não seja garantido, ou seja, oferecido de forma irregular, há possibilidade de que o Judiciário seja acionado, para exigir seu cumprimento.

Pode-se dizer, assim, que o direito à educação é exigível, não apenas naquele em relação ao que a Constituição determinou como ensino obrigatório, mas em toda sua extensão.

Esse direito é implementado através de da formulação das políticas públicas, tarefa reservada, via de regra, ao Poder Executivo, havendo a possibilidade de essa ser submetida ao controle judicial.

Nesse sentido, Bucci (2013, p. 192) afirma que o processo judicial vem se modernizando no país, de forma a corresponder aos anseios sociais, podendo ser alvo de controle judicial na busca de sua tutela, assumindo, o Poder Judiciário, assim, papel fundamental na sua garantia e efetivação.

Atribuiu-se a esse fenômeno o nome de judicialização da educação, considerado como a intervenção do Judiciário nas questões educacionais, para garantir proteção ao direito constitucional, cumprindo as expectativas dos interessados.

Trata-se, em verdade, da atuação do Judiciário no universo educacional, de forma a responsabilizar o Estado, pais e demais envolvidos, com base na Constituição e demais normas da legislação menorista.

Isto porque, a partir do momento em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou do direito à educação como direito social, público e subjetivo, cabível a judicialização deste, assim como dos demais direitos fundamentais básicos, como saúde, proteção à maternidade e à infância, trabalho, segurança, lazer e moradia, consolidando os direitos sociais, firma uma relação direta entre justiça e educação.

2 O DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO

A Constituição Federal previu o direito à educação entre os direitos fundamentais,⁵ trazendo, no art. 205, como um de seus objetivos o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

A finalidade prevista no dispositivo constitucional repete-se no art. 53⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990).

A Constituição Federal estabeleceu, ainda, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil⁷ e, como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁸

Uma análise sistemática dos dispositivos indicados permite concluir que esses fundamentos e objetivos constitucionalmente previstos somente serão alcançados quando garantido o direito fundamental à educação, o que inclui a educação inclusiva.

Para Bastos (1997, p. 478), o conceito de educação, baseado no contexto constitucional brasileiro, consiste num processo de desenvolvi-

⁵ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁶ Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes [...]

⁷ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana.

⁸ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

mento do indivíduo que implica a boa formação moral, física, espiritual e intelectual, visando ao seu crescimento integral para um melhor exercício da cidadania e aptidão para o trabalho.

Traçado esse cenário pode-se dizer que o direito à educação transcende as meras disposições legais ou constitucionais, indo além de seu aspecto meramente formal para assumir papel de fundamental importância na formação da individualidade e na socialização de todos os membros da comunidade, propiciando formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando.

Sarlet (2015, p. 67) afirma que os direitos sociais foram acolhidos em capítulo próprio da Constituição, o que revela sua incontestável condição de autênticos direitos fundamentais e, por isso, constituem exigência inarredável do efetivo exercício das liberdades e garantias de igualdade de oportunidades. Além disso, apresentam íntima vinculação com a dignidade da pessoa humana, bem como os valores da igualdade, liberdade e justiça (SARLET, 2015, p. 63).

Por isso, garantida sua efetividade, aplicando a esses as disposições do art. 5º, §1º da Constituição, que garante sua aplicabilidade imediata aos casos concretos, inserindo-os no rol das cláusulas pétreas, o que impede ataques dos demais poderes que possam suprimir ou restringir suas disposições.

Da mesma forma, a eles aplica-se o princípio do não retrocesso social, garantindo que, uma vez conquistados, tornam-se uma garantia e direito subjetivo, servindo de parâmetro para o controle de constitucionalidade de normas supervenientes que visem reduzir ou eliminar a proteção albergada sob suas disposições.

Silva (2005, p. 286-287) conceitua os direitos sociais como prestações positivas proporcionadas pelo Estado, seja direta ou indiretamente, previstas em normas constitucionais, que objetivem melhoras as condições de vida dos mais fracos, possibilitando igualizar a situação

social dos desiguais, sendo considerados, portanto, ligados ao direito de igualdade.

Previsto no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal⁹, pode-se dizer que a educação é uma condição indispensável e necessária para o exercício dos demais direitos sociais, uma vez que o exercício pleno e efetivo destes últimos pressupõe o acesso de todas as pessoas à educação. Isso fez com que recebesse especial atenção pelo legislador constituinte.

A educação é regulamentada em um capítulo próprio, dentro do título “Da Ordem Social”, apontando Sarlet (2015, p. 347-349) que, diante do disposto no art. 5º, §2º da Carta constitucional, os artigos 205 a 208 podem ser efetivamente considerados como fundamentais, devido ao seu conteúdo essencial. Protegido como direito fundamental social, a educação exige prestações positivas do Estado para fins de concretização, sendo efetivado nas políticas públicas.

Estas ações positivas, segundo Alexy (2015, p. 202), podem ser divididas em dois grupos, aquelas que tem como objeto uma ação fática e as que tem objetivo uma ação normativa. O primeiro deles remete ao direito de uma ação estatal positiva fática, seja por meio de subvenções, da defesa do direito ao mínimo existencial ou quando vincula a uma pretensão individual do cidadão. E os direitos a ações positivas normativas são quando se busca a criação de normas.

As políticas públicas são consideradas instrumentos de ação do governo que, no uso de seu poder coercitivo, fixa metas a alcançar, geralmente uma melhoria ou característica econômica, política ou social da comunidade, mesmo que algumas delas sejam negativas, em razão de determinada característica que deve ser protegida contra uma mudança hostil (BUCCI, 2002, p. 252-253).

⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Constatada omissão ou desvio imputável ao Estado, na construção ou execução de políticas públicas, cabe ao Poder Judiciário intervir na materialização das garantias sociais conquistadas através da Constituição Federal.

3 EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DAS PESSOAS DEFICIENTES

A Constituição consagrou a educação como direito fundamental. Mas o diploma vai além: prevê, como um dos princípios basilares do ensino, o acesso e permanência de todos em igualdade de condições.¹⁰

Nesse sentido, o art. 205 da Lei Fundamental 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.” Qualquer interpretação que se faça do artigo deve levar à conclusão da necessidade de inclusão de todos, na mais ampla acepção do termo.

Silva (2005, p. 837-838) afirma que a educação é um processo de reconstrução da experiência e, por isso, atributo da pessoa humana, devendo ser comum a todos. Essa seria a acepção prevista nos art. 205 a 214 da Constituição Federal, ao prever que se trata de um direito de todos e dever do Estado.

Para que as políticas públicas sejam realmente efetivas, de forma a alcançar a todos, não basta que sejam meramente oferecidas de forma igualitária. Elas exigem especial proteção e uma variedade de formas de serem oferecidas, nos casos dos grupos vulneráveis.

Segundo Piovesan (2013, p. 261), é insuficiente tratar todo indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. É necessário que se espe-

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

cifique o sujeito de direito concreto, na peculiaridade e particularidade de suas relações sociais, afirmando-se o reconhecimento de sua identidade própria. Determinados sujeitos, considerada suas condições especiais, exigem uma resposta específica e diferenciada, citando a autora, entre esses, as pessoas com deficiência.

Sasaki (2010, p. 39) conceitua a inclusão social como o processo através do qual a sociedade se adapta para poder incluir, nos sistemas sociais gerais, as pessoas com deficiência e, simultaneamente, prepara essas últimas para assumir seus papéis na sociedade. Trata-se, portanto, de um processo bilateral, em que as pessoas com deficiência e a sociedade buscam, em parceria, decidir sobre soluções e formas de efetivação da equiparação entre oportunidade para todos.

Exemplo dessa forma de encarar a questão pode ser vista na Declaração Mundial sobre Educação para Todos: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem, firmada em Jomtien, em março de 1990, que estabelece que “a educação é um direito fundamental de todos, mulheres e homens, de todas as idades, no mundo inteiro.” (UNESCO, 1990, p. 2).

O art. 3º do diploma, ao tratar da universalização do acesso à educação e promoção da igualdade, prevê, no item 5 de suas disposições, que “as necessidades básicas de aprendizagem das pessoas portadoras de deficiências requerem atenção especial”, de forma que “é preciso tomar medidas que garantam a igualdade de acesso à educação aos portadores de todo e qualquer tipo de deficiência, como parte integrante do sistema educativo.” (UNESCO, 1990, p. 4).

Tratando da legislação constitucional brasileira, o art. 206, inc. I inclui entre os princípios aplicáveis ao ensino, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Baseado nesse princípio, temos que excluída qualquer possibilidade de exclusão do aluno portador de qualquer tipo de deficiência das escolas públicas ou particulares.

O art. 208, inc. III assegura que a garantia desse direito público subjetivo, pelo Estado, deve abarcar a prestação especializada aos alunos com deficiência, o que inclui o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, sem discriminação.¹¹

Regulamentando essas disposições, a lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, prevê o acesso das pessoas com deficiência à educação, incluindo todos os benefícios garantidos aos demais estudantes,¹² de forma que recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência é crime punível com reclusão de dois a cinco anos e multa.¹³

¹¹ Constituição da república Federativa do Brasil - Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; [...] § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

¹² Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 - Art. 2º. Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas: I - na área da educação:

- a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios;
- b) a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas;
- c) a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino;
- d) o oferecimento obrigatório de programas de Educação Especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, educandos portadores de deficiência;
- e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;
- f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino.

¹³ Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 - Art. 8º. Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I - recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

Disposições como essas, segundo Piovesan (2013, p. 261), estabelecem medidas que, a par da igualdade, asseguram o direito à diferença, ou seja, assegurar a igualdade com respeito à diversidade.

A autora traz, em sua obra, três vertentes de igualdade, quais sejam, a igualdade formal, que se satisfaz com a garantia de que todos são iguais perante a lei; a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva, baseada em um critério socioeconômico; e, por fim, a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades, orientada por critérios como gênero, orientação sexual, idade, raça e etnia (PIOVESAN, 2013, p. 261-262).

A primeira delas vem prevista no art. 5º, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil. A igualdade material, por outro lado, é observada em disposições como a que assegura atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, inc. III da Constituição Federal).

Nesse sentido, assevera Sasaki (2003, p. 08) que, até os anos de 1960, as pessoas deficientes eram chamadas de inválidas, termo que foi adotado até mesmo nos diplomas legais da época, como o Decreto Federal n. 60.501, de 14 de março de 1967, dando nova redação ao Decreto n. 48.959A, de 19 de setembro de 1960, que prevê que “a reabilitação profissional visa a proporcionar aos beneficiários inválidos [...]”

A seguir, adotou-se o modelo de salas especiais em escolas regulares para as crianças com deficiência, para garantir que as crianças com deficiência “não interferissem no ensino ou não absorvessem as energias do professor a tal ponto que impedissem de instruir adequadamente o número de alunos geralmente matriculados na classe.” (SASSAKI, 2010, p. 126).

É certo que a inclusão social, como manifestação do princípio da igualdade material, apenas é alcançada quando se permite o acesso das pessoas com deficiência à escola regular preparada para oferecer e respeitar as condições peculiares de cada uma delas. Apenas quando a escola

atende as condições peculiares dessas crianças é que se promove a igualdade em sua feição mais efetiva.

Nessa hipótese, juridicamente admissível a chamada discriminação positiva, propondo modelos de escolas inclusivas como modo de constituir o sistema educacional que considera as necessidades de todos os alunos, estruturado em razão dessas últimas (SASSAKI, 2010, p. 128), com fundamento no postulado da dignidade da pessoa humana.

Segundo Sarlet (2015, p. 70-71), a dignidade da pessoa humana é uma 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, trazendo consigo 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 existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Os direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, integram-se ao conceito de dignidade humana proposto pelo autor (SARLET, 2009, p. 32), para assumir uma dupla dimensão, gerando direitos fundamentais negativos contra atos violadores e sendo promovidos através de medidas positivas, na construção da igualdade e da liberdade.

A educação, sob o prisma da igualdade material e da dignidade da pessoa, permite que o indivíduo seja respeitado por seus próprios valores e direitos, sendo passível que esse recorra a todas as vias necessárias para vê-los assegurados.

A consolidação dos direitos sociais revela, assim, uma nova faceta: estabelecer uma relação direta entre a justiça e educação, admitindo-se a justiciabilidade deste direito fundamental.

4 ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A educação está regulamentada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e em diversos diplomas legislativos. Entre eles, merece relevo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996), o Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172, de 09 de janeiro de 2001) e a lei que disciplina o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e da Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB (Lei n. 11.494, de 20 de junho de 2007).

Todos esses diplomas têm por característica estabelecer os pilares atividade educacional, disciplinando o sistema de ensino e papel de cada um dos personagens envolvidos, seja na parte pedagógica ou em relação aos poderes executivo e legislativo.

Percebe-se facilmente que a citada legislação reflete a disposição constitucional, tratando a educação como um direito de todos e um dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Garante, ainda, a universalização do ensino público, dando relevo, ao menos num primeiro momento, ao ensino fundamental, garantindo escola para todos, inclusive àqueles que não tiveram acesso na idade própria, prevendo mecanismos para a sua garantia.

Essa relação entre o direito e a educação faz surgir um novo paradigma, envolvendo não apenas os atores principais, mas passando a prever novos instrumentos de universalização e como forma de garantir a obrigatoriedade do ensino fundamental.

Isso implica não apenas colocar todas as crianças na escola, mas atender às suas características pessoais, de forma que todas elas possam conviver no mesmo ambiente, respeitadas sua diversidade sociocultural, grau de desenvolvimento e demais peculiaridades.

Para tanto, a legislação *sub analise* alia o sistema de proteção integral da criança e do adolescente a uma atuação efetiva do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, sistema de segurança pública, Conselhos de Direitos da Criança e dos Adolescentes, em todos os níveis federativos, além dos conselhos tutelares. Todas essas instituições são chamadas a atuar na área da infância e juventude, incluindo o direito à educação.

É certo que o Poder Judiciário já atuava nessa área. Entretanto, após a entrada em vigor de leis como a de Diretrizes e Bases da Educação, a instituição assume um novo papel, podendo promover o acompanhamento e controle social de recursos que devem ser aplicados na educação escolar.

Aliando esse papel ativo atribuído ao Judiciário à nova definição de direitos sociais definida no art. 6º da Constituição Federal, fazem surgir, por um lado, a obrigação do poder público de garantir a educação de forma igualitária entre as pessoas e, de outro, garante ao interessado o poder de buscar no judiciário a sua concretização.

Analisando sob essa ótica, temos que as disposições previstas nos arts. 205 a 208 da Constituição Federal tem eficácia plena, cabendo ao interessado, caso o Poder Executivo não cumpra sua obrigação de garanti-lo, acionar o Judiciário, visando a sua responsabilização.

Assim, as normas constitucionais que disciplinam o direito à educação, como elemento da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e direito social, devem ser entendidas como de eficácia plena e aplicabilidade imediata, produzindo efeitos jurídicos, onde todos são investidos no direito subjetivo público, com o efetivo exercício e gozo, indispensáveis para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Essa relação direta entre o direito e a educação fez com que a justiça atuasse na solução de conflitos no âmbito escolar, não apenas as mais utilizadas, como ações de indenização e reparação de danos envolvendo o sistema educacional. Hoje, o Judiciário é chamado a atuar nas

mais diversas situações, de forma a garantir a efetividade do direito à educação e sua prestação com qualidade, na forma prevista na Constituição Federal, além da prevenção e repressão da prática de atos infracionais no ambiente escolar.

No caso da pessoa com deficiência, é certo que essa possui, naturalmente, restrições devido a sua condição, não estando, no mais das vezes, em igualdade com os demais membros da sociedade nem mesmo nas atividades do dia a dia. Em razão disso, depende de uma maior atenção para que sejam efetivamente atendidas suas necessidades básicas.

Por isso, o poder constituinte previu medidas específicas de proteção às pessoas com deficiência, inserindo disposições na busca da garantia da igualdade de direitos a essas pessoas, merecendo relevo a promoção de programas de assistência integral, de prevenção e atendimento especializado;¹⁴ a reserva de vagas em concurso público;¹⁵ o atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino;¹⁶ no âmbito da

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: [...] II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

¹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

assistência social,¹⁷ a sua habilitação, reabilitação e a promoção de sua integração à vida comunitária e eliminação de barreiras arquitetônicas.¹⁸

Apesar de restar claro o direito da pessoa deficiente em todos os casos citados, a atuação governamental e o acesso à justiça nesses casos não se mostra tão evidente ou eficiente, ao contrário do que se poderia esperar, especialmente porque esse último direito é um dos pilares fundamentais para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO ESPECIAL

A garantia do direito à educação especial, na forma como prevista legal e constitucionalmente, assegura não apenas a entrada e permanência da pessoa com deficiência na escola, mas, sobretudo, seu atendimento especializado.

Quando qualquer dos aspectos vinculados ao direito à educação for violado e/ou não garantido em toda sua extensão, seja por órgãos públicos ou privados, há a possibilidade de os interessados questionarem essa carência judicialmente. Surge a partir daí o fenômeno que recebeu o nome de judicialização da educação, ocorrido também para garantia de outros direitos sociais.

Segundo Silveira (2011, p. 34), a judicialização das políticas públicas são favorecidas por algumas circunstâncias, como a democracia, a separação de poderes, o reconhecimento formal de direitos, a consciência dos meios judiciais pelos grupos de interesses e pelos partidos de oposição na realização de seus objetivos, inefetividade das instituições majoritárias, a

¹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

¹⁸ Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

incapacidade das instituições em dar provimento às demandas sociais, delegando às cortes a tomada de decisão em determinadas áreas da política.

Pode-se dizer que esse processo de judicialização de direitos sociais, como a saúde e a educação, no Brasil, decorre da apropriação, pela sociedade, dos direitos e garantias assegurados pela Constituição da República de 1988.

Segundo Bucci (2013, p. 192), a grande inovação nesse campo decorre da possibilidade de serem imputadas determinadas consequências, dentro de determinados parâmetros, para a inércia ou desídia dos governantes em implementar as políticas públicas ou medidas necessárias à efetivação desse direito.

Isso busca garantir o acesso das minorias a determinados direitos e serviços que, se dependessem unicamente dos grupos dominantes, não seriam efetivados, vez que esses buscam apenas vantagens pessoais.

O que se deve ter em mente é que, em uma sociedade democrática como a nossa, é dever do Judiciário assumir o seu papel de protagonismo no controle da implementação dos direitos e garantias consagrados na legislação, exigindo dos demais poderes a sua realização.

Tratando especificamente do direito à educação, partindo-se do pressuposto que este faz parte da formação do ser humano, temos que é dever fundamental do Estado garanti-lo em toda sua extensão, sob pena de ser responsabilizado por isso. E essa responsabilização dá-se através da intervenção do Judiciário no caso, após a provocação do interessado, consolidando a chamada judicialização da educação.

A consolidação do fenômeno decorre da mudança de paradigma verificada na atual legislação de proteção integral da criança e do adolescente e do comportamento proativo da sociedade na busca da consolidação dos direitos sociais.

O microsistema de proteção integral reconhece seus beneficiários como sujeitos de direito, ao contrário da legislação menorista anterior, que os via como objetos de proteção.

Nesse sentido, a educação é vista como direito social e público subjetivo, que deve ser garantido de forma ampla e efetiva a todos os interessados, autorizado o acesso ao Judiciário, bem como a intervenção de outros atores como Conselho Tutelar e Ministério Público, que exercem papel fundamental nesse novo cenário.

O perfil que se busca é da educação como direito de todos, tornando obrigatória a matrícula de crianças, conforme determinação constitucional. Essa nova realidade traz conflitos, de forma que a intervenção judicial não se limita à responsabilidade civil dos educadores, estendendo-se à eventual imputação criminal dos pais e responsáveis, o que implica numa relação direta entre Judiciário e efetividade do direito à educação, fazendo com que este exerça um papel não apenas técnico, mas também social.

A Constituição federal de 1988 dispõe, em seu artigo 205,¹⁹ que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, estabelecendo, no art. 208, que esta é obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, prevendo o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

O diploma constitucional passou a prever que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.²⁰

¹⁹ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 205. 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.

²⁰ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; [...] III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Regulamentando os dispositivos, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação a exigibilidade do ensino obrigatório, como direito público e subjetivo, por qualquer cidadão, grupos de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, bem como o Ministério Público, que podem acionar o Poder Público para exigí-lo.²¹

A citada lei prevê, ainda, no art. 58, §1º,²² que, sempre que for necessário, haverá serviços de apoio especializado para atender às necessidades peculiares de cada aluno que contenha deficiência.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, como direitos assegurados à criança e ao adolescente e que, se não oferecidos ou se ofertados de maneira irregular, ensejam proteção judicial, o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, sem excluir a proteção judicial de outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela lei (BRASIL, 1990, art. 208).

Em relação às pessoas deficientes, portanto, além do acesso ao ensino, devem ser implementadas políticas que garantam sua permanência na escola, preferencialmente na rede pública de ensino, sem excluir o atendimento educacional especializado. Pode-se dizer que essa mudança radical de postura decorreu da edição de diplomas internacionais, em especial da Declaração de Salamanca (1994).²³

²¹ Lei n. 9.394/1996 - Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigí-lo.

²² Lei n. 9.394/1996 - Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. §1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

²³ Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139394por.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

A Resolução n. 2, do Conselho Nacional de Educação – Câmara de Educação Básica (CNE/CEB, 2001)²⁴ fixa a orientação de que a matrícula dos alunos com deficiência deve ser assegurada em classes comuns do ensino regular, em qualquer etapa ou modalidade da Educação Básica (art. 7º), possibilitando que estes recorram ao atendimento de serviços de apoio especializado e, somente em caráter extraordinário e transitório, a serviços especializados e classes especiais (arts. 9º e 10).²⁵

Adaptando a linguagem da disposição anterior, em 2003, a Secretaria de Educação Especial (SEESP), subordinada ao Ministério da Educação (MEC)²⁶ fixou o alcance e interpretação do termo “preferencialmente”, prevendo que esse atendimento refere-se a “atendimento educacional especializado”. Nesse sentido, o ensino escolar diferenciado, disponível em todos os níveis, deve atender às especificidades de cada aluno, como condição básica para exercício de seu direito fundamental.

Essa interpretação deixa claro que deve haver uma dupla oferta do ensino do atendimento educacional especializado aos portadores de necessidades especiais, na escola regular ou não.

O atendimento educacional especializado pode ser oferecido em salas de recursos multifuncionais ou em centros de Atendimento Educacional Especializado da rede pública ou de instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos (MEC, 2009, art. 1º), o que reforça a classificação da educação como direito público e subjetivo de todos.

²⁴ Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

²⁵ Art. 7º Os alunos com altas habilidades/superdotação terão suas atividades de enriquecimento curricular desenvolvidas no âmbito de escolas públicas de ensino regular em interface com os núcleos de atividades para altas habilidades/superdotação e com as instituições de ensino superior e institutos voltados ao desenvolvimento e promoção da pesquisa, das artes e dos esportes. [...] Art. 9º A elaboração e a execução do plano de AEE são de competência dos professores que atuam na sala de recursos multifuncionais ou centros de AEE, em articulação com os demais professores do ensino regular, com a participação das famílias e em interface com os demais serviços setoriais da saúde, da assistência social, entre outros necessários ao atendimento.

²⁶ Ministério da Educação e Cultura, Resolução CNE/CEB nº 4, de 2 de outubro de 2009, Art. 3º: A Educação Especial se realiza em todos os níveis, etapas e modalidades de ensino, tendo o AEE como parte integrante do processo educacional (Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rcebo04_09.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2017).

No Brasil, a Constituição de 1988 expressamente prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV).²⁷

É certo que o recurso ao Judiciário se relaciona diretamente à necessidade de se garantir a efetividade da aplicação dos direitos, a partir do momento em que as pessoas passam a ter consciência de seus direitos, sendo colocados no centro da política social e recorrendo aos tribunais para que estes os protejam e exijam sua efetiva execução.

Essa transformação dos conflitos sociais em demandas judiciais surge como uma alternativa, diante da elevada consciência de direitos que tem cada vez mais ampliado o âmbito de apreciação das lesões e, portanto, o possível objeto de reparação.

Em relação aos deficientes com especiais necessidades educacionais é certo que apesar da vasta legislação, esta apresenta omissões, lacunas, conceitos gerais indeterminados sem a devida complementação, mesmo após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015).

Todos os diplomas, em geral, são marcados por uma vertente educacional sem qualquer base empírica e forte caráter assistencialista, revelando uma significativa distância entre o que a lei propõe e a realidade educacional. A intervenção do Poder Judiciário, portanto, dá mostras dos caminhos a serem trilhados para a exigibilidade de direitos dessa população.

Apesar dessas ressalvas, podem-se extrair dois pontos fundamentais de necessária observância para a concretização do direito à educação das pessoas com deficiência, quais sejam, o acesso à educação e sua qualidade, que envolve aspectos como a permanência do aluno na escola, o atendimento especializado aos deficientes, acessibilidade e mobilidade arquitetônica e qualificação dos profissionais envolvidos.

²⁷ Constituição da República Federativa do Brasil – Art. 5º. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A qualidade da educação oferecida às pessoas deficientes foi alvo de análise pela ONU – Organização das Nações Unidas, quando da edição da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que, além do respeito aos direitos, previu que esta se apoiaria em cinco premissas básicas: equidade, relevância, pertinência, eficiência e eficácia.²⁸

A Lei n. 13.146 inovou na legislação brasileira, prevendo normas protetivas da permanência da pessoa com deficiência na educação. O art. 27 do diploma prevê que a educação constitui direito da pessoa com deficiência, inclusive em todos os níveis educacionais, devendo ser intentado o máximo de desenvolvimento de suas habilidades intelectuais, sensoriais, físicas e sociais, afastando-a de toda forma de discriminação.²⁹

Essas disposições são convergentes aquelas constantes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e demais normativas internacionais, promovendo a efetividade de seus direitos fundamentais, para além do simples acesso destes à escola.

²⁸ ONU – Assembleia Geral – Resolução 22/3: B. *Right to inclusive, quality and free education* 28. An inclusive education system does not imply a lower quality of education; on the contrary, establishing quality education is at the core of the recommended measures. Quality education is related to the concept of acceptability (4 As), and UNESCO has recommended five dimensions to further advance this goal: respect for rights, equity, relevance, pertinence, and efficiency and efficacy. 29. The human right to education brings to the fore the principles of free and obligatory primary education, and progressively free secondary and higher education accessible to all without discrimination. Non-discrimination can eliminate exclusion and expulsion in education by promoting participation in decision-making. 30. In the context of education, equity means that each student can benefit from the opportunities offered by the system. Education systems must therefore provide for substantive equality linked to outcomes. Equity needs to be ensured in access, process and results. 31. Education must be relevant, in accordance with the objectives ascribed to it by society, and must serve the purposes explicitly recognized in article 24, paragraph 1, of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In highlighting the need for education to be relevant, UNESCO recommends the four pillars outlined in the Delors Report (learning to know, to do, to be and to live together). 32. Pertinent and meaningful education should allow for the development of autonomy, self-government and identity by adapting to the needs of the student. This implies moving away from homogeneity to the pedagogy of diversity. 33. Efficacy and efficiency are attributes of quality education. Education must be efficacious in translating the right to quality education into meaningful practice, and efficient in recognizing and honouring the efforts made by students, not only the results. 34. Inclusive education calls for inclusive testing methods. Cognitive learning is an indicator of quality education, but not the only one. Testing methods should be based on the proposed goals of education, taking into account the different dimensions that define quality education.

²⁹ Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Percebe-se, dessa forma, que o Brasil possui uma legislação ampla em relação à inclusão pela educação das pessoas deficientes, de forma que essa não se esgota com a previsão de acesso à escola. Ela acolhe a ideia de adaptação do ambiente escolar ao aluno, promovendo seu bem-estar e desenvolvimento, pela promoção conjunta do Estado, família e profissionais envolvidos.

Sempre que qualquer desses aspectos não for observado, cabível o recurso ao Judiciário na busca da tutela de acesso e permanência de pessoas com deficiência no ambiente educacional, mesmo tratando-se de normas predominantemente pragmáticas.

Entretanto, o que não se pode admitir é a transferência de responsabilidade das questões que deveriam ser solucionadas na escola para a esfera judicial. Cabe aos profissionais da educação assumir seu compromisso com a efetivação dessas, esgotando todos os recursos administrativos para a solução de eventual controvérsia.

6 CONCLUSÃO

Pode-se afirmar que cabível o amplo acesso ao Judiciário para reivindicar e requerer a implantação e implementação das políticas públicas relacionadas à educação, em especial a partir da Constituição Federal de 1988, vez que esse tem condições de prover respostas em prazo razoável aos seus destinatários (BUCCI, 2013, p. 195).

Bucci (2013, p. 193) afirma que o diploma constitucional caracteriza a atuação judicial a uma atuação material, reduzindo os formalismos em favor de uma justiça efetiva.

Considerando a educação como o processo de humanização voltada a qualificar os membros da sociedade para a vida social, é certo que ela deve se realizar em toda sua extensão.

A garantia do direito à educação, como um direito social e público subjetivo, depende da concretização de políticas públicas. A ausência dessas medidas políticas e administrativas relacionadas ao processo educacional permite o recurso a medidas judiciais.

É função constitucional do Poder Judiciário reconhecer os direitos subjetivos dos jurisdicionados, concedendo-lhe a tutela de urgência a partir de provas pré-constituídas e persuasão sobre a questão de fundo. Ou seja, a garantia dos direitos subjetivos aos cidadãos legitima a recurso ao Judiciário, impondo comandos aos demais envolvidos, incluindo ao Estado.

Juízes são, assim, incitados a atuar no campo das políticas públicas, antes restrito à Administração Pública, garantindo que a expectativa dos cidadãos não seja frustrada.

Firma-se, então, uma relação entre educação e justiça, de forma que a judicialização se revela como um dos instrumentos mais eficazes de defesa de direitos juridicamente protegidos.

A proteção judicial avança na consolidação dos direitos de proteção integral da criança e do adolescente, garantindo a efetividade das previsões legais e constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo I**. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIMMERMAN, Arie. **Social Inclusion of people with disable: national and international perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Como chamar as pessoas que têm deficiência? **Revista da Sociedade Brasileira de Ostomizados**, ano I, n. 1, p. 8-11, jan./jun. 2003.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: Construindo uma sociedade para todos**. 8. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento com liberdade**. 1. ed. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Adriana A. Dragone. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. **Jornal de Políticas Educacionais**, n. 9, p. 30-40, jan./jun. 2011.

UNESCO. **Declaração Mundial sobre Educação para Todos**: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

ACESSO AO EMPREGO OU AO CARGO PÚBLICO POR ESTRANGEIRO NO CONTEXTO REGIONAL DO ACORDO DE RESIDÊNCIA DO MERCOSUL

André Filipe de Moura Ferro¹

Resumo: O artigo trata das convenções de Direitos Humanos sobre migrantes. O recorte será o direito ao emprego público do imigrante conforme o Acordo de Residência do Mercosul. O problema da pesquisa é a titularidade do direito de assunção de posição pública do imigrante. Analisa-se o direito ao emprego público do estrangeiro na CRFB88 e a compreensão de sua eficácia limitada. Por fim, debruça-se sobre as normas de Direitos Humanos e seus impactos no recorte do artigo. Adota-se pesquisa bibliográfica, predominando o método dedutivo.

Palavras-chave: Direitos humanos. Hierarquia e eficácia das convenções de direitos humanos. Imigração. Direito ao trabalho. Não discriminação.

1 Introdução

O presente artigo foi preparado para a disciplina de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais Sociais como trabalho de conclusão da disciplina.

O tema do trabalho será os direitos sociais constitucionais ao trabalho e de não discriminação. O recorte será o direito de acesso ao emprego ou cargo público por estrangeiro em igualdade de condições com os nacionais expresso inclusive no Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile como direito materialmente constitucional, exigível e de aplicabilidade imediata.

O trabalho iniciará com as disposições constitucionais que, por uma parte, apontam em favor da igualdade de todos, inclusive do trabalhador imigrante. Em seguida, se debruçará sobre os diversos instrumentos inter-

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

nacionais de Direitos Humanos e sua posição hierarquia com destaque para as lições de Flávia Piovesan. Sobre essas bases, será confrontada a atual posição do Supremo Tribunal Federal de considerar o direito do estrangeiro de acessar o emprego ou cargo público como de eficácia limitada.

2 DESENVOLVIMENTO

O presente trabalho faz uma breve análise sobre o direito dos trabalhadores súditos advindos dos demais países que são partes do Mercosul, da Bolívia e do Chile de tornarem-se empregados e servidores públicos no Brasil em igualdade de tratamento com os cidadãos brasileiros.

A Constituição Brasileira de 1988 funda um Estado sobre a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (incisos III e IV do art. 1º). Seus objetivos fundamentais são construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (incisos I, III, e IV do art. 3º). Ainda, a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade constam como princípios de suas relações internacionais (incisos II e IX do art. Art. 4º). O artigo 5º, por sua vez, estabelece como direitos fundamentais a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e o livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (Art. 5º caput e inciso XIII).

Interpretando o caput do Art. 5º da CRFB/88, é possível concluir que o constituinte empregou inapropriadamente o termo jurídico “residência” ao garantir direitos aos estrangeiros. Como consolidado, os direitos fundamentais se estendem a todos brasileiros e também aos estrangeiros sob a autoridade do Estado Brasileiro, seja no território nacional ou mesmo em embaixadas e embarcações, por exemplo. Esse é o entendimento expres-

so pelo Supremo Tribunal Federal no HC 94.016, de relatoria do Ministro Celso de Mello (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Em incongruência com tudo isso, a redação original do inciso I do art. 37 da Constituição de 1988 estabelecia que os cargos, empregos e funções públicas eram exclusivos aos nacionais.

A política da constituinte de vedação total aos não cidadãos era mais severa do que a aplicada nos Estados Unidos da América, país reconhecido internacionalmente como duro e excludente nas questões de imigração. Conforme a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, em especial nos casos *Cabell v. Chavez-Salido* e *Bernal v. Fainter*, estrangeiros podem assumir posições públicas com exceção de funções políticas, entendidas como cargos públicos intimamente ligados ao processo democrático de autodeterminação (BOSNIAK, 2006).

Também é mais severa que a portuguesa, que permite aos estrangeiros em geral a assunção de funções pública de natureza técnica. Já aos estrangeiros que cumulativamente sejam advindos dos países de língua portuguesa e residentes permanentes de Portugal é permitida a assunção de todas as funções públicas, exceto os mais altos cargos governamentais “nos termos da lei e em condições de reciprocidade” (art. 15º da Constituição de Portugal de 1976).

Com a emenda n. 19 de 1998 a Constituição Brasileira passou a autorizar os estrangeiros a ocuparem empregos e cargos públicos “na forma da lei”. Diante do texto reformado, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que o direito constitucional do estrangeiro de prover essas posições públicas é de eficácia limitada. Essa compreensão se verifica,

por exemplo, nos julgamentos do AI 590.663 AgR, de relatoria do Ministro Eros Grau,² e RE 346.180 AgR, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa.³

Esse posicionamento também é acompanhado por Carvalho Filho (2012). Entretanto, o autor pondera que a admissão a termo de estrangeiros é possível pelo seu caráter excepcional.

A contratação de estrangeiros em condições especiais é prevista pela lei 8.745/93 para o cargo de professor e pesquisador visitante (inciso V do art. 2º) e também pela lei 12.871/2013 na condição de médico intercambista.

É possível, a partir disso, se debruçar quanto à controvérsia da possibilidade dos empregos e cargos públicos serem reservados exclusivamente aos nacionais em um contexto de prevalência dos direitos humanos e em especial diante do Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile.

Piovesan classifica os direitos constitucionais em três grupos. O primeiro grupo é composto pelos direitos expressos na Constituição, o segundo pelos direitos expressos em normas internacionais de Direitos Humanos de qual o Brasil é signatário e o último pelos direitos implícitos (PIOVESAN, 2015).

Para a autora, o §2º do art. 5º inclui no rol de direitos constitucionais aqueles presentes nas normas internacionais de direitos humanos firmadas pelo Estado Brasileiro. Em vista disso, o dispositivo atua como cláusula

² “Estrangeiro. Acesso ao cargo de professor da rede de ensino do Estado de Roraima. Ausência de norma regulamentadora. Por não ser a norma regulamentadora de que trata o art. 37, I, da Constituição do Brasil matéria reservada à competência privativa da União, deve ser de iniciativa dos Estados-membros. [RE 590.663 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 15-12-2009, 2ª T, DJE de 12-2-2010].” (BRASIL, 2016, p. 550).

³ “Cargo público efetivo. Provimento por estrangeiro. [...] Até o advento das Emendas 11/1996 e 19/1998, o núcleo essencial dos direitos atribuídos aos estrangeiros, embora certamente compreendesse as prerrogativas necessárias ao resguardo da dignidade humana, não abrangia um direito à ocupação de cargos públicos efetivos na estrutura administrativa brasileira, consoante a redação primitiva do art. 37, I, da Lei Maior. Portanto, o art. 243, § 6º, da Lei 8.112/1990 estava em consonância com a Lei Maior e permanece em vigor até que surja o diploma exigido pelo novo art. 37, I, da Constituição. [RE 346.180 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 14-6-2011, 2ª T, DJE de 1º-8-2011.] = RE 350.626 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 16-10-2012, 1ª T, DJE de 9-11-2012. Vide: RE 544.655 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 9-9-2008, 2ª T, DJE de 10-10-2008.” (BRASIL, 2016, p. 549-550).

de constitucional aberta, ou de não tipicidade (MIRANDA, 1993) ou ainda de não taxatividade de direitos fundamentais. Nessa linha, os direitos desse segundo grupo são materialmente constitucionais e formam parte de um bloco de constitucionalidade, acepção que Piovesan incorpora de Canotilho (1992).

Sobre esse tema, Canotilho (1992) traz o conceito de constituição normativo-material, que se traduz no “conjunto de normas que regulamentam as estruturas do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais, independente das fontes formais donde estas normas são oriundas.”

O autor afirma que as normas internacionais de direitos humanos são fontes de direitos materialmente fundamentais, ou ainda “direitos positivo-constitucionalmente plasmados.” (CANOTILHO, 1992), desde que esses sejam compatíveis em relevância com os direitos formalmente fundamentais.

Com base nisso, Piovesan defende que os acordos e tratados de Direitos Humanos, possuidores de uma natureza especial por protegerem e atuarem no interesse dos indivíduos e não dos Estados que os firmaram, são hierarquicamente constitucionais (PIOVESAN, 2015).

Contribui para essa tese a aplicação do princípio da máxima efetividade das disposições constitucionais, entendido como norte hermenêutico de sempre dar à norma o sentido que lhe atribua maior eficácia, sobre os §2º do art. 5º e sobre os demais princípios constitucionais, inclusive o princípio de prevalência dos direitos humanos (PIOVESAN, 2015).

Piovesan inicialmente interpreta o §3º do art. 5º inserido pela emenda constitucional n. 45, como uma iniciativa para pacificar o entendimento sobre a hierarquia constitucional dos acordos e tratados internacionais de direitos humanos. Para a autora, o novo dispositivo acrescenta a esses instrumentos internacionais a condição de formalidade constitucional, caso sejam aprovados pelo congresso conforme os procedimentos legislativos de emenda à constituição. Portanto, o §3º consagra e fortalece a posição

hierárquica da ordem internacional de Direitos Humanos já sustentada pelo parágrafo antecedente (PIOVESAN, 2015).

Em linha similar, votou o Ministro Celso de Mello no HC 87.585 que tratava da prisão do depositário infiel. O ministro sustentou à corte que as convenções internacionais de Direitos Humanos são “impregnadas de natureza constitucional” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008) em três diferentes possibilidades conforme o tempo de sua ratificação. Na primeira, possibilidade as convenções de direitos humanos aderidas pelo Estado brasileiro anteriormente à promulgação da Constituição de 1988 foram recepcionadas com hierarquia constitucional. Na segunda, as convenções firmadas no período entre a promulgação da Constituição de 1988 e anterior ao vigor da emenda n. 45 são materialmente constitucionais. E, na última hipótese, as convenções posteriores à emenda n. 45 dependem de sua aprovação pelo procedimento legislativo do §3º do art. 5º para possuírem natureza constitucional.

Na última possibilidade, Mello e Piovesan estão em desacordo, tendo em vista que essa, entende por materialmente constitucionais, os instrumentos internacionais de Direitos Humanos firmados após a emenda constitucional n. 45 mesmo quando não aprovados pelo quórum especial.

Portanto, para Celso de Mello a prevalência dos Direitos Humanos, conforme o inciso II do art. 4º da CRFB, impõe a “supremacia e precedência” (BRASIL, 2009) dos tratados de Direitos Humanos sobre a ordem jurídica interna, desde que mais benéficas.

No julgamento do citado HC 87.585 pelo Supremo Tribunal Federal e em diversos outros, sobre o tema da prisão do depositário infiel os partidários do status constitucional das convenções internacionais de direitos humanos foram minoritários, prevalecendo a compreensão que esses instrumentos têm caráter supralegal (PIOVESAN, 2015).

Seguindo esse posicionamento, a hierarquia constitucional das normas internacionais de Direitos Humanos tem por consequência sua

aplicação imediata, conforme §1º do art. 5º (PIOVENSAN, 2015). Incorporados automaticamente, esses tratados geram obrigações e são exigíveis pelos seus destinatários sem a necessidade de uma iniciativa legislativa nacional ou mesmo de decreto de execução (PIOVENSAN, 2015).

Mediante ao exposto, Piovesan afirma que a recepção do Direito Internacional pelo ordenamento pátrio é monista para as normas de Direitos Humanos e dualista para as demais normas (PIOVENSAN, 2015). Dessa forma, em matérias de Direitos Humanos o Direito Interno e o Internacional formam um único ordenamento.

Em vista desse raciocínio, as convenções de Direitos Humanos são elevadas ao patamar constitucional, são imediatamente aplicáveis, como também embasam direitos subjetivos, intervindo no ordenamento brasileiro em três possibilidades na elaboração de Piovesan (2015). Na primeira os dispositivos das convenções coincidem com os da Constituição. Já na segunda hipótese as convenções robustecem e alargam a gama constitucional de direitos. Por fim, a terceira possibilidade é de as convenções de direitos humanos colidirem com dispositivos legais nacionais.

Para elucidação da terceira hipótese, Piovesan (2015) explana que as normas internacionais sobre Direitos Humanos estabelecem um patamar mínimo e não podem servir para suprimir ou limitar direitos já consagrados. A autora utiliza como um de seus embasamentos o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece essa regra hermenêutica.⁴

⁴ CADH Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza (BRASIL, 1992).

A autora então conclui que no conflito entre normas externas de Direitos Humanos e normas internas, prepondera sempre a mais vantajosa ao destinatário do direito, independente de ulterioridade (PIOVESAN, 2015).

Absorvendo essas ponderações, é possível analisar os impactos das principais convenções de Direitos Humanos que tratam de igualdade no acesso ao emprego, inclusive o Acordo de Residência do Mercosul.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama que todas as pessoas naturais têm direito ao trabalho (art. XXIII). Consta também do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que os seus signatários reconhecem o direito ao trabalho “que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito.” (art. 6º). A convenção n. 97 da OIT, por sua vez, previne o trabalhador imigrante de tratamento discriminatório e de ser submetido a condições inferiores que os nacionais (art. 6º). Ainda, a convenção 111 da OIT considerada discriminatória as distinções e exclusões fundadas na ascendência nacional (art. 1º).

No âmbito regional, o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile determina que os súditos dos países signatários sob a jurisdição brasileira têm direito a igualdade de oportunidades e de tratamento em questões laborais (arts. 1º e 2º e n. 3 do art. 9º), como também detêm o direito de “trabalhar e exercer toda atividade lícita.” (BRASIL, 2009). Vale destacar que o Acordo de Residência possui explicitamente a determinação hermenêutica de prevalência da norma mais benéfica ao imigrante (art. 11) (BRASIL, 2009).

Com esse aporte é possível concluir que o imigrante não só tem o direito ao trabalho, como também é protegido de tratamento discriminatório frente ao trabalhador nacional, ambos os direitos por força de normas de ordem constitucional, tanto formal e materialmente constitucionais quanto exclusivamente materialmente constitucionais.

Esse direito ao trabalho é, para Miranda, um direito fundamental de liberdade que exige do Estado garantias e prestações das condições para efetivação de iguais oportunidades no intuito que todos possam exercer o direito. Analisando a Constituição Portuguesa, Miranda afirma que a liberdade de trabalho pressupõe a liberdade de aprender o ofício pretendido, a liberdade de mobilidade nacional e internacional, a liberdade de associação profissional e sindical e ainda da liberdade de acessar função pública em igualdade de condições (MIRANDA, 1993). Ainda, o direito ao trabalho exige a garantia de não prejuízo pelo gozo de direitos políticos, pela ocupação de cargos públicos, em razão do serviço militar ou pelo cumprimento de pena (MIRANDA, 1993).

Já o direito de não discriminação, previne que o empregado seja submetido a iniquidades que o diminuam ou lhe desfavoreçam sem um critério válido ou legítimo (RODRIGUEZ, 2015). No caso específico do estrangeiro, Rodriguez aponta que o imigrante encontra-se na “condição de indefeso” imposta pela “ignorância das normas de proteção, falta de documentação, necessidade extrema de ocupação imediata, falta de recursos, falta de apoio sindical, temor da despedida.” (RODRIGUEZ, 2015). O autor compreende que a nacionalidade não é uma razão admissível de diferenciações, mas pondera que, mesmo não corroborando com isso, o acesso aos cargos públicos a cidadania é, em geral, um critério aceito (RODRIGUEZ, 2015).

Na interpretação de Nicoli (2011), a Convenção n. 111 da OIT veda que as ascendência nacional embase diferenciações como também exige igual proteção entre nacionais e imigrantes nas questões de trabalho (NICOLI, 2011). Além disso, a convenção estende essa obrigação de não discriminação ao estrangeiro em “toda e qualquer modalidade de prestação de trabalho” (NICOLI, 2011), sendo possível daí extrair o direito de ingressar em emprego ou cargo publico em igualdade de exigências.

Corroborando com essa posição, o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile prescreve os direitos dos imigrantes de “tratamento não menos favorável do que recebem os nacionais do país de recepção, no que concerne à aplicação da legislação trabalhista” e o direito de “exercer qualquer atividade.” (BRASIL, 2009).

Deste modo, é válido inferir que, sob a jurisdição brasileira, o trabalhador imigrante súdito de um dos demais países que compõem o Mercosul, ou ainda da Bolívia ou do Chile é titular de direitos subjetivos de hierarquia constitucional e de aplicabilidade automática advindos tanto da letra da Constituição Nacional quanto de convenções de Direitos Humanos de âmbito mundial e regional ratificadas pelo Estado Brasileiro. Esses dispositivos constitucionais proíbem a utilização de sua condição de não cidadão como critério de diferenciação ou de exclusão nas matérias de trabalho e emprego, garantindo o exercício de toda e qualquer atividade lícita mesmo que o ordenamento interno proibisse, embasado de modo destacado pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos, §§ 1º e 2º do art. 5º da CRFB/88, art. 1º da convenção n. 111 da OIT e arts. 8º e 9º do Acordo de Residência do Mercosul.

Sob essa ótica, é impossível sustentar que, sob a autoridade do Estado Brasileiro, o direito do imigrante cidadão dos demais países membros do Mercosul ou ainda da Bolívia e Chile às ocupações públicas é disposição constitucional de eficácia limitada ou mesmo um direito fundamental inexecutável, na classificação de Miranda (MIRANDA, 1993).

O local de nascimento e a ascendência não são méritos ou deméritos, não podem ser fontes de privilégios nem mesmo maldições, portanto não constituem razões válidas ou legítimas para inferiorizar ou desfavorecer um grupo de sujeitos de direitos frente aos demais.

Há repetidas normas constitucionais de eficácia imediata que preveem a igualdade de tratamento. Essa igualdade é, por princípio, sempre

a regra, exigindo-se apenas das iniquidades a regulamentação e a fundamentação. O direito de “igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão” do art. 1º da convenção n. 111 da OIT e ainda o “direito a exercer qualquer atividade [...] nas mesmas condições que os nacionais do país de recepção”, o “direito a trabalhar e exercer toda atividade lícita” e por fim o direito de “tratamento não menos favorável do que recebem os nacionais do país de recepção, no que concerne à aplicação da legislação trabalhista” do Acordo de Residência do Mercosul demonstram uma “abrangência máxima” (NICOLI, 2011) dos empregos e funções alcançados pela obrigação de igualdade.

Por tudo, o estrangeiro possui o direito subjetivo, constitucional e de aplicabilidade automática de acesso ao emprego e ao cargo público. Poderiam ser entendidas como posições públicas exclusivas dos cidadãos brasileiros somente aquelas acessadas por sufrágio ou funções eminentemente políticas. Isso porque ainda não se alcançou um estágio de isonômias que permita ao estrangeiro residente no país igualdade de direitos políticos, aí incluídos o alistamento eleitoral, o voto e a elegibilidade, conforme o §3º do art. 12 da Constituição Brasileira.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa almejou visitar brevemente as acepções de direitos humanos e direitos fundamentais de Flávia Piovesan, Gomes Canotilho e Jorge Miranda e aplicá-los à controvérsia do acesso a posições públicas por não cidadãos.

Como visto, os autores afirmam que os direitos fundamentais de índole constitucional abarcam inclusive tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, substanciando direitos subjetivos de eficácia automática.

Nessa linha, mesmo aqueles desprovidos do título de cidadão são sujeitos de direitos, inclusive dos direitos constitucionais ao trabalho e

de não discriminação, sendo prevenidos do uso do status nacional como critério de restrições ou exclusões.

Diante disso, o entendimento do Supremo Tribunal Federal de considerar o direito de alcançar funções públicas como de eficácia limitada, não se sustenta, especialmente quando confrontado com o Acordo de Residência do Mercosul, o que leva a conclusão da constitucionalidade e aplicabilidade imediata do direito dos imigrantes de acesso ao cargo e emprego público em condições de igualdade com os nacionais.

REFERÊNCIAS

BOSNIAK, Linda. **Citizenship Denationalized in Indiana Journal of Global Legal Studies** 7.2. 2000.

BOSNIAK, Linda. **The Citizen and the Alien**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Decreto n. 58.819, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 97 sobre os Trabalhadores Migrantes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58819.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 jan. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Decreto 6.975, de 07 de outubro de 2009. Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 out. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6975.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.871, de 22 de outubro de 2013. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 out. 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12871.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 ago. 1980, retificado em 22.8.1980 e republicado em 22.8.1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.745, de 09 de dezembro de 1993. Institui o Programa Mais Médicos, altera as Leis no 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e no 6.932, de 7 de julho de 1981, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 dez. 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745compilada.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa do direito**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2015.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. 5. ed. atual. Até a EC 90/2015. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 87.585. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 03 dez. 2008. **Diário de Justiça eletrônico**, 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 94.016. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 16 set. 2008. **Diário de Justiça eletrônico**, 14 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SÃO RECONHECIDOS SE SÃO JUDICIALMENTE PROTEGIDOS¹

Barbara Moesch Welter²

Resumo: Esta pesquisa está alicerçada na determinação do peso simbólico das normas definidoras dos direitos fundamentais sociais, com um robusto propósito de identificar os problemas específicos relativos à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. É inegável que a proteção judicial dos direitos fundamentais sociais reflete um fomento à garantia da segurança social, como reforço do grau de completude da norma. A incorporação dos direitos sociais nos textos constitucionais está ligada a um projeto de melhoramento da realidade social interna de cada país. A consolidação da democracia implica a adoção da efetividade dos direitos fundamentais sociais pela realização da cidadania e pela remoção dos obstáculos que a impedem. **Palavras-chave:** Direitos Fundamentais Sociais. Justiciabilidade. Democracia. Cidadania.

1 INTRODUÇÃO

No sentido de esboçar um posicionamento a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, esta pesquisa se dedica a traçar um roteiro para a identificação dos pressupostos para a sua efetiva invocação. A realização desses direitos, alicerçada na coerência entre a realidade e a ordem normativa vigente, sustenta o sistema constitucional pela determinação do peso simbólico das obrigações que os caracterizam.

Apesar de haver importantes peculiaridades a serem consideradas no percurso deste estudo, serão apresentados os problemas específicos relativos à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, o que, de qualquer sorte, não enseja o esvaziamento do reconhecimento dos di-

¹ Artigo apresentado como requisito parcial de avaliação da disciplina de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais Sociais, ministrada pelo Professor Dr. Yuri Schneider, jul-dez 2016, Unoesc, Chapecó, SC.

² Mestranda em Direitos Fundamentais no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

reitos fundamentais sociais. Além disso, cumpre ressaltar que as normas definidoras dos direitos fundamentais determinam uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, alcançando um robusto propósito de assegurar ao indivíduo a atenção aos critérios constantes na Constituição vigente.

Inegável, porém, que a proteção judicial dos direitos fundamentais sociais reflete um fomento à garantia da segurança social, como reforço do grau de completude da norma. Em que pese o reconhecimento de um direito fundamental social independentemente de lei, constata-se um complexo de posições jurídicas sustentando que o Constituinte Originário transferiu para o legislador a competência concretizadora dos direitos fundamentais sociais. A questão, no entanto, é desafiadora e merece todo cuidado e atenção.

A despeito da relevância temática, a discussão da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e os problemas de efetivação desses direitos, resta a tentativa de reconhecer um significado central e incontroverso: à lei não pode ser outorgada maior força que à Constituição. Neste sentido, esta pesquisa assume a tarefa de fornecer argumentos que contribuam para os referenciais acima assinalados, sem a pretensão de excluir outros de reconhecimento de exigibilidade em Juízo dos direitos fundamentais sociais.

2 NATUREZA ABERTA E FORMULAÇÃO VAGA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O direito é o meio pelo qual a política se manifesta. A incorporação dos direitos sociais nos textos constitucionais está ligada a um projeto de mudança da realidade social interna de cada país, onde o direito se relaciona com a política, como meio através do qual a comunidade se constitui a si mesma. Os direitos triunfam sobre aspirações comunitárias e, quando

as ideias comunitárias são expressas pelo direito, elas significam uma demanda da coletividade.

O reconhecimento no ordenamento jurídico de um fato social dá-se pela sua inclusão no texto constitucional com maior ou menor extensão de proteção, ou seja, pelas escolhas de um sistema de direitos fundamentais. O avanço em direção aos direitos fundamentais sociais funda-se no poder de exigibilidade judicial de uma prestação diretamente satisfativa do direito, contido numa norma constitucional. Se os direitos sociais são reconhecidos no sistema jurídico, então eles podem ser invocados diretamente ante um tribunal.

Esse avanço da análise teórica dos direitos fundamentais sociais vincula o legislador e o administrador público na edição de leis e medidas administrativas para assegurar a efetividade desses direitos. Essa afirmação é plausível pela associação entre direito e exigibilidade judicial, ou seja, pela possibilidade de reivindicar judicialmente o cumprimento de prestações correspondentes aos direitos fundamentais sociais. Conforme disposição expressa do parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988), “as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata.” A luta pela proteção social e efetividade dos direitos fundamentais sociais ultrapassa a margem das escolhas políticas feitas pelo legislador.

Entretanto, a questão exige o reconhecimento de algumas situações particulares. Neste sentido, cumpre salientar que por expressa redação do texto normativo, alguns direitos fundamentais sociais ocupam uma posição peculiar no sistema constitucional pela transferência ao legislador da tarefa de concretizá-los ou pela exigência de um comportamento ativo dos destinatários. A postulação desta dependência aprofunda a ideia de natureza aberta dos direitos fundamentais sociais, desencadeando problemas a sua aplicabilidade e efetividade.

As normas constitucionais não constituem um complexo homogêneo, podendo ser divididas em normas de organização, definidoras de direitos e programáticas (BARROSO, 2001, p. 91). Um exemplo de autêntica norma programática é o artigo 205, da CF/1988, que estabelece: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” A técnica de redação utilizada deixa transparecer seu cunho programático pela posição que ocupam os particulares.

Os direitos fundamentais sociais podem ser categorizados em outros quatro grupos: normas programáticas, de organização, garantias institucionais e direitos subjetivos (CANOTILHO, 1992, p. 556-557). Uma terceira classificação pode ser encontrada em Perez Luño (1995, p. 95): “a) princípios programáticos; b) princípios para atuação dos poderes públicos; c) normas e cláusulas a serem desenvolvidas pela legislação ordinária; e d) normas específicas ou casuísticas.” A atenção à eficácia jurídica no texto da norma permite o reconhecimento do direito ao particular titular do direito fundamental social.

Apesar da formulação dos direitos fundamentais sociais ser considerada vaga, é preciso tratar a Constituição em toda a sua densidade normativa, em condições de produzir a sua plenitude eficaz. A CF/1988 não estabeleceu distinção de natureza entre os direitos de liberdade, nomeadamente conhecidos como direitos de defesa, e os direitos sociais, permitindo, ao fim e ao cabo, considerar que não há distinção no regime jurídico desses direitos fundamentais. Não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais, descartando, a controvérsia de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade.

Todos os direitos possuem um “núcleo de certeza” (HART, 1963). A natureza aberta das categorias dos direitos fundamentais não obsta a

extensão de sua aplicabilidade imediata, pois inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. A limitação da plenitude eficaz depende de prova robusta de sua dependência de interposição legislativa e mesmo assim não exaure a circunstância de poder ser concretizada com instrumentos jurídicos-processuais. Não é admissível uma nova exegese ao parágrafo primeiro do artigo 5º em questão, mesmo que se considere em não haver uma normatividade suficiente para transformar os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis. É plausível salientar que a omissão do legislador pode ser combatida com instrumentos processuais de matriz constitucional, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Um direito fundamental abarca um complexo de posições jurídicas, o que implica afirmar que mesmo que seja aplicada diretamente uma norma de direito fundamental, as consequências podem ser diversas, com atuação também diversa do legislador infraconstitucional. Assim, para cada direito fundamental um efeito gerador, um direito a qualquer coisa ou um direito absoluto. Mesmo na ocorrência de uma excepcionalidade, onde o ato concretizador deverá ser convincentemente justificado e fundamentado, os direitos fundamentais sociais não perdem de aplicabilidade imediata e eficácia plena.

De tal sorte, cumpre reconhecer a condição privilegiada dos direitos fundamentais em razão da qualidade inerente a toda e qualquer norma constitucional: a regra geral é a de possuir aplicabilidade imediata e eficácia plena. Cabe ao poder público a realização da maior eficácia possível dos direitos fundamentais sociais através das prestações estatais, independentemente de qualquer que seja a medida que venha a ser adotada para a sua concretização. Conforme considera Faria (1994, p. 105), “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito

das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.”

O desiderato dos direitos fundamentais sociais consiste em garantir os pressupostos materiais, encontrando dificuldade, pois, em estabelecer dentre a multiplicidade de opções uma definição geral e abstrata. A esta consideração se acrescenta que os direitos fundamentais sociais constituem um catálogo em expansão, vinculados à tarefa de melhoria, criação de bens materiais, distribuição e redistribuição de recursos, seja pelo reconhecimento da ordem constitucional, seja pela concretização do legislador. Convém observar que os direitos fundamentais sociais possuem relevância econômica, deixando ao encargo dos órgãos competentes a política de concretização das circunstâncias de natureza socioeconômica e da progressiva implementação e execução de políticas públicas.

A natureza prospectiva dos direitos fundamentais sociais enfrenta a problemática das tarefas impostas ao Estado e a dotação orçamentária, abrangendo uma variada gama de posições jurídico-subjetivas e objetivas. Com o condão de impedir a imediata aplicabilidade e plena eficácia dos direitos fundamentais sociais, os problemas da negação da condição de autênticos direitos subjetivos não podem obstar a pretensão de sua justiciabilidade. Mesmo considerando que os direitos fundamentais sociais são fluidos, eles possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, não podendo ser considerados como meras proclamações de cunho ideológico e político.

Por derradeiro, tratados em diversas situações como direitos imprecisos, os direitos fundamentais sociais ainda se contrapõem com a ideia de que possuem alta adaptabilidade, acarretando uma rápida superação da norma pela realidade. Os argumentos que promovem posições de imprecisão dos direitos fundamentais sociais assumem uma posição trágica e permanecem em rota de colisão com as razões que compartilham de sua fundamentalidade material e que sustentam a estabilidade constitucional.

3 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Se há um direito, há também um meio de exigí-lo em juízo, ou seja, há um direito de aceder a um recurso efetivo que o tutele. Isso porque a inclusão de um direito no ordenamento positivo como fundamental obriga aos operadores jurídicos a maximizar os mecanismos necessários para a sua garantia e proteção. Os direitos fundamentais sociais são assegurados pelos recursos judiciais e mecanismos adequados para a execução das sentenças, com igualdade material entre as partes. A apresentação de argumentações deve ser equitativa entre as partes, pela indicação do princípio da “igualdade das armas”. O indivíduo tem o direito de que haja um juiz nesse processo, com as devidas garantias de independência e imparcialidade.

O litígio que procura a remoção das condicionantes econômicas de acesso à justiça, a fixação de um prazo razoável dos processos sociais, a efetiva igualdade de condições e a adequada revisão judicial representam um caminho para a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais. O processo de reclamação é um processo empírico e coletivo de aprendizagem. A sua dinâmica processual deve corresponder às normas definidoras de um discurso argumentativo válido. Como destaca Schwarz (2011, p. 94), “todos os direitos humanos fundamentais, sejam civis, políticos ou sociais [...] são judicializáveis.” A fundamentação argumentativa de validade para a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais tem por base uma ideia sólida sobre o caráter transcultural dos direitos sociais.

Neste contexto, a consolidação da democracia implica a adoção da efetividade dos direitos fundamentais sociais pela realização da cidadania e pela remoção dos obstáculos que a impedem. É justamente este trabalho de práticas sociais que possibilita perpetuar o acesso à tutela dos direitos em questão, abrindo um caminho novo à autêntica prática transformadora da sociedade. A própria cidadania inclui a transformação permanente

de ações orientadas para a plena efetividade dos direitos fundamentais sociais, em atenção ao princípio da igualdade real.

O emprego à máxima potência dos recursos disponíveis assegura a utilização do poder estatal com o propósito de equilibrar situações de desigualdade social, melhores oportunidades a grupos sociais postergados e acesso a certos bens, sem limitação por qualquer que seja outra consideração. O exercício real dos direitos fundamentais sociais põe em relevo os bens protegidos no plano constitucional para a efetiva promoção do desenvolvimento humano. Para a conversão das expectativas plenamente exigíveis judicialmente, o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais corresponde à atuação institucional dedicada a este mister.

O processo de definição de política pública deve tornar efetivo o paradigma democrático e não ser determinado por prioridades políticas estabelecidas pela “lógica de partido” (PISARELLO, 2007). Os direitos fundamentais sociais devem ser vistos como indispensáveis, verdadeiramente indisponíveis e inalienáveis, e não como direitos relegados a uma posição subalterna ou restritos à concretização por órgãos legislativos.

A redução da categorização dos direitos fundamentais sociais só faz verificar um fundamento axiológico excludente com fulcro à opressão. Ademais, não há o que se falar em direito à vida sem a concretização do direito à saúde, ou ainda, em direito à liberdade sem o acesso à educação crítica e de qualidade. Essas considerações permitem verificar a interdependência de todos os direitos.

A concepção de que toda interferência estatal é arbitrária não recebe abrigo nas hipóteses em que as interferências tenham por objetivo o acesso à educação, à saúde, à proteção da maternidade, à proteção jurídica em relação ao trabalho, apenas para citar alguns direitos. Para a construção de uma pauta pública de direitos inclusivos, de fortalecimento de liberdades coletivas, as pessoas necessitam exercer seus direitos vinculados ao controle de recursos necessários ao desenvolvimento humano,

na disposição igualitária de bens, como forma de combater abusos e privilégios e de eliminar desigualdades fáticas.

A intervenção judicial, através da tutela dos direitos fundamentais sociais, pode garantir às pessoas as condições necessárias para a manutenção de projetos de vida, pois não podem ser admitidas as mais variadas situações de privação e vulnerabilidade social. A igualdade de oportunidades é um processo dinâmico, como já afirmado por Aranguren (1994, p. 436), “a justiça não consiste simplesmente em dar a cada um ‘de uma vez e para todos’ [...] a justiça não foi estabelecida nem pode estabelecer-se de uma vez para sempre.” A aceitação do processo contínuo de valorização social e, especialmente, de respeito à diversidade cultural oportuniza desmistificar a ideia de que os direitos fundamentais sociais tutelam uma homogeneidade social.

A reivindicação aqui em pauta compreende a satisfação da maior diversidade social possível de todas as pessoas. Por outro lado, a satisfação pelo poder público das obrigações de proteção, frente às vulnerabilidades sociais, fundamenta-se nas sanções pelo retrocesso dos conteúdos das reformas e políticas sociais. O desenvolvimento dos direitos fundamentais sociais comporta uma obrigação de resultado, não admitindo a postergação de sua satisfação. Assim, a ideia é o emprego do máximo de esforço ao máximo de recursos disponíveis.

A exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais não pode estar condicionada à discricionariedade de nenhum poder, pois a democracia constitucional é aquela da satisfação da segurança material e autonomia do indivíduo. O argumento da falta de recursos financeiros e o princípio da reserva do possível não podem ser considerados argumentos absolutos para afastar a justiciabilidade. Ressalta-se que o Estado está impedido de postergar a satisfação dos direitos fundamentais sociais. A emergência do conceito material da democracia não está sustentada no

valor absoluto do poder executivo. A máxima constitucional exige uma multiplicidade de controles, inclusive das atividades dos poderes estatais.

A eleição de prioridades e o cumprimento da função precípua do Estado na distribuição dos recursos se contrapõem à teoria dos custos dos direitos e do princípio da reserva do possível, uma vez que não há recursos inexistentes. Neste aspecto, a realização dos direitos fundamentais sociais é refutada em razão de interesses econômicos das elites (KRELL, 2002, p. 99). O que a atividade estatal pode fazer é desenvolver critérios ou indicadores que delimitam o significado mais adequado para um determinado direito fundamental social, como por exemplo as pautas interpretativas. A lei, por sua vez, é uma fonte privilegiada de produção jurídica, pois se mostra de relevante arguição em um tribunal.

O emprego do princípio da proporcionalidade também tem permitido alcançar os fins constitucionais de proteção e promoção dos direitos fundamentais sociais na eleição do dever de prioridade dos mais vulneráveis. O que não é possível é o estabelecimento de uma política pública baseada em projeções e probabilidades. O poder público deve demonstrar o cumprimento das políticas sociais já existentes, esforçando-se no emprego do máximo de recursos disponíveis no combate aos problemas que afligem a sociedade, especialmente nos grupos dos mais necessitados. A exigibilidade judicial reforça o controle da sociedade na efetividade de garantia dos direitos fundamentais sociais.

4 CONCLUSÃO

A exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais expressa uma demanda comunitária na qual o direito se projeta como promoção das escolhas realizadas pelo sistema constitucional. A incorporação dos direitos sociais nos textos constitucionais está ligada a um projeto de melhoramento da realidade social interna de cada país, com atenção espe-

cial aqueles em situação de maior vulnerabilidade. O compromisso estatal está em empregar o máximo de recursos possíveis na atenção das necessidades, através de políticas públicas.

Entretanto, o legislador e o administrador público devem estar vinculados à máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, pois o direito está associado à justiciabilidade. A luta pela proteção social e efetividade dos direitos fundamentais sociais ultrapassa a margem das escolhas políticas feitas pelo legislador. Mesmo que as normas constitucionais não constituam um complexo homogêneo, não há distinção no regime jurídico dos direitos fundamentais.

Um direito fundamental abarca um complexo de posições jurídicas, o que implica afirmar que mesmo que seja aplicada diretamente uma norma de direito fundamental, as consequências podem ser diversas, com atuação também diversa do legislador infraconstitucional. Mesmo na ocorrência de uma excepcionalidade, os direitos fundamentais sociais não perdem de aplicabilidade imediata e eficácia plena. Os direitos fundamentais sociais constituem um catálogo em expansão, vinculados à tarefa de melhoria, criação de bens materiais, distribuição e redistribuição de recursos.

A inclusão de um direito no ordenamento positivo como fundamental obriga aos operadores jurídicos a maximizar os mecanismos necessários para a sua garantia e proteção. Os direitos fundamentais sociais são assegurados pelos recursos judiciais e mecanismos adequados para a execução das sentenças, com igualdade material entre as partes. Os argumentos que promovem posições de imprecisão dos direitos fundamentais sociais assumem uma posição trágica e permanecem em rota de colisão com as razões que compartilham de sua fundamentalidade material e que sustentam a estabilidade constitucional.

Neste contexto, a consolidação da democracia implica a adoção da efetividade dos direitos fundamentais sociais pela realização da cidadania e pela remoção dos obstáculos que a impedem. É justamente este tra-

balho de práticas sociais que possibilita perpetuar o acesso à tutela dos direitos em questão, abrindo um caminho novo à autêntica prática transformadora da sociedade. A própria cidadania inclui a transformação permanente de ações orientadas para a plena efetividade dos direitos fundamentais sociais. A exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais não pode estar condicionada à discricionariedade de nenhum poder, pois a democracia constitucional é aquela da satisfação da segurança material e autonomia do indivíduo.

A redução da categorização dos direitos fundamentais sociais só faz verificar um fundamento axiológico excludente com fulcro à opressão. Ademais, não há o que se falar em direito à vida sem a concretização do direito à saúde, ou ainda, em direito à liberdade sem o acesso à educação crítica e de qualidade. Essas considerações permitem verificar a interdependência de todos os direitos. Para a construção de uma pauta pública de direitos inclusivos, de fortalecimento de liberdades coletivas, as pessoas necessitam exercer seus direitos vinculados ao controle de recursos necessários ao desenvolvimento humano, na disposição igualitária de bens, como forma de combater abusos e privilégios e de eliminar desigualdades fáticas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para um avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

HART, Adolphus; LIONEL, Herbert. **El concepto del derecho**. Tradução Genaro Carrió, Buenos Aires: Aleledo-Perrot, 1963.

KRELL, Andrés. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos**. Estado de derecho y constitución. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Madrid: Trotta, 2007.

SWARTZ, Rodrigo García. **Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales**: su iprescindibilidad y sus garantías. Mexico: Miguel Ángel, 2011.

O DEVER DO ESTADO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS EM OBSERVÂNCIA AO PACTO CONSTITUINTE

Esthevam Lermen Eidt¹

Resumo: Os Estados atravessam grandes mudanças, tendo como um dos motivos disso a crise financeira, fato que influencia diretamente na promoção dos direitos sociais. Estes, nessa precária situação social e econômica, possuem um grande papel na sociedade, seja pelo fato que promovem o mínimo (co)existencial, seja pelo fato que tem um grande impacto no orçamento estatal. Assim, é inegável que direitos fundamentais sociais prestacionais devem ser fonte de foco das ciências, com o fulcro de buscar uma constante melhora na eficiência com que esses direitos são alcançados. Cumpre observar que esses direitos exigem uma atuação positiva por parte do Estado, tendo, basicamente, uma natureza coletiva (cultura, saúde, educação, lazer...), além de serem considerados como direitos subjetivos. Logo, o Estado está obrigado a atender os direitos fundamentais sociais prestacionais sob pena de quebra do pacto constituinte. Em virtude da reserva do possível, contudo, o Estado poderia recuar com os direitos sociais, mas nunca os suprimir por completo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Direitos prestacionais. Reserva do possível. Mínimo Existencial.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a análise dos direitos fundamentais prestacionais sociais, mais especificamente da visualização desses como direitos subjetivos e a possibilidade ou não da supressão de seus núcleos. Ou seja, almeja ponderar a obrigatoriedade de cumprimento (implementação e proteção) pelo Estado de tais direitos, bem como

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil pela Universidade Anhanguera; mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, na Linha de Pesquisa de Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social; Procurador do Município junto à Prefeitura do Município de Nonoai.

demonstrar que esses podem ter sua efetivação reduzida, ou, até mesmo, suprimida. Também, pretende-se considerar a extensão em que esses devem ser ofertados e protegidos, e, para tanto, será abordado o mínimo existencial e a reserva do possível.

A atual pesquisa justifica-se pelo fato que objetiva demonstrar a essencialidade do estudo dos direitos fundamentais sociais prestacionais, bem como visa ponderar sobre suas características “atuais” como direitos subjetivos e possibilidade de supressão desses direitos. Isto é, anseia trabalhar a exigibilidade desses, bem como a (im)possibilidade de retrocesso desses direitos frente às dificuldades financeiras (reserva do possível) ou fenômenos sociais em que a sociedade se encontra, salvo frente a razões democráticas.

Assim, o artigo visa responder os seguintes questionamentos: qual a importância dos direitos fundamentais sociais para a sociedade? O que são direitos fundamentais sociais prestacionais? Os direitos fundamentais sociais prestacionais são exigíveis frente ao Estado? O Estado, frente à crise financeira ou frente a outros fatores sociais, pode retroceder tais direitos?

A fim de melhor trabalhar tais questões, esse artigo científico será dividido em quatro seções. A primeira terá como foco elaborar considerações iniciais sobre o tema, em especial demonstrar a importância dos direitos fundamentais sociais. Já a segunda seção terá o escopo de trazer conceitualizações básicas sobre o assunto. Por sua vez, a terceira seção terá como cunho ponderar sobre os direitos fundamentais sociais prestacionais como direitos subjetivos. Por fim, a última seção terá o desígnio de tratar esses direitos levando em consideração os institutos da reserva de possível, do mínimo existencial e do princípio da vedação do retrocesso.

Espera-se alcançar que os direitos fundamentais devem ser fonte de foco de preocupação dos estudiosos dos ramos da ciência (do direito, da economia, da administração etc.), tendo em vista que esses ocupam grande parte do PIB dos Estados, influenciam diretamente na qualidade de vida dos integrantes desses e ditam o próprio papel do Estado. Ademais,

estima-se compreender que os direitos fundamentais sociais prestacionais são detentores de exigibilidade frente aos Estados, isto é, podem ser exigidos judicialmente, caso não sejam, minimamente, fornecidos, bem como em podem esses serem completamente suprimidos, quando em confronto com outros direitos fundamentais, sob pena de não haver um mínimo existencial para uma existência digna do homem.

2 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os Estados ditos pós-contemporâneos passam por grande crise econômica, não sendo diferente a situação do Brasil. Esse abalo financeiro tem causado o recuo do Estado Social (que ocorre desde as últimas décadas), isto é, os benefícios sociais oferecidos por esse têm se tornado cada vez mais limitados. Essa crise é mais forte e cresce, principalmente, nos países subdesenvolvidos, visto que esses não traçaram um plano estratégico para o novo mercado mundial, ou seja, para a crise das “indústrias pesadas”. Como podemos perceber nos indicadores apresentados pelo IBGE, é o que ocorre com o Brasil:

IBGE Pesquisa Industrial Mensal - Produção Física Brasil

Índice Especial: Bens de Capital
Índice Base Fixa Mensal (Número Índice)
Base: Média de 2012 = 100

Ano	Mês	Bens de Capital Para Fins Investimen	Bens de Capital Para Fins Investimen Setorados	Bens de Capital Para Fins Investimen Não-Setorados	Bens de Capital Aplicados	Bens de Capital Peças Aplicadas	Bens de Capital para Construções	Bens de Capital para o Setor de Energia elétrica	Bens de Capital Equipamentos de Transporte	Bens de Capital de Uso Misto
2012	Jan	94,5	94,4	94,9	101,2	114,4	101,8	89,5	64,8	81,0
	Fev	88,3	91,2	95,3	109,4	109,8	100,9	84,7	59,9	87,4
	Mar	112,3	105,9	102,5	113,3	111,8	122,7	90,7	117,9	104,9
	Abr	95,4	95,1	90,2	90,8	75,2	112,3	101,7	57,1	98,3
	Mai	105,9	104,8	101,9	100,8	83,5	120,1	112,3	103,9	104,7
	Jun	109,7	91,9	104,2	89,5	84,6	119,0	100,4	81,4	103,2
	Jul	101,9	104,5	93,8	81,4	96,1	114,6	102,5	107,3	107,9
	Ago	100,9	111,1	98,8	104,3	90,5	98,7	110,9	114,7	110,4
	Set	97,9	93,8	110,7	81,2	80,8	79,5	95,5	98,8	105,9
	Out	101,0	101,3	84,5	104,4	114,7	84,6	111,2	114,4	109,9
	Nov	93,9	97,2	83,5	101,8	115,1	92,8	99,2	105,5	101,9
	Dez	89,8	81,8	89,7	92,8	80,1	37,1	84,4	88,4	81,2
2016	Jan	79,9	64,6	116,7	56,1	62,4	33,0	66,3	48,3	48,1
	Fev	79,0	61,7	98,9	59,1	73,0	37,3	79,0	59,5	57,1
	Mar	90,9	84,7	103,2	60,4	60,2	56,1	99,9	144,0	87,5
	Abr	89,9	81,1	90,8	61,8	71,9	54,2	89,4	58,2	54,4
	Mai	81,0	82,5	76,5	70,1	84,6	58,9	87,1	69,2	57,9
	Jun	79,2	81,0	73,9	83,3	91,3	82,5	87,4	69,3	59,9
	Jul	79,4	71,4	70,3	77,4	94,1	57,7	91,1	59,6	69,8
	Ago	89,3	89,7	84,8	82,1	101,1	59,1	89,9	62,4	82,4
	Set	79,5	81,1	74,4	88,1	101,1	52,7	72,3	69,3	61,5
	Out	77,3	81,0	68,1	89,1	101,5	53,0	69,8	59,5	59,9
	Nov	79,4	81,5	63,2	83,1	101,9	49,8	66,9	62,1	67,3
	Dez	63,3	69,7	71,9	88,5	81,5	47,7	59,9	47,5	56,2
2017	Jan	85,9	67,5	65,2	57,8	83,3	44,0	57,5	48,5	51,2
	Fev	74,7	77,0	67,7	88,4	100,5	53,8	59,9	54,6	54,8

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Indústrias

Atualizada em 14/04/2017 às 9:10h

É importante levar essa perspectiva em consideração, ainda mais levando em conta os números de necessitados no Brasil que dependem do auxílio do Estado. Para melhor visualização do tema, cumpre observar que, em recente (2016) pesquisa divulgada pelo IBGE (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD), estima-se em 12% o número de pessoas desocupadas no Brasil, o qual se traduz em mais de 12 milhões de desempregados, ou seja, de pessoas que enfrentam instabilidades financeiras, precisando do suporte do Estado para garantir um mínimo social (saúde, educação, moradia, alimentação e outros direitos sociais indispensáveis a dignidade humana). Essa percentagem significa um aumento de 3%, em comparação com o mesmo trimestre do ano anterior, conforme se identifica na tabela abaixo (IBGE, 2017).



Percebe-se, portanto, que o tema direitos fundamentais sociais é de extrema importância de estudo, seja por ter um alto impacto de custo para os Estados em seu orçamento, seja por ser um tema vinculado com a própria existência digna do homem e o, conseqüente, avanço da humanidade como uma sociedade justa e solidária, para, assim, serem criados planos de ação para essas desventuras sociais e financeiras. Mas o que seriam direitos fundamentais sociais prestacionais? Justamente essa pergunta será tema do próximo item.

3 A CONCEITUALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Antes de tratar dos direitos fundamentais sociais prestacionais, propriamente ditos, é necessário realizar uma distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. Os direitos fundamentais (entre os quais encontram-se os direitos sociais) são assim denominados pelo fato de que representam meios fundamentais de materialização dos objetivos do Estado Democrático (STRAPAZZON, 2016).

Primeiramente, urge perceber que nem todos os direitos constitucionais são direitos fundamentais. Esses direitos traduzem-se em uma decisão feita, formalmente, pela assembleia constituinte, por isso possuem uma super rigidez (cláusulas pétreas em uma interpretação extensiva). Importante perceber que todos os direitos coletivos são exigidos, em algum grau, individualmente, logo estariam abarcados pelo artigo 60, §4º, IV, da CFRB (STRAPAZZON, 2016).

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]

IV - os direitos e garantias individuais. [...]

São fundamentais visto que têm o objetivo de atender o título primeiro da Constituição (“Dos Princípios Fundamentais”), ou seja, são pilares para materializar a ideia feita pela assembleia constituinte. Além do mais, conveniente observar que nem todos os direitos fundamentais têm por base a dignidade da pessoa humana, como o exemplo de direitos das pessoas jurídicas (nomes das empresas, propriedade de marcas - Art. 5º, XXIX, da CFRB, os partidos políticos têm direito ao recurso do partidário - Art. 17, §3º, CFRB). Desrespeitá-los vai além de despeitar a dignidade humana, violando também o fim almejado pelo poder constituinte originário, isto é, do Estado

Democrático de Direito. É claro, contudo, que a dignidade da pessoa humana é fundamento de grande parcela dos direitos fundamentais, e esses têm o cunho de garantir que nenhum ser humano seja coisificado (degradado). Trata-se, portanto, do modo de se tratar o ser humano como fim e não meio (em uma analogia kantiana) (STRAPAZZON, 2015).

Assim, a supressão do direito a férias (direito constitucional fundamental) não ofende a dignidade da pessoa humana, mas sim o pacto federativo, tendo em vista que não coisifica o ser humano, não o degrada. A dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental, ela é um fundamento dos direitos (constitucionais). Assim sendo, o direito a férias é direito de promoção de melhoria da qualidade de trabalho (de vida), e não de proteção contra a degradação. Insta destacar que há direitos fundamentais que têm o condão de promover a melhoria, portanto não tendo por fim a proteção ou promoção da dignidade da pessoa humana (STRAPAZZON, 2015).

Por sua vez, os direitos humanos são direitos de todos os seres humanos. Daí já se pode perceber a diferença entre direitos humanos e fundamentais; os primeiros são, necessariamente, universais, enquanto os segundos são nacionais. Oportuno apreender que há direitos que são fundamentais e humanos, devido ao seu caráter de extrema importância. Nessa hipótese, devem esses ser analisados sob o óbice dos tratados internacionais, tendo em vista as circunstâncias fáticas e financeiras de cada país. Ou melhor, deve-se analisar sob o princípio da melhor proteção, isto é, deve analisar se os direitos fundamentais humanos serão na maior medida possível e dispondo do máximo grau possível disponível realizados dentro dos critérios nacionais ou internacionais (STRAPAZZON, 2016).

Por fim, é necessário explanar que os direitos prestacionais são direitos que exigem uma atuação positiva por parte do Estado, sendo esses, basicamente, coletivos (cultura, saúde, educação, lazer...). Cumpre perceber que nem todos os direitos sociais são prestacionais, como é o caso do

direito a greve, o qual não exige uma ação positiva por parte do Estado. Enfim, os direitos fundamentais sociais prestacionais são direitos que têm como objetivo atender os fins democráticos, isto é, concretizar a ideiação feita pela assembleia constituinte, exigindo para tanto uma atuação positiva na promoção desses direitos por parte do Estado.

4 DIREITOS SUBJETIVOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Feitas essas colocações iniciais, cabem as perguntas: (i) o Estado é obrigado a atender os direitos sociais presentes em nossa Constituição? (ii) Isto é, qual a natureza jurídica dos direitos sociais?

Apesar de sua extrema importância, os direitos sociais prestacionais são aqueles que geram grande divergência na doutrina e que causam grandes discussões entre os profissionais dos diversos ramos, uma vez que, para a sua efetivação, exigem, entre outros fatores, grandes recursos financeiros, planejamento e vontade política.

Percebe-se, assim, que os direitos sociais possuem como objetivo alcançar uma igualdade material mínima entre os indivíduos por meio da atuação do Estado, presumindo, portanto, a existência de circunstâncias de necessidade e disparidades de seus integrantes (LEAL, 2011).

Esses direitos tiveram como marco de sua constitucionalização sua inclusão como direitos fundamentais nas Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919. Por sua vez, a inclusão de direitos sociais, no Brasil, ocorreu a partir da Constituição de 1934, da qual possuía um título alcunhado de “Da ordem econômica e social”, contudo esse tratava, basicamente, do trabalho. Somente na nossa atual Constituição de 1988, contudo, houve uma real inclusão dos direitos sociais, sendo esses inseridos dentro do título “Dos direitos e garantias fundamentais”, no capítulo “Dos direitos sociais” (MELLO, 2005).

A Constituição brasileira de 1988 significou um avanço na proteção e consolidação dos direitos fundamentais, visto que ela aponta a pessoa humana como alicerce do Estado, conforme assevera Piovesan (2014):

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. [...] Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora.

Apesar dessa incorporação a nível constitucional, os tribunais brasileiros e a doutrina constitucional rotulavam, até meados da década de noventa, os direitos sociais como normas programáticas, ou seja, normas que estabelecem diretrizes e programas para atuações futuras do Estado, sem força de coercitividade (MELLO, 2005).

Assim, feitas essas importantes colocações, cumpre abordar os sociais como direitos subjetivos (coercibilidade). Precípuo mencionar que direito subjetivo, ordinariamente, traduz-se como o poder normativo de exigir coercitivamente o cumprimento de uma obrigação. Para caracterizar um direito como subjetivo é necessário que esse possua três características, que são: (i) a positividade, (ii) a normatividade e (iii) a justiciabilidade (ATRIA, 2005).

A positividade, segundo uma visão positivista moderada, constitui a assimilação pelo ordenamento jurídico, por meio de uma decisão política de fatos sociais - direitos morais (ATRIA, 2005). Essa positividade dos direitos sociais, conforme já exposto, já ocorreu no ordenamento brasileiro, inclusive a nível constitucional.

Por sua vez a normatividade pode ser traduzida como um dever jurídico. Ou seja, todos os indivíduos estão juridicamente obrigados uns com os outros, podendo um exigir do outro a conduta devida. Já judicialidade se traduz na possibilidade do sujeito de exigir, por meio de ação judicial, o dever jurídico imposto pela norma positivada, ou seja, trata-se da exigibilidade judicial (ATRIA, 2005).

Nesse ponto, há doutrinadores que entendem não existir a normatividade, bem como não ser possível a judicialização dos direitos sociais, pelo fato de sua concretização exigir uma lei que regule a norma. Assim, caso tal possibilidade se concretizasse, isso implicaria na interferência do Poder Judiciário nas escolhas políticas dos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse sentido, aponta Leal (2011):

Uma prestação fática possui diversas maneiras de ser realizada. Este fato acaba por denunciar uma ausência de parâmetros muito grande para que se estabeleça o conteúdo de um direito social, ou seja, muito difícil é determinar quando um direito social está sendo observado. Assim, por exemplo, é o direito ao trabalho que pode ser considerado desde um direito a um emprego na área em que se deseja até um direito a uma ajuda financeira em caso de desemprego. A carência de parâmetros para se decidir sobre o conteúdo dos direitos sociais acaba, na maioria dos casos, por indicar uma questão de cunho político e não jurídico a ser definida, em regra, pelo parlamento. O modo e a oportunidade de concretizar os direitos sociais através da oferta de serviços públicos não podem ser objeto de decisão judicial. Estar-se-ia transferindo a adoção de políticas públicas relativas à educação, saúde, lazer e assistência social para a competência dos órgãos jurisdicionais que teriam, ademais, que cuidar dos recursos orçamentários a serem utilizados no custeio desses serviços quando não definidos pelo texto constitucional. Tal hipótese configuraria um deslocamento das funções políticas do Parlamento e do governo para o Poder Judiciário, desvirtuando a repartição de competências entre os poderes públicos estabelecida pela Constituição. A administração financeira do Estado, bem como a definição de estratégias e políticas para a melhor aplicação dos recursos públicos a fim de atender às necessidades da população, por óbvio, fogem da alçada do Poder Judiciário.

Tal pensamento na doutrina e na jurisprudência tem se modificado, contudo há muito a ser desenvolvido e a ser estudado sobre esse tópico. Justamente, é o que aponta Almeida e Augustin (2010):

[...] é notável o avanço ocorrido no país, sobretudo ao longo da última década, em relação ao reconhecimento da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Até então, o discurso predominante na doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais consagrados na Constituição não passavam de normas programáticas, desprovidas de aplicabilidade imediata, o que impediria que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações. As intervenções judiciais nesse campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura conservadora do princípio da separação dos poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário no campo próprio do Legislativo e do Executivo, as decisões que implicassem em controle das políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais. Hoje, no entanto, esse panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se frequentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados, relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados.

Inclusive, esta pesquisa defende que os direitos sociais possuem, sim, justiciabilidade e normatividade. A alegação de que os direitos sociais são meras normas programáticas, isto é, que são meros objetivos a serem buscados, não pode prevalecer. As normas de direitos fundamentais sociais possuem eficácia jurídica imediata, vinculando e obrigando os comportamentos dos órgãos do Estado (e, por que não, do indivíduo). Essa afirmação vai além da eficácia negativa (de não prejudicar tais direitos) devendo o Estado buscar efetivá-los, sob pena de ir contra as próprias ideias escolhidas como alicerce da sociedade democrática.

Feita a análise dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos, cumpre avaliar a extensão em que esses direitos devem ser atendidos, assunto esse que será analisado na próxima seção.

5 RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Ao se falar de direitos fundamentais sociais não há como desvinculá-los de três institutos: mínimo existencial, reserva do possível e proibição do retrocesso. Por meio desses três institutos é possível perceber se o Estado é obrigado a promover (em sua eficácia positiva e negativa) os direitos fundamentais sociais prestacionais, bem como até onde iria essa obrigação em implementá-los. A seguir, portanto, será abordado esses três temas.

Não há como trabalhar direitos sociais sem abordar o tema proibição do retrocesso. Esse instituto está interligado com o princípio da segurança jurídica, isto é, proteção sobre os direitos adquiridos. Inclusive, tal princípio (compreendido em seu sentido mais amplo) consta expressamente no artigo 5º da Constituição brasileira. Aqui, estamos a analisar tal princípio no sentido de proteção contra supressões de posições jurídicas (SARLET, 2008).

Importante perceber que a segurança jurídica é um direito humano, tendo em vista que somente por meio de uma estabilidade das relações jurídicas é que o ser humano consegue se organizar e realizar seus projetos de vida, isto é, consegue deixar de pensar somente em sobreviver, para pensar também em se realizar como indivíduo pensante. A grande problemática sobre esse tema consiste em saber até onde pode o legislador e o administrador voltar atrás na proteção e implementação dos direitos sociais (SARLET, 2008).

O direito ao mínimo existencial traduz-se nas condições mínimas para uma vida digna. Assim, como os direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial possui uma faceta negativa e outra positiva. A primeira corresponde na proibição de atos do Estado ou de particulares atingirem as condições indispensáveis para uma vida, minimamente, digna. Por sua vez, a dimensão positiva corresponde no dever do Estado e, por que não,

da sociedade em garantir por meio de ações concretas um conjunto mínimo de direitos existenciais (ALMEIDA; AUGUSTIN, 2017).

Oportuno aludir que mínimo existencial não se confunde com mínimo vital. O primeiro refere-se à convivência com os outros, garantindo um mínimo sociocultural. Por sua vez, o mínimo vital traduz-se nas condições mínimas para que haja a vida humana.

Precípua observar que não há como estipular o que consistiria esse mínimo digno de forma objetiva. Por meio das conquistas de cada país, contudo, é possível listar os direitos mínimos já conquistados (ALMEIDA; AUGUSTIN, 2017). Assim, cada país terá uma construção diferente de mínimo existencial, a depender do status em que se encontra sua cultura, sua política e sua economia. Justamente pensando nesse instituto, o constituinte incluiu os direitos sociais como direitos fundamentais, constituindo direitos básicos para sua (co)existência (FAZOLLI, 2014).

Por outro lado, o aumento de prestações sociais, ainda mais em países onde a pobreza prepondera, gera a crise econômica, isto é, decréscimo da capacidade econômica do Estado coloca em cheque a proibição ao retrocesso. Até onde, contudo, poderia o legislador suprimir um direito fundamental social? Logo, com os próprios objetivos estabelecidos pelo Constituinte (SARLET, 2007)?

Sarlet (2008) coloca que “[...] o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) concretizadoras de direitos sociais, pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia, já que é o cumprimento de um comando constitucional.”

É necessário, portanto, achar um meio termo, isto é, garantir um mínimo existencial de uma forma plausível (dentro do possível). Deve se ter em mente que o legislador não pode, simplesmente, retirar por completo uma lei infraconstitucional que garanta um direito social. Tal atitude violaria os mandamentos constitucionais, indo contra o Estado Democrático de Direito. Ao mesmo tempo, não seria viável ser imposto a esse a obrigação

de manter direitos dos quais não se têm mais condições de sustentar, sem afetar sua estrutura ou outros direitos (igualmente importantes). Ou, até mesmo, caso o legislador decida reverter parcela de recursos financeiros para outras áreas as quais considere mais relevantes (SARLET, 2007).

Precípua aludir que aqui não está a se falar em núcleo mínimo de um direito, pois como apontam Strapazzon e Inomata (2017, p. 87) os direitos fundamentais podem sofrer três tipos de intervenções: restrições (intervenção relativa), privações e violações (intervensões absolutas), dadas certas condições. Lembrando que núcleo essencial, para Sarlet (2011, p. 402), corresponde “a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental”. Assim sendo, um direito constitucional poderia sofrer um esvaziamento, ou seja, “não existe um suposto direito absoluto de não intervenção num suposto núcleo essencial dos direitos constitucionais e fundamentais”, sendo, portanto, os direitos fundamentais direitos restringíveis e também sujeitos a intervenções absolutas em face da plena realização de outros (STRAPAZZON; INOMATA, 2017, p. 103-104).²

Por fim, cumpre aludir que é possível revogar os direitos fundamentais, revogando os meios para promovê-lo. Como exemplo do SUS, que é um instrumento (meio) de realizar o direito à saúde. O próprio orçamento da segurança social (separado do fiscal) é um “meio” de promover a: saúde, assistência social e previdência (STRAPAZZON, 2016). Portanto, os meios que garantem os direitos fundamentais também devem ser protegidos da mesma forma.

² Como exemplo dessas afirmações, pode ser citado, no Brasil, a possibilidade de: i. pena de morte (Art. 5º, caput e XLVII); ii. aborto (art. 128 do CP); iii. perda da nacionalidade (Art. 12, §4º); iv, quebra de sigilo de correspondência () etc.

6 CONCLUSÃO

Os Estados passam, conforme analisado, por grandes transformações, tendo como um dos motivos disso a crise financeira, fato que influencia diretamente na promoção dos direitos sociais. Infelizmente, de modo negativo, uma vez que há o recuo do Estado Social.

Os direitos fundamentais sociais prestacionais, nessa época social e econômica precárias, prestam um grande papel na sociedade, tendo em vista que servem para promover o mínimo coexistencial, além desses terem um grande impacto no orçamento estatal (como é o caso do direito à segurança social: saúde, assistência social e seguro social). Dessa forma, é inegável que direitos fundamentais sociais prestacionais devem ser fonte do foco de preocupação dos estudiosos dos ramos da ciência (do direito, da economia, da administração etc.), com o fulcro de sempre melhorar a eficiência com que esses direitos são alcançados.

Após demonstrada a importância dos direitos fundamentais sociais, o trabalho destrinchou o conceito do termo. Primeiramente, explicitou que os direitos fundamentais são aqueles que representam os pilares para materializar a ideiação feita pela assembleia constituinte. Apontou que nem todos os direitos fundamentais sociais têm por base a dignidade da pessoa humana, há aqueles (como o direito a férias) que buscam apenas a melhoria. A ofensa desses não representaria a coisificação do homem, mas a quebra do pacto constituinte.

Ainda, apontou que os direitos prestacionais são direitos que exigem uma atuação positiva por parte do Estado, sendo esses, basicamente, coletivos (cultura, saúde, educação, lazer...). Em seguida, o artigo abordou que esses direitos são direitos subjetivos. Logo, se caracterizam por terem: positividade, normatividade e justiciabilidade.

Por fim, a ideiação trabalhou que o Estado está obrigado a atender os direitos fundamentais sociais prestacionais sob pena de quebra do

pacto constituinte. Em virtude da reserva do possível, contudo, o Estado poderia recuar com os direitos sociais, mas nunca os suprimir por completo, salvo em confronto com outros direitos fundamentais e a existência de razões democráticas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Angela; AUGUSTIN, Sergio. A eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas: parâmetros éticos-jurídicos. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza, 09-12 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3417.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). Os desafios dos direitos sociais. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 56, set./dez. 2005. p. 9-46.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabrício. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. **Revista Direito Sociais e Políticas Públicas**, Unifafibe, v. 2, n. 1, 2014.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua – Trimestral**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default.shtm>. Acesso em: 28 fev. 2017.

LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-sociais-e-vulgariza%C3%A7%C3%A3o-da-no%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). Os desafios dos direitos sociais. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 56, set./dez. 2005. p. 105-138.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito Constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da prosperidade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./maio 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, set./nov. 2008.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; INOMATA, Adriana. Restrições, Privações e Violações de Direitos Constitucionais Fundamentais. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 32, p. 85-104, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-06.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. O direito humano à segurança social: o regime constitucional do Brasil comparado com 20 modelos estrangeiros. **Revista Magister de Direito Previdenciário**, n. 34, ago./set. 2016.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Primeiros elementos para uma Teoria Constitucional do Direito Humano Fundamental de Segurança Social**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2015.

O PROCESSO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

Marcia Coser Petri¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo a análise do processo de trabalho como efetivação dos direitos sociais e, para tanto, analisar-se-á de forma sucinta a evolução histórica do Direito do Trabalho, posto que conhecer o passado é fundamental para se entender o presente. Posteriormente, efetuar-se-á conceitos sobre direitos fundamentais, direitos fundamentais sociais, princípios para melhor compreensão do tema a ser pesquisado, posto que é sabido que prevalece em boa parte da sociedade a pouca valorização dos direitos dos trabalhadores, aliado a isso, a submissão da classe trabalhadora ao poder dos empregadores para manutenção de seus empregos, fazendo com que lhes reste como última alternativa para ver assegurado os seus direitos, a utilização da via judicial. O que se quer demonstrar, é que o processo do trabalho deve ser efetivo, não deve ser visto como um fim em si mesmo, de modo a impedir a realização de um direito, ao contrário, deve ser visto como um instrumento estatal na solução de controvérsias e restabelecimento da vontade do direito material.

Palavras-chave: Princípios. Direitos Fundamentais. Direitos fundamentais Sociais. Processo do Trabalho Efetivo. Dignidade da Pessoa Humana. Execução Trabalhista.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se inicia com uma análise da evolução histórica do Direito do Trabalho, partindo de um breve histórico do trabalho humano. Após essa perspectiva, estudar-se-á a história geral do Direito do Trabalho passando pelas fases principais: a escravidão; as corporações de ofício; as manufaturas monopolistas; a revolução industrial; e a revolução

¹ Especialista em Direito Material e Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Contemporâneo pela Universidade do Contestado; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora e Assessora Jurídica na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada.

francesa. Posteriormente, analisar-se-á, ainda, a evolução do direito do trabalho no Brasil.

Posteriormente, abordar-se-á os direitos fundamentais sociais e a efetividade do processo do trabalho, analisando-se o papel e a importância dos princípios, conceituando-se os direitos fundamentais até o efetivo surgimento e significado dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico pátrio.

Por derradeiro, mas não menos importante, a presente pesquisa, tratará dos direitos sociais – direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva –, é sabido que prevalece em boa parte da sociedade a pouca valorização dos direitos dos trabalhadores, aliado a isso, a submissão da classe trabalhadora ao poder dos empregadores para manutenção de seus empregos, fazendo com que lhes reste como última alternativa para ver assegurado os seus direitos, a utilização da via judicial.

A presente pesquisa tem por escopo tratar acerca da efetividade do processo do trabalho no que diz respeito aos direitos sociais fundamentais, já que o processo não deve ser visto como um fim em si mesmo, ou seja, não pode impedir a realização de um direito, ao contrário, deve ser visto como um instrumento estatal na solução de controvérsias e restabelecimento da vontade do direito material.

O estudo faz uso do método indutivo associado à pesquisa bibliográfica, com ênfase na doutrina e jurisprudência, utiliza-se da técnica dissertativa e observa as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Conhecer o passado é fundamental para se entender o presente, assim realizar-se-á um breve histórico do direito do trabalho humano, bem como, acerca da história geral do direito do trabalho.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO TRABALHO HUMANO

O trabalho é o ponto de toque entre a natureza e o capital. O ser humano participa com sua energia física e mental, fazendo surgir a produção de bens de modo a satisfazer às suas necessidades. O homem, através do trabalho humano e pela utilização do capital, modifica a natureza, obtendo os bens econômicos de que necessita para viver (DOWER, 2000, p. 1).

Numa perspectiva histórica, Sússekind (2002, p. 3-4) atesta que o homem sempre trabalhou: na fase inicial da pré-história, com o intuito de se alimentar, se defender e se abrigar do frio e das intempéries; no período paleolítico, o homem criou lanças, machados e outros instrumentos, de modo a se defender. Houve a formação de pequenas tribos, as quais inclusive, lutavam entre si. Inicialmente, os prisioneiros eram mortos e comidos; posteriormente, se utilizavam da caça e pesca e, mais tarde, a agricultura abastecia os integrantes dos grupos. Os derrotados se tornavam escravos, a fim de executarem os serviços mais penosos. Surgindo, assim, o trabalho em favor de terceiros. No decorrer da história, esse tipo de prestação de serviços tomou outros contornos, gerando instituições jurídicas, gerando reflexos econômicos, sociais e políticos.

Vê-se que o trabalho humano não era subordinado, porém já possuía um objetivo, a alimentação e a sobrevivência. Para o direito do trabalho, o que importa é o trabalho humano não gratuito, mas aquele com fim econômico.

Logicamente que, com as transformações ocorridas pelas grandes revoluções, o trabalho humano também se modificou e, são essas modificações que serão estudadas no próximo item.

2.2 HISTÓRIA GERAL DO DIREITO DO TRABALHO

Na evolução mundial do Direito do Trabalho são observadas várias etapas da sua transformação.

A primeira fase observada na evolução do Direito do Trabalho, é a escravidão. Na escravidão, o escravo era considerado um objeto, uma coisa (res) e não uma pessoa, não possuindo qualquer direito trabalhista (SCARABELIM, 2001).

Süssekind (2002) explica que o proprietário do escravo poderia dele dispor, ou seja, vendê-lo, trocá-lo, utilizá-lo e, até matá-lo. A relação jurídica era de domínio absoluto por parte do dono, o escravo, bem como o produto de seu trabalho, passava a incorporar o patrimônio daquele:

Os povos da Antiguidade fizeram do trabalho escravo o esteio da sua economia e o instrumento das suas realizações. As civilizações dos egípcios, assírios e babilônicos foram edificadas com base nesse tipo de trabalho, sem embargo dos servos da gleba, cuja figura jurídica surge na agricultura, e do trabalho livre dos artífices e artesãos. Na Grécia antiga e em Roma a execução dos serviços materiais cabia, geralmente, aos escravos. Entre os romanos, no entanto, muitos se libertaram. (SÜSSEKIND, 2002, p. 4).

Ao lado do trabalho escravo existia, conjuntamente, o trabalho livre, que consistia no trabalho autônomo dos artesãos e a contratação da prestação de serviços dos artífices (NASCIMENTO, 2009).

O trabalho livre foi regulamentado pelo Código de Hamurábi, no século XXI a. C. e estabelecia condições para a prestação desse tipo de trabalho, inclusive em relação ao salário (SÜSSEKIND, 2002).

O Código de Hamurábi apresenta uma diversidade de procedimentos jurídicos e determinação de penas para uma vasta gama de crimes, partindo, a maior parte delas, do princípio ‘olho por olho, dente por dente’. O Código de Hamurábi decorria da Lei de Talião que preconizava que as punições fossem idênticas ao delito cometido. O Código abarca praticamente todos os aspectos da vida babilônica, passando pelo comércio, propriedade, herança, direitos da mulher, família, adultério, falsas acusações e escravidão. As punições variavam de acordo com a posição social da vítima e do infrator. (VICENTINO, 1997, p. 32).

A Revolução Francesa deu ensejo à extinção da escravidão, sendo que no século XIX esse tipo de trabalho foi proibido na Inglaterra e, no ano de 1888, a escravidão foi abolida no Brasil (SÜSSEKIND, 2002).

A escravidão, na Idade Média, foi substituída pela servidão, esta ocorreu na época do feudalismo, momento histórico em que os senhores feudais ofereciam proteção militar e política aos servos, que não eram livres, posto que tinham que prestar serviços na terra do senhor feudal, entregando-lhe parte da produção rural (MARTINS, 2001, p. 9).

O período medieval caracterizou-se pela preponderância do feudalismo, estrutura econômica, social, política e cultural que se edificou progressivamente na Europa centro-ocidental em substituição à estrutura escravista da Antiguidade romana (VICENTINO, 1997, p. 107).

Com a decadência do regime feudal, surgiram as corporações de ofício, ainda na Idade Média, período em que os colonos se refugiaram nas cidades junto aos artesãos e operários a fim de se protegerem dos seus antigos senhores (NASCIMENTO, 2009).

Assim, as corporações de ofício surgiram com a decadência do regime feudal e junto com elas, uma maior liberdade do trabalhador. Nas corporações de ofício havia três personagens: os mestres, os companheiros e os aprendizes. Inicialmente, haviam apenas dois graus: mestres e aprendizes. No século XIV surgiu o grau intermediário, dos companheiros. Os mestres eram os proprietários das oficinas, detinham o conhecimento do ofício. Os companheiros eram trabalhadores e recebiam salários dos mestres. Os aprendizes eram menores, os quais passavam a trabalhar a partir de 12 anos, recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão, podendo vir a se tornar companheiro, somente após a superação das dificuldades dos ensinamentos. Nesta fase, havia um pouco mais de liberdade ao trabalhador, os quais passaram a deter alguns direitos. O companheiro, por sua vez, só poderia se tornar mestre se fosse aprovado em exame de obra mestra. A jornada de trabalho chegava até 18 horas no

verão, terminando geralmente com o pôr-do-sol, já que não havia luz para dar continuidade ao trabalho (MARTINS, 2001, p. 9-10).

Cada corporação possuía um estatuto que estabelecia as regras inerentes aquela corporação:

Os estatutos da corporação dispunham sobre os respectivos poderes e estabeleciam rígida hierarquia entre os seus filiados. Estes se dividiam em aprendizes, companheiros e mestres. [...]. Os estatutos de cada Corporação eram elaborados por uma comissão administrativa constituída por mestres eleitos em assembléia. Eles fixavam, mediante regulamentação própria, a duração de trabalho (jornadas do nascer ao pôr-do-sol); proibiam o trabalho aos domingos e nos dias de festas religiosas; dispunham, enfim, sobre a manufatura dos produtos e sua comercialização. Na época do seu esplendor [...], as corporações do ofício conjugaram os três poderes estatais: a) o legislativo, posto que ditavam os estatutos e estabeleciam condições de trabalho; b) o executivo, exercido pelos seus chefes; c) o judicial, visto que os jurados tinham poderes para sancionar as faltas dos agremiados. (SÜSSEKIND, 2002, p. 9-10).

As corporações de ofício constituíram verdadeiras empresas dirigidas pelos seus mestres que se dedicavam à atividade econômica, exercendo um monopólio sob a influência da Igreja Católica (SCARABELIM, 2001, p. 19).

Contudo, no final da Idade Média, com o incremento do comércio, o movimento hierárquico de grande parte das corporações tornou-se menor. O enriquecimento de uma parcela dos mestres levou-os a adquirir o controle e a exclusividade das atividades artesanais. Desta forma, a maioria dos trabalhadores não progrediam economicamente, e em razão disso, passaram a se resignar, posto que não queriam ser empregados por toda a vida. A exploração da mão-de-obra assalariada, tornou muitos proprietários de oficinas “empregadores burgueses” uma vez que, passaram a ter recursos financeiros suficientes para deixarem de ser Mestres (SCARABELIM, 2001, p. 19).

Dessa maneira, “a locação de serviços surgiu como um precedente da relação de trabalho, ao lado da locação de obra ou empreitada, modo pelo qual alguém se obriga a executar determinada obra a outra pessoa.” (SCARABELIM, 2001, p. 19).

Com o enriquecimento dos mestres e com a expansão do comércio, as corporações de ofício passaram a ter a organização de manufaturas monopolistas, que representaram a fase de transição entre as corporações e a sociedade industrial (NASCIMENTO, 2009).

A principal mudança apresentada pela manufatura é que o trabalhador passou a receber um salário como contraprestação do serviço executado.

O desenvolvimento do comércio e das cidades, bem como o acentuado crescimento demográfico, estimulou a busca de novos produtos capazes de incrementar a atividade comercial e das novas áreas a serem incorporadas ao raio de ação dos comerciantes europeus. É essa a origem da expansão marítimo-comercial da Europa e da Colonização do continente americano (SÜSSEKIND, 2002).

Assim, durante séculos, foram se criando as condições necessárias para a eclosão da Revolução Industrial: o aparecimento da relação assalariada; a concentração de uma grande massa de desempregados nas cidades, em razão do devido excesso de fugas dos servos e ao elevado crescimento demográfico, que seriam utilizados como operários pela indústria nascente; o desenvolvimento do comércio colonial, com a divisão internacional do trabalho entre as metrópoles e as colônias: estas deveriam fornecer matérias-primas para a metrópole e receber dela os produtos manufaturados (SCARABELIM, 2001).

Este último fato possibilitou o enriquecimento de alguns burgueses, que puderam investir na produção das novas máquinas que iam sendo inventadas ou aperfeiçoadas, e a conseqüente transformação da manufatura em indústria. Assim, surge o período da Revolução Industrial (NASCIMENTO, 2009).

A Revolução Industrial constituiu um marco importante para o Direito do Trabalho, pois foi nessa fase da história que pôde ser observado o surgimento de algum direito aos trabalhadores, bem como onde houve a substituição do trabalho manual pelas máquinas a vapor.

O sistema fabril era um meio de produção para um mercado cada vez maior e oscilante, não mais realizado em casa, e sim em edifícios do empregador, sob supervisão rigorosa, e ao contrário do que ocorria na época das corporações, não possuía a matéria-prima, nem os instrumentos, e a habilidade, já não era mais importante, já que foi substituída pelo uso da máquina. Os trabalhadores perderam sua independência e o capital tornou-se mais necessário do que nunca, do século XIX até hoje (VICENTINO, 1997, p. 288).

A Revolução Industrial se mostrou como um avanço tecnológico e do meio de produção. Contudo, essa transformação pode ser observada de forma direta e indireta aos trabalhadores de modo que “com o surgimento das grandes empresas, das grandes concentrações de capital, trouxe ao cenário da História um novo personagem: o assalariado, cômico de sua insignificância como indivíduo e de sua realidade social como classe.” (MARANHÃO apud MANUS, 2001, p. 288).

O desenvolvimento fabril ocasionou o êxodo de trabalhadores do campo para a cidade, os quais buscavam melhores condições de vida e salários. Inclusive, mulheres e crianças passaram a disputar o mercado de trabalho. Diante deste cenário, havia mais procura do que oferta de emprego, e em consequência gerou o aviltamento de salários (DOWER, 2000, p. 2).

As condições dos trabalhadores eram extremamente precárias, havendo imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração das mulheres e menores, tidas como mão-de-obra mais barata, salários baixos, ocorria muitos acidentes de trabalho, havia insegurança daqueles que não tivessem condições físicas para trabalhar, estas preocupações foram constantes no

meio proletariado. Só havia imposições de condições pelo patrão, haja vista inexistir regulamentação de direitos (NASCIMENTO, 2009, p. 15).

Nesse período predominava a não-intervenção estatal nas relações contratuais, a contratação dos trabalhadores seguia o livre arbítrio dos empregadores, o que gerou a superexploração desses trabalhadores (SÜSSEKIND, 2002).

Em razão da intensificação da exploração no trabalho, iniciaram-se movimentos de associação entre os vários trabalhadores, como forma de defesa contra a ação do patrão (MANUS, 2001, p. 27). Iniciou-se os conflitos trabalhistas, pois os empregados passaram a se associar, e o Estado, por sua vez, deixa de ser abstencionista e passa a ser intervencionista, ou seja, passou a intervir em matéria de relações de trabalho.

Diante da revolta em massa dos trabalhadores, o sistema econômico da fisiocracia foi abolido pela Revolução Francesa. A partir desse momento, se desenvolveu o regime de contrato de trabalho formalmente livre, entretanto as condições de trabalho e salário, eram ditadas pelo patrão. Aos poucos, os proletários começaram a se organizar nos países industrializados, com o intuito de lutar contra o liberalismo econômico, que favorecia sua exploração. Nascia, então, a legislação social-trabalhista (SÜSSEKIND, 2002, p. 11).

As principais causas da Revolução Francesa foram a forte crise na agricultura, o êxodo rural e o aumento expressivo de desempregados e miseráveis nas cidades. O que ocasionou um colapso geral e motivou os trabalhadores a lutarem pelos seus ideais (NASCIMENTO, 2009).

Vicentino discorre acerca da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que estabeleceu a igualdade de todos perante a lei, o direito à propriedade e de resistência a opressão ao mencionar que:

a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão teria grande repercussão no mundo inteiro. Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade

democrática e igualitária. Os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis, dizia o seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que somente no terreno da utilidade comum. A propriedade privada era um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. (VICENTINO, 1997, p. 267).

Dessa maneira, a Revolução Francesa teve grande impacto para a evolução do Direito do Trabalho, sendo que:

o Direito do Trabalho é um produto da reação verificada no século XIX contra a exploração dos assalariados por empresários. Estes se tornaram mais poderosos com o aumento da produção fabril, resultante da utilização dos teares mecânicos e da máquina a vapor, e com a conquista de novos mercados, facilitadas pela melhoria dos meios de transportes (Revolução Industrial); aqueles se enfraqueceram na razão inversa da expansão das empresas, sobretudo porque o Estado não impunha aos empregadores a observância de condições mínimas de trabalho e ainda proibia a associação dos operários para defesa dos interesses comuns. (SÚSSEKIND, 2002, p. 13-14).

De fato, a Revolução Francesa foi um marco histórico, contribuiu no fortalecimento dos trabalhadores num momento em que o sistema jurídico falhou no campo social ao permitir a opressão dos mais fracos, estes obrigados aceitar regras impostas por aqueles que detinham o poder, a dominação, o patrão.

2.3 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

A origem e evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil teve seu início com a abolição da escravatura, em 1888, momento em que os trabalhadores nas indústrias emergentes, muitos deles imigrantes, com tradição sindicalista europeia, passaram a exigir medidas de proteção legal. Até cerca de 1920, a ação dos anarquistas repercutiu fortemente no movimento trabalhista. As primeiras normas jurídicas sobre sindicato são

do início do século XX. O antigo Código Civil Brasileiro de 1916 dispunha sobre locação de serviços, e é considerado o antecedente histórico do contrato individual de trabalho na legislação posterior. Na década de 30, com a política trabalhista de Getúlio Vargas, influenciada pelo modelo corporativista italiano, reestruturou-se a ordem jurídica trabalhista no Brasil (NASCIMENTO, 2009).

Scarabelim (2001, p. 21) preleciona que:

No Brasil, fatores externos e internos contribuíram para a formação do Direito do Trabalho. Dentre os primeiros, estão as transformações que ocorriam na Europa e a elaboração legislativa de proteção ao trabalhador em diversos países, bem como o ingresso do país na Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalhes (1919). Dentre os fatores internos, os mais importantes foram o movimento operário, caracterizado por inúmeras greves em fins de 1800 e início de 1900, além do surto industrial consequente da Primeira Guerra Mundial e a política trabalhista de Getúlio Vargas.

Em relação aos fatores externos que tiveram repercussão no Brasil, a evolução no plano nacional acompanhou o desenvolvimento na escala mundial, sendo que o Estado passou a ter o caráter intervencionista, a partir, e tão somente em 1930, com Getúlio Vargas (MANUS, 2001).

Fundada em 1919 com o objetivo de promover a justiça social, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é a única das Agências do Sistema das Nações Unidas que tem estrutura tripartite, na qual os representantes dos empregadores e dos trabalhadores têm os mesmos direitos que os do governo (NASCIMENTO, 2009).

A primeira Constituição a tratar de Direito do Trabalho foi a de 1934, assegurando a liberdade sindical, isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal e férias remuneradas (art. 121) (MARTINS, 2001, p. 11).

A Constituição de 1934 instituiu a Justiça do Trabalho, o salário mínimo e a organização sindical. No ano de 1943 foi editada a consolidação das leis do trabalho (CLT), sendo a primeira lei geral, aplicável a todos os empregados, sem distinção, ou seja, reuniu-se em um único livro todas as normas trabalhistas esparsas existentes na época, e acresceu-se novos institutos criados pelos juristas que a elaboraram. Por isso, foi necessária a sistematização dessas normas, por meio do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, aprovando a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) (SCARABELIM, 2001, p. 21).

O último marco da evolução do Direito do Trabalho no Brasil ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988:

houve progresso legislativo em âmbito sindical, como se vê do exame do art. 8º da Carta. Não obstante, ficou o legislador a meio caminho da efetiva liberdade e autonomia sindical, à luz da Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Consagra a Constituição a liberdade sindical, impedindo a intervenção e interferência do Estado nas organizações sindicais, mas mantém a unidade sindical, o que por si só já representa restrição ao direito de associação. (MANUS, 2001, p. 31)

O grande avanço do direito trabalhista brasileiro foi a sindicalização, que possibilitou que cada sindicato pudesse defender os direitos e interesses de sua categoria profissional ou patronal afastando, dessa maneira, a intervenção estatal (NASCIMENTO, 2009).

Assim, após discorrer acerca da história do direito do trabalho, tratar-se-á acerca dos direitos fundamentais sociais e a efetividade do processo trabalhista.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A EFETIVIDADE DO PROCESSO DO TRABALHO

Para maior compreensão acerca do tema, faz-se necessário analisar o papel e a importância dos princípios e dos direitos fundamentais sociais.

3.1 DOS PRINCÍPIOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Discorrer acerca do papel dos princípios é uma tarefa árdua. Para o direito, o princípio tem várias funções, dentre as quais citam-se: a) informadora - servindo de inspiração ao legislador, inspirar as normas jurídicas; b) normativa - atua esta função como fonte supletiva, nas lacunas ou omissões da lei; e c) interpretativa - servindo de critério orientador para os intérpretes e aplicadores da lei.

Os princípios, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, são aplicados de forma subsidiária, consistindo em meios auxiliares à interpretação e à aplicação da lei quando esta for omissa, preenchendo lacunas e determinando o seu alcance e o seu verdadeiro sentido. Dá-se, assim, aos princípios uma função integradora e interpretativa. Além disso, cada vez mais a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo que o alcance dos princípios é mais amplo, atribuindo aos mesmos uma função essencialmente informativa, senão vinculante: o legislador deve criar a norma em sintonia com os princípios que lhe são pertinentes. Por fim, no âmbito do Direito do Trabalho, os princípios são fonte de direitos, nos termos do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. (SCHWARZ, 2011, p. 28).

Mello preleciona acerca da importância do princípio para o ordenamento jurídico, assevera que é verdadeiro alicerce, bem como que a sua violação é muito grave e a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos (MELLO, 2000, p. 747-748).

A Constituição cumpre um papel importante no que tange aos princípios no Estado Democrático do Direito, tendo como uma de suas tarefas preservar os princípios tidos como mais importantes. Ainda, os princípios constitucionais não podem ser hierarquizados, posto que todos são importantes e valiosos. O conjunto deles revelam quem somos e quem queremos ser (GALUPPO, 1999, p. 205).

Os princípios constitucionais são aqueles que resguardam os valores fundamentais da ordem jurídica e estão prescritos na Constituição Federal.

Destaca-se que o Título I da Constituição Brasileira de 1988 é dedicado aos princípios fundamentais do Estado Brasileiro, a saber: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, e o pluralismo político.

O Título II por sua vez, trata em cinco capítulos (arts. 5º. a 17), dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, a saber: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, e direitos relacionados à participação em partidos políticos e a sua existência e organização.

Daí surge o questionamento, o que são direitos fundamentais?

Para Bulos (2010, p. 287), “São o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status social*.”

Extrai-se do conceito, que o homem deve viver dignamente; assim o princípio da dignidade é o elemento principal para que o homem possa, de certa forma, viver dignamente.

Sarlet (2016, p. 321) define direitos fundamentais, inspirado no conceito de Alexy:

Como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual e transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade

dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, passam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.

No que tange a sua evolução histórica, os direitos fundamentais são observados na concepção doutrinária em quatro gerações. Veja-se: Como direitos fundamentais de primeira geração tem-se o direito à liberdade. Trata-se de direitos civis e políticos dos homens que se opuseram ao Estado que passaram a ser observados ao final do século XVII impondo uma limitação ao poder do Estado, isto é, impondo prestação negativas representadas pela obrigação de não fazer (ABREU, [entre 2014 e 2015]).

De outro lado, associados aos avanços provenientes da revolução industrial, que expandiram a mente dos indivíduos quanto às comodidades oriundas das tecnologias, novos espaços e etc; surgiram os direitos econômicos, culturais e sociais, assim como, também, os direitos coletivos, que então foram enquadrados como direitos fundamentais de segunda geração. Nesse momento, ao Estado foi pleiteado novos direitos que visassem o bem-estar social do homem, sendo que, os direitos individuais já não eram mais absolutos (ABREU, [entre 2014 e 2015]).

Ao final do século XX, considerando-se o comportamento do ser humano para com seu similar, surge então a necessidade da tutela do gênero humano, momento em que foram instituídos ideais de solidariedade e fraternidade, os quais visavam a boa convivência social e o equilíbrio. Tais direitos foram considerados direitos fundamentais de terceira geração. Nesse sentido, é possível perceber que as gerações ora apresentadas estão positivadas em tratados internacionais com o sério objetivo de dignificar a vida humana (ABREU, [entre 2014 e 2015]).

A quarta geração de direitos fundamentais, última, porém não menos importante, surgiu pela própria revolução comportamental do ser humano e as intervenções das novas tecnologias na área da medici-

na, abarcando o direito à informação, à democracia, o pluralismo e etc. (ABREU, [entre 2014 e 2015]).

Ressalte-se que ainda que se fale em gerações, não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, os quais devem ser tratados como valores interdependentes e indivisíveis. Hodiernamente as doutrinas vem defendendo a ideia de acumulação de direitos, utilizando-se do termo dimensões de direitos fundamentais.

Após breve análise acerca do conceito de direitos fundamentais, adentrar-se-á ao tema do efetivo surgimento e significado dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico pátrio.

Os direitos sociais, tem por objetivo reduzir as desigualdades e proporcionar aos indivíduos uma vida digna.

Importa mencionar que os direitos fundamentais sociais já haviam sido citados em ordenamentos constitucionais anteriores, como, a Constituição Francesa de 1793 e 1848 e, no Brasil, a Constituição Brasileira de 1824. Tais direitos outorgam ao indivíduo prestações sociais estatais de assistência social, saúde, educação, trabalho e se revelam como uma forma de manifestação das liberdades abstratas para as liberdades concretas (SARLET, 2009, p. 47).

Os direitos fundamentais sociais constituem-se de conquistas originárias de movimentos sociais durante a evolução da sociedade, os quais foram efetivamente reconhecidos a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e, no Brasil, por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que os consagrou em seu artigo 6º.

Conceituam-se os direitos fundamentais sociais:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são

consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2002).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou os direitos sociais do trabalho como fundamentais, os quais estão elencados nos arts. 7º. ao 11, sendo-lhes assegurado força normativa na condição de direitos dotados de exigibilidade.

Após essa breve análise quanto ao conceito dos direitos fundamentais sociais, a seguir tratar-se-á dos direitos sociais – o direito à tutela efetiva.

4 DIREITOS SOCIAIS - DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Consoante alhures comentado, a Revolução Industrial ocorrida no final do século XVIII foi o ápice histórico para uma nova visão de trabalho, visto que passou a implantar inovações na ordem econômica e social, e na mesma esteira, a Revolução Política Francesa com os ideais de liberdade e igualdade. Porém, o capitalismo da Era Industrial explorou e escravizou a massa trabalhadora. Diante disso, ocorreu a intervenção estatal na relação de trabalho, com reconhecimento dos direitos sociais e a busca de um mínimo de vida digna aos trabalhadores (MARTINS, 2013, p. 6).

Hodiernamente, o conceito de trabalho apresenta-se em outra era, as novas tendências se concentram no aprendizado contínuo, especialização, unificação do conhecimento teórico ao pragmatismo, valorização salarial do capital humano, a era da informação está sendo mais do que uma mudança social, ela é uma mudança na condição humana.

Destarte, evidencia-se que o Direito do Trabalho surgiu com propósito de garantir e preservar a dignidade do trabalho do ser humano ocupado nas indústrias (NASCIMENTO, 2009, p. 12).

Com a evolução do trabalho, também evoluíram as relações entre empregados e empregadores, tornando-se vínculos jurídicos de relativa complexidade e também fonte de grandes controvérsias, gerando a necessidade de se estabelecer regras processuais para que fossem utilizadas quando a efetivação dos direitos materiais, não se dessem de forma espontânea, nascendo assim o Direito Processual do Trabalho como um ramo autônomo do direito, já que tem regras e institutos próprios, e ainda, um órgão jurisdicional específico, tornando-se assim, uma ciência jurídica na verdadeira acepção do conceito.

Sabe-se que prevalece em boa parte da sociedade a pouca valorização dos direitos dos trabalhadores, aliado a isso, a submissão da classe trabalhadora ao poder dos empregadores para manutenção de seus empregos, fazendo com que lhes reste como última alternativa para ver assegurado os seus direitos, a utilização da via judicial.

O processo do trabalho é a relação social entre capital e trabalho sujeita ao julgamento do Estado. Pressupõe, como ocorre no âmbito das normas materiais, regras inspiradas pelo princípio da proteção. A desigualdade material há que ser minimizada no âmbito processual, sob pena de comprometer o caráter democrático do processo, para tanto o processo deve ser efetivo.

O processo não deve ser visto como um fim em si mesmo, ou seja, não pode impedir a realização de um direito, ao contrário, deve ser visto como um instrumento estatal na solução de controvérsias e restabelecimento da vontade do direito material.

Embora seja inegável o objetivo *imediat*o do direito processual de manter a autoridade da ordem jurídica, cabe-lhe, no plano constitucional, a missão de atuar na proteção aos direitos individuais, de modo que o acesso ao processo constitui, ele mesmo, uma garantia fundamental (CF, art. 5º, XXXV). Já se chegou a defender o entendimento de que ao Estado, quando aplicasse o direito processual civil, não interessaria com quem estaria a razão, mas apenas definir qual a vontade concreta da lei, diante da situação litigiosa. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 42).

As garantias, condições e benefícios angariados pelos trabalhadores não podem estar outorgadas somente no plano da previsão, mas, em especial, na dimensão da efetividade.

A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir: o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a ideia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da efetividade do processo e conduz à assertiva de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais.” (DINAMARCO, 2005, p. 391).

Para Barroso (1996, p. 83) a efetividade da norma: “simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.”

Para tanto, há que se observar os princípios constitucionais aplicáveis ao processo:

- a) o **princípio do juiz natural**, com a vedação de que o processo seja julgado por *juízo ou Tribunal de exceção* (inciso XXXVII do art. 5.º da CF);
- b) o **princípio do devido processo legal** (inciso LIV do art. 5.º da CF), evitando que os atos processuais sejam praticados em desacordo com as previsões legais, e que as partes sejam surpreendidas pela prática de ato não especificado em lei;
- c) o **princípio da isonomia** (ver art. 5.º da CF), garantindo que as mesmas regras que se aplicam ao autor também se destinem ao réu;
- d) o **princípio do contraditório e da ampla defesa** (incisos LV e LVI do art. 5.º da CF e art. 7.º do novo CPC), garantindo que as partes possam produzir as provas previstas e não vedadas pelo ordenamento jurídico, podendo contrapor-se a fatos e documentos trazidos ao processo pela parte contrária;

e) o **princípio da motivação das decisões judiciais** (inciso IX do art. 93 da CF e art. 11 do novo CPC), exigindo do magistrado que prolate decisão fundamentada;

f) o **princípio da publicidade do processo e dos atos processuais** (inciso IX do art. 93 da CF e art. 11 do novo CPC), garantindo a todas as pessoas o acesso às informações do processo, podendo manuseá-lo e assistir a qualquer audiência, independentemente da sua natureza, exceto nas situações relacionadas ao segredo de justiça. (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 21-22).

A reforma do Judiciário, no ano de 2004, incorporou o inciso LXXVIII ao art. 5.º da CF, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988), positivando o princípio da razoável duração do processo na Carta Magna.

Vê-se a preocupação do legislador em tornar o processo, tido como meio de realização do direito material, em um instrumento com duração razoável de modo a garantir a celeridade e efetividade.

Após a menção dos princípios constitucionais aplicáveis aos processos em geral, tratar-se-á do princípio da Proteção aplicável na esfera trabalhista, considerado o mais importante princípio da tutela *jus trabalhista*, o qual surgiu em decorrência das grandes desigualdades na relação entre empregado e empregador, nos aspectos econômicos, sociais e jurídicos. Assim, sobre o manto deste princípio, o empregado poderá garantir a efetividade de seus direitos trabalhistas.

Segundo Plá Rodriguez (2000, p. 85), “O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes no contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.”

Continua o autor a discorrer que o Princípio da Proteção, para garantir sua aplicação em maior dimensão, pressupõe que o mesmo deve ser aplicado sob três perspectivas: a *in dubio pro operário* ou *in dubio pro misero*, a regra da norma mais favorável e da condição mais benéfica:

a) a regra *in dubio pro operário*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre os vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador; b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia de normas; e c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontram um trabalhador. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 107).

No processo do trabalho, a fase de conhecimento tem por objetivo a obtenção de um título executivo judicial para o reconhecimento de um direito líquido, certo e exigível. Superada esta fase, inicia-se uma fase intermediária que é a liquidação, onde se apura valor monetário da decisão exequenda para, posteriormente, adentrar-se na fase de execução, onde se busca o adimplemento pelo devedor da obrigação proveniente da decisão judicial.

A execução no processo do trabalho é em regra, fundada em título executivo judicial, proveniente de um processo cognitivo prévio onde se consolida a exigência do crédito, e assim, parte-se para efetivação dos direitos do autor da demanda judicial, estando as normas processuais estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho e, subsidiariamente, no Código de Processo Civil, quando inexistir regra específica na referida legislação trabalhista, a teor do artigo 769, da CLT, bem como a lei 6830/80 (lei de executivos fiscais), a teor do artigo 889 celetário.

Além destas normas positivadas, a execução trabalhista é regida por princípios próprios que proporcionam um balizamento em relação a interpretação e aplicabilidade das normas, servindo também de fonte para a criação de novas regras de direito processual do trabalho. Como é comum em todos os ramos do direito, não há consenso na enumeração dos princípios aplicáveis ao processo de execução trabalhista, razão pela qual abordar-se-á neste trabalho somente alguns deles.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) consagrou no parágrafo único do artigo 8º, a possibilidade de se aplicar subsidiariamente ao direito do trabalho o direito comum, desde que não haja incompatibilidade de princípios, “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.” (BRASIL, 1943).

Ainda, faz expressa menção ao artigo 769, voltado à fase de conhecimento, e ao artigo 889, com aplicabilidade à fase executória, buscando assim, um processo materialmente célere, justo e efetivo:

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título
Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal. (BRASIL, 1943).

Quando da existência de uma sentença condenatória, faz-se necessária a utilização de um mecanismo eficaz para efetivar essa obrigação condenatória. A execução judicial pode ser concebida como a atividade jurisdicional que tem por finalidade a satisfação efetiva de um direito de crédito, através da invasão patrimonial do executado.

4.1 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À EXECUÇÃO TRABALHISTA

a) Princípio da Igualdade no Tratamento das Partes

Este princípio está previsto no art. 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei [...]” (BRASIL, 1988), quer dizer que o juiz deverá tratar de forma igualitárias as partes no processo, entretanto, na esfera laboral existe uma desigualdade entre empregador e empregador, posto que o primeiro é a parte hipossuficiente da relação empregatícia, e

necessita perceber os seus créditos trabalhistas (de natureza alimentar); e o segundo, por sua vez, é de fato economicamente mais forte.

b) Princípio da Patrimonialidade

A execução visa ao patrimônio do devedor, conforme depreende-se dos arts. 824: “A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais” e 789: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”, ambos previstos no Código de Processo Civil (BRASIL, 1943).

c) Princípio da Não-Prejudicialidade do Devedor

Este princípio está disposto no artigo 805 do Código de Processo Civil “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.” (BRASIL, 1943). Porém, ocorrendo conflito entre os princípios da utilidade ao credor e da não prejudicialidade ao devedor deverá o juiz observar o princípio da utilidade ao credor, levando-se em consideração que o empregador é a parte supostamente economicamente mais forte no processo.

Prevê o artigo 1º. da Constituição Federal (grifo nosso), dois princípios aplicáveis ao processo de execução:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (BRASIL, 1988).

O Valor Social do Trabalho é um princípio que resulta da luta pela conquista de direitos trabalhistas ao longo dos anos, pelos trabalhadores e o reconhecimento, pela Constituição de 1988 daquele direito social fundamental.

Desta forma, a Constituição Federal, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e, ao fixar o Valor Social do Trabalho como fundamento normativo, conduz para que o trabalho seja um meio de promoção de dignidade humana.

Nos termos do art. 170, da Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado deve regulamentar além das questões relativas ao trabalho, questões relativas à sua melhoria e garantia, já que no Estado Democrático de Direito, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho. Ainda, tem-se a propriedade privada como instituição constitucionalmente protegida, constando como direito fundamental (BRASIL, 1988).

O princípio da dignidade da pessoa humana, tem por escopo garantir uma vida justa e igual a todos, ou seja, havendo valorização do trabalho, em consequência haverá valorização da dignidade humana.

Para Sarlet (2009, p. 20-21, grifo do autor):

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Está, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Assim, princípios constituem mandamentos de otimização, uma norma de pretensão normativa complementar, na qual sua satisfação depende da análise do caso a ser solucionado, dependendo, portanto, das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso.

Há que ser observado os princípios constitucionais do Valor Social do Trabalho e da Dignidade Humana, além do princípio da proteção, diante da má-fé do empregador em prejudicar terceiros, neste caso o empregado.

O bem da vida perseguido no processo trabalhista tem caráter alimentar, eis a razão de sua autonomia, porquanto possui um procedimento próprio e princípios específicos à esfera laboral. Ademais, o fim precípua da tutela trabalhista está em proteger o hipossuficiente da relação empregatícia, ou seja, o empregado, o qual ocupa pela realidade econômica e social, uma posição de inferioridade em relação ao empregador.

Assim, não basta o trabalhador possuir condições e garantias dignas, tem que lhe ser assegurado que serão efetivados os seus direitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição cumpre um papel importante no que se refere aos princípios no Estado Democrático do Direito, tendo como uma de suas funções preservar os princípios tidos como mais importantes, os quais não podem ser hierarquizados, porquanto todos são importantes e valiosos.

Não que olvidar que os princípios do direito possuem características jurídicas, posto que se encontram inseridos no ordenamento jurídico de modo a orientar o legislador e são de extrema importância.

Ressalte-se que há que se assegurar um bem maior, ou seja, os direitos creditórios do empregado, quando este busca a prestação da atividade jurisdicional, por se tratar de crédito alimentar, necessário à sua subsistência, aplicando-se, *in casu*, os princípios da dignidade da pessoa humana e proteção.

A efetividade dos direitos fundamentais sociais do trabalho está intimamente ligada ao Poder Judiciário, tendo um papel precípua na concretização dos direitos daqueles que buscam perante o judiciário a solução de conflitos.

O princípio da proteção tem grande importância na efetivação dos direitos sociais, já que visa igualar as partes, em razão do trabalhador ser a parte mais fraca da relação laboral.

A proteção dos direitos não deve estar apenas formalmente à disposição daqueles que buscam a prestação da tutela jurisdicional, lembrando que o judiciário será o ator principal no que tange a efetiva tutela dos direitos, posto que deverá reconstituir o direito material, caso contrário, o processo não cumprirá a sua função, ou seja sua razão de existir.

REFERÊNCIAS

ABREU, Neide Maria Carvalho. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. In: COMPEDI, 14., [entre 2014 e 2015], Manaus. **Anais...** Manaus, [entre 2014 e 2015]. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/055.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 17.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 17.

BRASIL. Lei n. 5452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a EC n. 64 de 4-2-2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito do Trabalho Simplificado**. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 2000.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, ano 36, n. 143, jul./set. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 16 abr. 16.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 35. ed. São Paulo: LTr, 2009.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCARABELIM, Larissa Carotta Martins da Silva. **Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Copola, 2001.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Curso de Iniciação ao Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. I**. 58. ed. São Paulo: Forense, 2017.

VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. São Paulo: Scipione, 1997.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO PROCESSO COLETIVO: O ÂMBITO DE COGNIÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Nilson Feliciano de Araújo¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo verificar o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais sociais através do processo coletivo, abordando a questão da separação dos poderes e a possível ingerência de um poder na competência e atribuição de outro, quando aprecia demandas que envolvem obrigações do estado e o cidadão. A Constituição Brasileira estabelece uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais que tem eficácia plena, podendo ser exigidos de imediato. Os direitos sociais antes de serem uma obrigação do Estado é um direito subjetivo do cidadão, que pode exigir seu cumprimento tanto através dos meios políticos quanto judiciais. Seja nas demandas individuais ou nas ações coletivas, estas últimas com maior legitimidade, já que a decisão terá uma amplitude maior e também a abrangência do comando judicial mais conectada com o interesse social, o provimento jurisdicional das políticas públicas se faz necessário para que se possa dar plena garantia do exercício dos direitos fundamentais assegurados na constituição federal, em caráter de urgência, nas situações em que o estado deixa de cumprir sua missão, restando somente, como última fronteira, o Poder Judiciário para a efetivação destes direitos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Processo coletivo. Cognição. Políticas públicas. Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais têm sido amplamente discutidos e paulatinamente implementados nos estados democráticos com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana e preservar os direitos mínimos

¹ Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho; Direito Material e Processual Civil e Direito Público pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor nos Cursos de Direito e Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Servidor Público do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

são inerentes a qualquer pessoa, inobstante sua condição econômica, social ou cultural. Estes direitos têm sido inseridos nas legislações internas do Estados e gradativamente vão fazendo parte do patrimônio jurídico dos cidadãos, que tomam ciência destes direitos e assim passam a ter a consciência do dever do ente público em prestar estes serviços a todos, nos termos do contrato social estabelecido na Constituição.

Os direitos sociais, econômicos e culturais para se concretizarem, dependem de ações do Estado através das políticas públicas, que são mecanismos de efetivação dos direitos e garantias individuais expressos na constituição.

No Brasil, a Constituição Federal traz no artigo quinto a proteção ao cidadão quando lesado em seu direito, dando a ele a faculdade de acionar o Poder Judiciário, de forma individual ou coletiva, a fim de obrigar o Estado a promover a política pública que possibilite o acesso desse cidadão, ou de uma coletividade de pessoas, aos bens e direitos assegurados na norma constitucional.

Contudo, o controle jurisdicional das políticas públicas é tema de grande controvérsia nos meios doutrinários e jurisprudenciais não só no Brasil, mas em todos os países, notadamente naqueles em que o poder público, seja por dificuldades orçamentárias, ou por falta de planejamento, não consegue proporcionar aos cidadãos as condições mínimas de inclusão social e acesso as políticas públicas.

Diante da separação dos poderes num estado democrático de direito, onde cada um dos poderes tem uma atribuição específica, é da competência dos poderes legislativo e executivo o planejamento, implementação e execução das políticas públicas, restando o questionamento se caberia ou não ao Poder Judiciário atuar na efetivação destas políticas, já que são ações governamentais específicas de mandatários eleitos com essa atribuição e competência, não podendo haver ingerência de outro órgão em ações típicas de gestão pública.

É nesta linha que se reveste de importância a presente pesquisa, uma vez que tem por escopo verificar a competência do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo e analisar qual o âmbito de cognição das políticas públicas nos processos judiciais, bem como a questão da separação dos poderes e suas atribuições em um Estado democrático de direito.

Assim, analisar-se-á quais são os direitos fundamentais sociais, de que forma estes direitos foram sendo implementados, e como se dá a sua efetivação nos Estados democráticos de direito, traçando uma evolução destes, notadamente na ação do ente público em promover os comandos constitucionais e realizar os direitos constante na carta magna.

Em seguida verificar-se-á qual a atuação e papel do Poder Judiciário em relação a efetivação dos direitos fundamentais sociais, assim como na apreciação das demandas que exijam o cumprimento por parte do ente público em relação às demandas públicas. Também a forma como estas demandas que exigem cumprimento de direitos sociais têm sido tratadas quando judiciarizadas, seja em processo individual quanto coletivo.

Por fim, e diante da complexibilidade que permeia o tema, analisar-se-á o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário especificamente no processo coletivo, verificando as condições e requisitos das demandas coletivas como ferramentas hábeis a efetivar direitos fundamentais sociais. Neste ponto, além dos posicionamentos destacados da doutrina, também será verificado como os tribunais superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal, tem enfrentado o tema, assim como também quais os principais parâmetros utilizados por aquela corte em relação na apreciação destas demandas que envolvem a atuação ineficiente ou a própria inércia do estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA EFICÁCIA NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

O reconhecimento dos direitos fundamentais tem sido tema que instiga os pesquisadores e tem gerado intensos debates no meio acadêmico, trazendo inúmeros questionamentos acerca dos reais contornos e abrangência destes direitos, que são considerados como condições mínimas de subsistência digna de um ser humano.

Contudo, nem sempre houve o reconhecimento destes direitos, os quais foram fruto da evolução dos povos e se originaram a partir dos estudos dos primeiros filósofos, religiosos e pensadores, das mais variadas correntes, que desde os remotos tempos buscaram estender a todo o ser humano uma condição digna de sobrevivência e dignidade, de modo a distinguir estes dos demais seres que habitam nosso planeta. Cada autor trouxe sua contribuição para o avanço do estudo dos direitos fundamentais e seu reconhecimento como um direito inerente ao ser humano, que agora deve ser buscado e exigido em todos os estados democráticos de direito.

Superada a fase inicial do reconhecimento da existência dos direitos humanos, com a Revolução Francesa, a partir do século XVIII, surgiu o movimento constitucionalista para a efetivação destes direitos humanos, que passaram a ser reconhecidos nas Constituições, sendo classificados pela doutrina em três níveis distintos ou dimensões. São direitos de primeira geração os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, ou seja, os direitos civis e políticos, que, em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo no ocidente. A segunda geração ou dimensão de direitos são os econômicos, sociais e culturais que são voltados à efetivação de políticas públicas para inclusão dos menos necessitados e, de um modo especial, da classe operária a título de compensação em virtude da extrema desigualdade que é própria das relações trabalhistas com a classe emprega-

dora que detém um grau maior de poder econômico. Os direitos de terceira dimensão são os de solidariedade e fraternidade, destinados a proteção de grupos humanos – família, povo, nação –, considerando sua universalidade e os direitos coletivos e difusos. Há ainda aqueles que concebem a existência de uma quarta e quinta geração de direitos, que seriam os fundados na dignidade da pessoa humana contra a não intervenção de particulares ou Estado, e o direito a paz (SARLET, 2015, p. 48-52).

Assim, a partir do momento em que estes direitos humanos passam a integrar o sistema normativo de um Estado democrático, alcançam o status de direitos fundamentais dentro daquele ordenamento jurídico, surgindo assim o reconhecimento por parte de um Estado de que certos direitos – humanos ou outro qualquer – passam ser considerados como fundamentais aos cidadãos naquele espaço geográfico.

Os direitos fundamentais fazem parte integrante da Constituição, não havendo ordem constitucional que não tenha, explícita ou implicitamente, positiva ou negativamente, certa ordem e regulação de direitos fundamentais, necessitando a constituição de uma interpretação jurídica que esteja alicerçada em instrumentos de hermenêutica, sem prejuízo de eventuais adequações e adaptações necessárias e decorrentes de algumas especialidades (MIRANDA, 1998, p. 23).

A Constituição Brasileira estabelece os direitos sociais no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. No artigo 5º Trata dos direitos e deveres individuais e, a seguir, estabelece os direitos sociais, definindo, no Art. 6º, 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. Na sequência, nos artigos 7º ao 11, estão expressos os direitos sociais dos trabalhadores, sejam as relações individuais que regulamentam a relação de emprego entre um trabalhador e seu empregador, sejam as relações coletivas que

envolvem a atuação da entidade sindical e sua representatividade em relação às categorias profissionais e econômicas.

No título VIII, Da Ordem Social, estão estabelecidos os direitos à Seguridade Social – Saúde, Previdência Social e Assistência Social –, bem como os direitos inerentes à cultura, à educação, à moradia, ao lazer, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos sociais da criança e dos idosos.

Contudo, no sistema jurídico brasileiro, todos os direitos que estejam expressa ou implicitamente positivados, sejam eles sediados no Título II da Constituição (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais (SARLET, 2008, p. 163-206).

Inobstante a elevação de direitos humanos ao patamar de direitos fundamentais, como bem andou nossa Constituição, que estabeleceu expressamente uma grande quantidade de direitos ao nível de direitos fundamentais, vê-se que nem sempre a positivação de direitos tem uma relação direta com efetividade destes direitos, principalmente os direitos sociais, que demandam atuação do Estado na implementação de políticas públicas voltadas ao atendimento de necessidades dos mais vulneráveis social, cultural e economicamente.

Os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais que são implementadas através de leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, as quais devem definir, executar e implementar estas políticas públicas que possibilitem a eficácia plena dos direitos tutelados na constituição (KRELL, 2002, p. 19-20).

O professor Chileno Fernando Atria, citando Abramovich, V. e C. Courtis,² destaca que estes autores sustentam a estranha tese de que para que um direito social se encontre plenamente reconhecido não basta que o Estado satisfaça a necessidade a que se refere, porque esse reconhecimento não se alcançará “até superar os obstáculos que impedem sua adequada justiciabilidade.” Mas politicamente, desde logo, parece preferível preferir a substância à forma (ATRIA, 2002, p. 33).

A Constituição Federal em seu artigo 60, §4º, inciso IV veda a abolição de direitos e garantias individuais através de emenda constitucional, restando evidenciado a adoção pelo legislador constituinte de estabelecer a impossibilidade de exclusão destes direitos por qualquer via legislativa, administrativa ou jurisdicional, deixando claro a eficácia plena dos direitos fundamentais e sua exigibilidade nas situações em que o Estado deixa de cumprir sua função e se omite na efetivação das políticas públicas a que está incumbido.

Desta forma, os estados democráticos de direitos devem assegurar a eficácia plena dos direitos humanos, independentemente destes direitos estarem previstos em suas cartas constitucionais, já que são inerentes a pessoa e nascem com ela, fazendo parte do seu núcleo duro de direitos e necessidades básicas sem as quais não se tem a mínima condição de que necessita um ser humano para assim ser considerado, ou seja, a dignidade humana que distingue o homem dos outros animais.

Por outro lado, quando há disposição expressa na constituição, o estado declara um direito humano como direito fundamental em seu território e assim fica ainda mais obrigado a dar validade a estes direitos e estabelecer os meios necessários para que sejam implementados e efetivados estes direitos.

² Obra Los derechos sociales como Derechos Exigibles. Madrid: Trotta, 2002.

3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais uma vez adotados em um Estado democrático, passam a fazer parte do patrimônio jurídico das pessoas, e assim podem ser exigidos como forma de possibilitar o acesso aos bens minimamente necessários, como o direito a dignidade e as condições de sobrevivência, considerados como o mínimo existencial ou, em outro contexto, no mínimo social.

O Estado é então um ente garantidor dos direitos fundamentais na medida em que assume este poder e dever perante seus cidadãos na efetivação dos direitos humanos, devendo gerar riquezas e bens que possam assegurar os meios econômicos para a realização desta missão, realizando as políticas públicas direcionadas principalmente aos mais necessitados.

Quando o Estado não possui recursos suficientes para realização das políticas públicas não há como se exigir a efetivação dos direitos fundamentais, aplicando-se, nesta situação, o princípio da reserva do possível,³ sendo essa limitação econômica justifica a inércia do Estado, inobstante haver norma expressa assegurando estes direitos. Dá-se aí a falta de recursos financeiros para que se implemente estes direitos subjetivos, não havendo como se obrigar a prestar um serviço público quando não há recursos para tanto (BARCELOS, 2002, p. 236).

Quando há escassez ou má aplicação dos recursos, deixando o Estado de prestar o serviço público, surge questionamento se há direito por parte do cidadão em exigir do Estado a prestação deste serviço, e se pode o Judiciário implementar direitos eminentemente individual, adentrando na esfera de ad-

³ O princípio da reserva do possível originou-se na Alemanha, nos anos 1970, sendo também conhecido como reserva do financeiramente possível. Este princípio consiste na garantia dos direitos já previstos no ordenamento jurídico, desde que existentes os recursos públicos disponíveis. Na inexistência de recursos financeiros ou qualquer outro, o estado poderia se eximir de prestar alguns de seus serviços devendo, contudo, amparar e proteger principalmente os mais vulneráveis.

ministração de recursos públicos, área afeta ao Poder Executivo que gerencia os recursos e executa as políticas públicas, podendo, nessa situação, haver a ingerência de um poder público sobre o outro, situação que é vedada pela constituição brasileira, face a independência entre os poderes.

É controvertido nos meios doutrinários e jurisprudenciais a interferência do poder judiciário na outorga de direitos individuais em contraposição aos limites orçamentários que são geridos e executados pelo poder executivo.

Delegar ao Judiciário a decisão sobre escolhas dramáticas de quem terá acesso aos serviços do Estado é deslocar para aquele poder competências exclusivas do Poder Executivo, não estando o Judiciário apto para gerir estes recursos públicos para o qual não foi legitimado, fugindo assim à sua alçada. Assim, não terá o Poder Judiciário a perfeita compreensão do orçamento em sua totalidade para dimensionar, dentro deste complexo sistema financeiro de contas públicas, o direito individual ou de um grupo de pessoas, podendo, assim, gerar uma escolha desproporcional, já que na implementação de direitos de alguns poderá acarretar falta de recursos para fazer frente à necessidade dos demais, chegando à situação atípica de que alguns direitos individuais prevaleceriam ao coletivos (AMARAL, 2001, p. 112-113).

Ao Poder Judiciário caberia apenas analisar a razoabilidade das ações que levaram o Estado a deixar de prestar o serviço e se houve ilegalidade ou irregularidade em relação à norma legal ou constitucional, podendo o ente público demonstrar as razões e motivação que o levaram a escolher quais os interesses que seriam sacrificados em razão da escassez de recursos, levantando o princípio da reserva do possível.

Destaque-se que, em contexto de escassez de recursos, esta situação deverá ser comprovada pelo Estado e, mesmo assim, não o eximirá do dever de prestar o serviço público. Nesta situação e quando comprovadamente restar caracterizada a impossibilidade na efetivação dos direitos sociais, a proteção aos mais necessitados deverá ser garantida.

Em sentido contrário, vários autores se posicionam favoráveis a possibilidade de efetivação dos direitos sociais pela via judicial, atestando a máxima eficácia às normas constitucionais assecuratórias de prestações positivas pelo estado já que, nos dizeres de Barroso (1996, p. 259-260):

[...] o juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico. Mas com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar lhe novo sentido, sempre que possa motivadamente demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento. Jamais deverá o magistrado se conformar com a aplicação mecânica da norma, eximindo-se de sua responsabilidade em nome da lei – não do direito, supondo estar no estrito e estreito cumprimento do dever [...]

Assim, mediante provocação da parte interessada, o Poder Judiciário tem legitimidade para efetivar direitos fundamentais desde que estejam previstos na Constituição Federal até como forma de possibilitar a todos o pleno acesso as políticas públicas, principalmente àqueles que estão excluídos do processo político e assim não possuem outra forma de acesso aos direitos fundamentais básicos.

É da atribuição do Poder Judiciário tomar decisões que envolvem princípios jurídicos e não decisões que envolvem as políticas públicas, ou seja, decidir sobre os direitos das pessoas em relação à norma constitucional e outras que formam o ordenamento jurídico, e não em relação a promoção do bem-estar geral, papel este típico do Estado, enquanto gestor público. Assim, tem o Judiciário legitimidade para, em processo judicial, determinar as prestações necessárias a realização de um núcleo de dignidade da pessoa humana, considerado e conceituado como mínimo existencial (DWORKIN, 2000, p. 101).

Assim, diante de situações extremas ou emergenciais em que o indeferimento da medida assecuratória possa causar danos irreversíveis, como a morte ou outras lesões irreparáveis, mesmo diante da escassez de

recursos não há como negar o direito a recursos que possam garantir as mínimas condições para a sobrevivência, como em relação ao fornecimento de remédios ou procedimentos urgentes, que na falta venha a causar a morte da pessoa, já que esta não dispõe de meios para custear seu tratamento (SARLET, 2001b, p. 103-104).

Como bem lembra Alexy (1999, p. 66), há um princípio fundamental que deve ser observado: todo o poder origina-se do povo. Assim, exige-se a compreensão não só do parlamento, mas também do tribunal constitucional como representação do povo. Desta forma, enquanto o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional representa-o argumentativamente, na medida em que diante do erro ou inércia de um possa haver a possibilidade de que o povo, através do outro, possa fazer valer seus direitos, nascendo aí a legitimação do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais.

Desta forma, inobstante a complexidade do planejamento e execução do orçamento, assim como a gestão das políticas sociais, vê-se que de certa forma há uma legitimação dos membros do Poder Executivo que foram eleitos para gerir os recursos públicos, cobrando impostos e prestando os serviços, enfim, fazendo as escolhas que vão definir a forma como o Estado cumprirá sua missão na realização dos direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos.

Por outro lado, ocorrendo falhas ou faltas graves na prestação de serviços públicos que possam gerar danos, a ponto de lesar direitos individuais e coletivos do cidadão, o Poder Judiciário se legitima a, em caráter de excepcionalidade, garantir emergencialmente o acesso a esses serviços, mesmo criando desajustes na aplicação desses recursos, já que não se concebe a restrição ao exercício de direitos fundamentais tão relevantes, que compõem o mínimo existencial a sobrevivência humana.

4 O ÂMBITO DE COGNIÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO NO PROCESSO COLETIVO

Os direitos sociais estão previstos no artigo 6º da Constituição e, sendo um direito subjetivo, pode ser exigido quando não efetivado pelo Estado. O Poder Judiciário está constitucionalmente vinculado a prestar a jurisdição ao todo cidadão, não podendo se furtar a essa competência, devendo conhecer e apreciar essas demandas que busquem a efetivação dos direitos fundamentais, seja em ações individuais, seja nas coletivas.

A legitimação do Poder Judiciário na apreciação das demandas de qualquer espécie, incluindo as políticas públicas, está expressamente prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” É o chamado princípio da inafastabilidade que possibilita ao órgão jurisdicional ser a instância na qual poderá se socorrer qualquer cidadão que não possa exercer seus direitos, inclusive contra o próprio Estado.

As ações coletivas são uma forma de tutela dos direitos sociais de maior efetividade já que possibilitam a participação direta da sociedade na reivindicação de direitos fundamentais. Diferentemente das ações individuais, demandas coletivas podem abranger uma coletividade indistinta de pessoas, e tornar-se uma das formas de concretização da democracia, proporcionando uma melhor discussão das políticas públicas nos autos de um processo judicial, estando o Judiciário apto para a apreciação destas ações, se tornando ainda mais eficientes quanto são propostas em ação coletiva.

No processo individual a controvérsia submetida a apreciação do Poder Judiciário é proveniente de conflitos fragmentados e individuais, não possibilitando uma análise plena do custo benefício na efetivação dos direitos pleiteados, sendo que a decisão poderá efetivar direitos de uns e inviabilizar os de outros tendo em vista que ao magistrado é submetido apenas a

demanda individual de uma pessoa, não se podendo mensurar em que nível o Estado está cumprindo estas políticas públicas em relação aos demais membros daquele grupo social. Já o processo coletivo é mais efetivo na efetividade de direitos fundamentais sociais, e instrumento mais adequado a se exigir do Estado a implementação cumprimento das políticas públicas, envolvendo uma coletividade e desta forma tendo uma amplitude muito maior do que o processo individual, ficando a decisão mais conectada com os interesses e a realidade social (BENTES, 2008, p. 46).

As ações coletivas são o instrumento adequado para levar ao conhecimento do Poder Judiciário os novos conflitos de demandas públicas, permeados pelo interesse social. É o direito processual que serve de embasamento jurídico para a adequação da forma pela qual o conflito analisado deve ser tratado pelo Poder Judicial e a maneira que será utilizada para proteger o bem comum. Se utilizado o processo individual, corre-se o risco de ser proferida uma decisão injusta, que não esteja em sintonia e harmonia com a realidade social.

A ação civil pública é um dos principais instrumentos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, devendo ser uma ferramenta processual acessível a todos, de tal sorte que o Poder Judiciário não se torne um óbice a realização dos direitos mas, pelo contrário, possa disponibilizar aos cidadãos oportunidade de discussão sobre a necessidade de implementação das políticas públicas por parte do Estado e, quando na omissão, exercer papel de garantidor destes direitos, compelindo o ente público a realizar sua função de promoção do bem estar social.

Destaque-se que o exame das políticas públicas por parte do Poder Judiciário nos processos coletivos não pode ser realizado de forma indiscriminada, mas sim pautada nos preceitos e limites constitucionais, e somente naquelas situações em que não haja o cumprimento da norma pelo ente público.

Esta delimitação é pertinente e necessária para evitar a ingerência de um Poder Público em outro, situação que afeta a independência dos

poderes, tornando a decisão eivada de possível vício por inconstitucionalidade, já que ao Judiciário no processo individual ou coletivo, não cabe o controle das políticas públicas que é de competência exclusiva dos poderes Legislativo e Executivo. Ao Poder Judiciário cabe somente a cognição dessas políticas nas situações em que haja violação de direitos fundamentais sociais, sendo este o objeto do processo coletivo. É estritamente nesta linha que deve estar pautada a ação do órgão jurisdicional na apreciação de atos e ações governamentais que envolvam direitos subjetivos assegurados na Constituição (ANDRADE 1987, p. 38-9).

Desta forma, as normas atinentes aos direitos fundamentais, mesmo as principiológicas, são de aplicação direta e imediata, sendo que o magistrado e os órgãos jurisdicionais devem se orientar pelos objetivos da organização política brasileira insertos no artigo 3º da nossa Constituição⁴, não podendo se recusar a examinar as lides que lhes são postas a apreciação, sob o fundamento de que não constituem órgão político. Se assim o fizerem, estarão violando a dignidade humana e deixando de cumprir sua principal função constitucional, que é a prestação jurisdicional (COMPARATO 2003, p. 29).

Inobstante o intenso debate nos meios doutrinários e jurisprudenciais no sentido de se estabelecer parâmetros e contornos da atuação do Poder Judiciário na apreciação de demandas que envolvam as políticas públicas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona no sentido de admitir a competência do juiz para cognição das demandas públicas por parte do Estado, sem considerar ingerência na esfera de atuação do poder executivo, como nesta recente decisão que segue, do Ministro Ricardo Lewandowski:

⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

^I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

^{II} – garantir o desenvolvimento nacional;

^{III} – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

^{IV} – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLÍTICAS PÚBLICAS. DESCUMPRIMENTO. MULTA. SÚMULA 284. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO E Da Legislação Infraconstitucional pertinente. SÚMULAS 279 e 280/STF. IMPLEMENTAÇÃO POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, com APLICAÇÃO DE MULTA. I – Recurso extraordinário com alegação que esbarra nos óbices previstos nas Súmulas 279, 280 e 284 do STF, pela deficiência na sua fundamentação e porque a questão posta nos autos está fundamentada na interpretação da legislação infraconstitucional, local e federal, aplicável à espécie (Decreto Estadual 58.819/SP, CPC e ECA), bem como na análise de fatos e provas. II - É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º do CPC. (ARE 1010267 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 10-04-2017 PUBLIC 11-04-2017).

No mesmo sentido de afirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Luiz Roberto Barroso, também em recente decisão reforça a competência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas em casos emergenciais, quando há inércia ou morosidade do Estado na prestação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLÍTICAS PÚBLICAS. ACESSIBILIDADE DE DEFICIENTES FÍSICOS EM AMBIENTE ESCOLAR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal já assentou a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (RE 877607 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira

Turma, julgado em 17/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 10-03-2017 PUBLIC 13-03-2017)

Nesta mesma linha, traz-se mais uma decisão do Ministro Dias Toffoli, o que denota firme jurisprudência da Suprema Corte Brasileira no reconhecimento da competência do Poder Judiciário para apreciar demandas que exijam do Estado a efetivação das políticas públicas:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente fundamentada. 2. Inadmissível em recurso extraordinário o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 4. Agravo regimental não provido. (AI 750768 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/10/2011, DJe-226 DIVULG 28-11-2011 PUBLIC 29-11-2011 EMENT VOL-02635-02 PP-00212).

Desta forma, resta evidenciada a importância do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais por via reflexa e emergencialmente, sempre que o Estado retarda ou omite a implementação de políticas públicas, causando lesão a direitos das pessoas, sendo um direito subjetivo de todo o cidadão socorrer-se do processo judicial, seja de forma individual, ou, principalmente através das ações coletivas, como modo de buscar o adimplemento dos seus direitos fundamentais por via judicial.

Não se trata de ingerência de um Poder na atuação de outro, mas tão somente de se estender ao Poder Judiciário, quando provocado pelo lesado, dar um provimento jurisdicional ao requerente como forma de possibilitar a este o acesso às políticas públicas sonegadas pelo Estado. Sem-

pre que o Judiciário negar esta prestação jurisdicional estará deixando de cumprir seu papel constitucional, além de se omitir de um dever do Estado em dizer o direito no caso concreto, afrontando o princípio constitucional da inafastabilidade estampado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O mundo moderno experimenta uma euforia de direitos fundamentais sociais nestes tempos globalizados, onde as fronteiras geográficas dos Estados não mais limitam o conhecimento nem a cultura dos povos. Neste contexto de compartilhamento de experiências, usos e costumes, os direitos humanos atingiram um grau de consciência nunca visto, fazendo parte do cotidiano das pessoas nos mais variados lugares em todo hemisfério terrestre.

Assim, passado o primeiro momento do avanço na implementação dos direitos fundamentais, o desafio seguinte é a implementação destes direitos de maneira que se torne real as pessoas, dando-lhes as condições de acesso aos bens necessários à sua subsistência enquanto ser humano.

Se de alguma forma aqueles que estão legitimados para a prestação dos serviços e políticas públicas não o fazem, nada mais legítimo do que possibilitar outros caminhos e possibilidades para que sejam esses direitos efetivados. Não sendo possível via democrática através dos atores políticos eleitos, que o Poder Judiciário possa fazer cumprir a Constituição e assim possibilitar a implementação desses direitos àqueles que necessitam da ação do Estado para exercer os direitos inerentes a sua dignidade humana.

6 CONCLUSÕES

O âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário é tema de extrema relevância em relação a efetivação de direitos fundamentais, promovendo intensos debates e gerando inúmeras controvérsias nos

meios doutrinários e jurisprudenciais, não só no Brasil, mas em todos os estados onde há uma democracia e um Estado juridicamente organizado.

Em todo o mundo globalizado se discute o papel do Estado em relação aos direitos fundamentais, e de que forma o ente público deverá promover suas políticas pública para a efetivação destas garantias mínimas, que são direitos inalienáveis de todos os seres humanos.

Os direitos fundamentais são inseridos nas constituições e passam a fazer parte do sistema jurídico de um Estado democrático de direito e, assim, tornam-se exigíveis aos cidadãos, os quais possuem direito subjetivo de fazer valer esses direitos quando o Estado não os realiza de forma espontânea.

Os direitos sociais, antes de ser um dever do Estado são direitos dos cidadãos e, como tal, podem e devem ser exigidos, seja diretamente ao ente público que tem o poder de implementar estes direitos, seja, também, através do Poder Judiciário quando negados pelo Estado.

No Brasil, a constituição tem previsão expressa de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e que são direitos sociais a educação; a saúde; a alimentação; o trabalho; a moradia; o transporte; o lazer; a segurança; a previdência social; a proteção à maternidade e à infância; a assistência aos desamparados; gerando obrigação do Estado na implementação e realização destes direitos, que estão assegurados constitucionalmente e fazem parte do patrimônio jurídico do povo brasileiro.

Estes direitos sociais são fruto das conquistas alcançadas no processo de democratização no Brasil, sendo, a partir das discussões política definido o papel do Estado Brasileiro em relação às políticas públicas de inclusão, ficando ao encargo do Estado o planejamento e execução de serviços que promovam o acesso de todos os brasileiros aos bens e serviços mínimos, que possam assegurar a dignidade da pessoa humana, chamado de mínimo social.

Contudo, de nada adiantaria a boa intenção do legislador em fazer constar na Carta Magna uma gama de direitos sociais e comandos que obriguem o Estado na efetivação destes direitos, se não houver formas de se compelir o ente público a promover e efetivar essas políticas públicas quando, mormente nas situações em que o Estado se omite, retarda ou deixa de cumprir seu dever de realizar os direitos fundamentais sociais.

Destaque-se ainda, quanto ao dever do Estado na fomentação das políticas públicas em contextos de crise e escassez de recursos, que o princípio da reserva do possível deve ser verificado com extremo cuidado e razoabilidade, para que não seja uma forma em que possa o Estado se eximir do cumprimento de seus deveres perante o povo na realização dos direitos sociais, alegando falta de recursos financeiros. Deve-se analisar não só os recursos financeiros, mas os sociais, humanos, econômicos e culturais, e também a forma como estes recursos estão sendo geridos, para somente após saber se o Estado realmente não tinha condições de efetivar esses direitos.

Desta forma e mediante provocação da parte interessada, o Poder Judiciário tem legitimidade para efetivar direitos fundamentais desde que estejam previstos na Constituição Federal até como forma de possibilitar a todos o pleno acesso as políticas públicas, principalmente àqueles que não estão excluídos do processo político e assim não possuem outra forma de acesso aos direitos fundamentais básicos.

Não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a implementação, gerenciamento e execução das políticas públicas. Este papel é típico dos poderes legislativo e executivo, os quais são mandatários de cargos eletivos com estas atribuições específicas. Contudo, tem o Poder Judiciário legitimidade para, em processo judicial, determinar as prestações necessárias a realização de um núcleo de dignidade da pessoa humana, considerado e conceituado como mínimo existencial.

Impedir que a omissão ou a ineficiência do Poder Público, no tocante à promoção de políticas públicas para realização desses direitos sociais, seja levado à apreciação do Poder Judiciário, é ferir de morte o princípio constitucional do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

A cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário embora seja objeto de várias controvérsias, seja nos meios doutrinários, seja nos tribunais, já encontra entendimento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite a competência dos órgãos jurisdicionais na apreciação das políticas públicas, em caráter emergencial, quando há inércia ou morosidade do Estado na prestação de direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados.

Seja nas demandas individuais, seja principalmente nas ações coletivas, estas últimas com maior efetividade e legitimidade em razão de que a decisão terá uma amplitude maior que o processo individual, o provimento jurisdicional pela implementação das políticas públicas se faz extremamente necessário para que se possa dar plena garantia ao exercício dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, notadamente nas situações em que o Estado deixa de cumprir sua missão, restando somente como última fronteira, o Poder Judiciário para a efetivação destes direitos.

REFERÊNCIAS

ATRIA, Fernando. Os desafios dos direitos sociais: Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os Desafios dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-46.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. Tradução Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, Porto Alegre: Ed. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENTES, Fernando; HOFMANN, Florian. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 14, jan./mar. 2001.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

MIRANDA, Jorge **Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional**. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, ano 9, n. 30, p. 23-34, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, v. 3, n. 12, p. 91-107, out./dez. 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Consulta a jurisprudência.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28POLITICAS+PUBLICAS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hbntvq2>>. Acesso em: 27 maio 2017.

CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL?

Volnete Gilioli¹

Resumo: Os Conselhos Municipais, como espaço democrático e de participação, discussão e deliberação, são reconhecidamente um espaço privilegiado do exercício da cidadania e fundamental no processo de democratização e descentralização do Poder estatal. Diante disso, esse breve ensaio teórico objetiva refletir os limites e possibilidades destes espaços de participação social e controle de políticas públicas. Entende-se que se trata de um processo em construção e retroalimentação complexo numa correlação entre a sociedade e o Estado, onde as conjunturas institucionais do processo vêm representadas por diversos interesses, numa tentativa de efetivar a participação social.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Conselhos Gestores.

1 INTRODUÇÃO

Com a Constituição Cidadã de 1988 os Conselhos gestores, decorrentes dos princípios constitucionais que prescrevem acerca da participação da sociedade na condução das políticas públicas e das legislações regulamentadoras, se tornaram importantes instituições no âmbito das políticas públicas.

Mesmo porque invariavelmente se condiciona repasse de recursos federais à criação desses conselhos gestores e o processo de descentralização da gestão pública que foram discriminados em inúmeros municípios brasileiros.

Os Conselhos gestores guardam relação com a extensa gama de políticas e programas, com políticas setoriais na área da educação, saúde, segurança, as políticas transversais de direitos humanos, os conselhos se configuram um novo espaço de participação da sociedade em sua relação

¹ Mestranda em Dimensões Materiais e Eficácias dos Direito Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, na linha de Pesquisa Direitos Fundamentais Sociais; Professora de Direito Processual Penal na Universidade do Oeste de Santa Catarina Videira; Advogada Criminalista.

com o Estado, ao possibilitar o acesso da população e dos movimentos sociais às instâncias decisórias.

Esse processo de descentralização trouxe aos conselhos o caráter consultivo e deliberativo, a expansão quantitativa dos conselhos gestores e mesmo o seu caráter deliberativo, não necessariamente, sugere seu sucesso em superar os desafios a eles interpostos, ou seja, garantir a efetiva participação da sociedade nas tomadas de decisão.

Na literatura, a partir das experiências práticas, revelam deficiências quanto à representatividade dos conselheiros e à capacidade em deliberar e impor suas decisões ao governo, apontadas na redução quanto o aspecto qualitativo.

Assim, diante da importância de sua institucionalização, o presente artigo vem abordar alguns limites e possibilidades dos conselhos para alcançarem os objetivos propostos: a democratização da gestão das políticas públicas e a maior eficiência no controle direto da sociedade sobre os governos.

2 FORMAS NOVAS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL E O CONTROLE SOCIAL

No contexto da emergente atuação dos movimentos sociais no cenário político, a partir da segunda metade da década de 70, a proposta de tornar a administração pública mais permeável à participação popular esteve presente no discurso oposicionista se contrapondo ao regime militar. Já nos anos 90, a generalização desse discurso da “participação” reivindicou e apoiou a democracia participativa, o controle social sobre o Estado e a efetivação das parcerias entre o Estado e a sociedade civil.

Muito embora se tenha uma heterogeneidade de projetos políticos e propostas para a transformação social, os atores sociais que compunham o campo dos novos movimentos construíram, através das lutas sociais havidas nas décadas de 70 e 80, um campo comum de referência tanto para os discursos quanto para as ações políticas, sendo esse campo

centrado nas reivindicações de uma cidadania que desejava o fortalecimento do papel da sociedade civil na condução da vida política do país (DAGNINO, 1994, p. 106).

No final da década de 80, multiplicaram pelo Brasil aforam as conquistas efetivas de canais de participação popular e a partir do restabelecimento das eleições diretas nos âmbitos municipal e estadual, passaram a compor um leque de propostas de dar maior espaço à participação da sociedade civil. Desse período, se destacam, como mecanismos de participação popular, entre muitos: Conselhos Gestores de Políticas Públicas, Iniciativa Popular de Lei, Audiências Públicas, Referendo, Plebiscito.

Diante disso, as experiências de participação social, em especial as conquistas e experimentadas a partir dos Conselhos Gestores de Políticas Públicas, vem em contraponto a quase impossibilidade de criar canais de participação nos países em desenvolvimento em razão das peculiaridades de suas instituições políticas.

Na década de 90, a descentralização assume sua finalidade prática-política no contexto nacional, se constituindo num mecanismo político-institucional de dimensão neoliberal, operando como uma fragmentação do Estado quanto a redução da sua atividade regulatória e produtiva e ampliando o espaço privado no que tange aos direitos sociais com a Constituição de 1988 (DURIGUETTO, 2007, p. 1).

Nessa perspectiva, no Brasil ascende um caloroso debate em torno da “participação” onde a sociedade como um todo reivindica uma democracia participativa, o controle social sobre o Estado e a realização das parcerias (ALBUQUERQUE, 2004, p. 168) e com isso se busca consolidar a autonomia dos movimentos sociais frente ao Poder Público, barrando a intervenção do Estado vigente até então.

A descentralização pode ser entendida através de duas dimensões: uma como “a degradação do poder público através de diversas modalidades, que vão da simples desconcentração de atividades”, e duas como

“ descentralização do poder decisório, ou seja, a transferência de competências ou poderes do centro para a periferia.” (GUIMARÃES, 2002, p. 2). A estratégia da descentralização seria criar “instituições que viabilizem a participação dos cidadãos nas decisões políticas.” (ARRETICHE, 1996, p. 3):

Com a Constituição de 1988, se legitimou um novo formato institucional visando favorecer a implementação de uma gestão descentralizada e participativa ao estabelecer que as políticas sociais seriam desenvolvidas de modo democrático através de órgãos representativos, com participação dos espaços de deliberações na seara das políticas públicas, inclusive participando do planejamento, execução e no controle dos programas (TEIXEIRA, 2007).

3 O PAPEL DOS CONSELHOS E O PROBLEMA NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

O desafio democrático colocado aos Conselhos decorre das críticas ao nosso sistema representativo, ou seja, ainda que a democracia representativa seja inevitável nas sociedades contemporâneas, em decorrência da ordem demográfica e de complexidade do tema, o instituto da representação de fato pode impingir uma série de obstáculos à soberania popular.

Isso decorre da assimetria de informações, deliberada ou não, entre representantes e representados, de imperfeições dos instrumentos de sanção e das deficiências de capacidade em conhecer o sistema pelos diversos atores (PRZEWORSKI, 1994, p. 25-26).

Os novos espaços de participação democrática são estruturados com diversos objetivos: constituírem espaços de construção da cidadania ou fóruns de identificação e captação de demandas da sociedade, e um espaço destinado a viabilizar o controle permanente da sociedade sobre os governantes.

A participação popular no modelo representativo amplia o procedimento da democracia representativa, limitado ao voto, e insere as outras dimensões, como: envolvimento e participação dos cidadãos, a deliberação pública e a qualidade dos procedimentos para o processo democrático (GUGLIANO, 2004, p. 275).

Ao conceber a participação popular na esfera pública, além dos mecanismos legislativos temos a inclusão dos conselhos de políticas públicas, como espaços de atuação representativa da sociedade e como um ideal de descentralização (DIAS NETO, 2005, p. 21).

Os conselhos gestores passam a ser concebidos como um espaço onde a sociedade exerce um papel mais efetivo de fiscalização e controle e está mais próximo do Estado para uma gestão prioritária alocatória dos recursos públicos. Esses conselhos como mecanismos de participação, em contraponto, obrigam o Estado a negociar suas propostas com outros grupos sociais (TABAGIBA, 2002, p. 47). Destaca-se que alguns avanços da participação social nas políticas sociais, acabou prevalecendo à visão do conselho como “formas de participação visando a mudanças na gestão pública e elaboração de políticas, com vistas a democratização e transparência.” (TEIXEIRA, 1996, p. 8).

Os Conselhos Gestores de políticas públicas são espaços públicos de composição plural e paritária entre Estado e sociedade civil organizada, na forma deliberativa com função de discussão, formulação e controle de execução das políticas públicas setoriais.

A descentralização e a municipalização funcionam como base inicial à instrumentação do direito de participação, pois se trata sempre do “Estado e de diversas formas de organização do poder político, ou de entidades em conexão específica com este poder” (MIRANDA, 2002, p. 227) a se desencadear a criação de novas camadas decisórias na esfera político-administrativa, o que é uma das estratégias para a democracia participativa.

A descentralização e a municipalização são como uma moderna expressão dos direitos políticos. Municipalização das políticas sociais potencializam a capacidade que um governo tem de dar poder a população a desempenhar um papel ativo no governo com abertura de espaços de construção da cidadania.

A participação social é um dos elementos que se entrelaçam na dinâmica moderna da atuação estatal, mas ainda que se entenda comumente por participação como abertura de espaços ao envolvimento da sociedade civil, especificamente, participação seria a abertura de canais de diálogo e de deliberação compartilhada entre o Poder Executivo e a sociedade.

E a efetividade desses mecanismos dependeria de “quem possui iniciativa” na proposição da arquitetura, a organização da sociedade conforme o caso e, na “vontade política do governo em implementar a participação.” (AVRITZER, 2009, p. 46).

E a ideia de participação é acompanhada de quatro mitos que a qualificam e a desqualificam: o primeiro mito seria de que a participação por si só muda a realidade, pois desconsidera os aspectos de conflitos de interesse e debates característicos do processo. O segundo, que a sociedade não está preparada para participar como protagonista das políticas públicas e terceiro, que a sociedade não pode compartilhar da governabilidade e por último a sociedade é vista como um elemento dificultador da tomada de decisão (MORONI, 2009, p. 116).

4 CONTROLE SOCIAL E PARTICIPAÇÃO A PARTIR DOS CONSELHOS MUNICIPAIS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

No Brasil, pós 1988, o envolvimento da sociedade visando a maior eficiência na aplicação dos recursos, trouxe um componente extra, representado pela descentralização das políticas públicas, ou seja, um canal de participação legalmente instituído para o exercício do controle social.

Muito embora estimulado pela visão política que reconhece a existência e a conveniência da participação ativa da sociedade nas estruturas do poder, deixando de lado a centralização decisória do autoritarismo do regime militar, a descentralização passou a ser defendida pelo argumento econômico, segundo o qual a provisão local e sob medida dos serviços públicos seria mais eficiente para aumentar o bem-estar da população.

Além disso, “a principal novidade em termos de políticas públicas” (GOHN, 2001, p. 7), passou a ser os conselhos, sendo um elemento essencial, para o financiamento das políticas públicas que continuaram na dependência de transferências de recursos federais, o que gerou problemas de coordenação ao governo central. Passou o governo a valorizar o controle social através dos conselhos locais gestores de políticas públicas, sendo eles vinculados a garantia do repasse dos recursos.

Então, os conselhos passaram a exercer um efetivo controle sobre os governantes, políticas públicas e os resultados, visando objetivos econômicos e sociais. E com o objetivo de ser simultaneamente canal democrático de relação entre a sociedade e o Estado e instância de controle social sobre os governos.

Os conselhos foram estabelecidos a partir da Constituição Federal de 1988, nas esferas federal, estadual e municipal, cobrindo diversas áreas temáticas e objetivam incorporar a participação da sociedade no ciclo de políticas públicas e possibilitar formas de controle sobre as ações do Estado, pois “são instrumentos concretos de partilha do poder entre os governantes e a sociedade.” (SIRAQUE, 2009, p. 128).

Os conselhos podem desempenhar, conforme o caso, funções de fiscalização, de mobilização, de deliberação ou de consultoria. Suas funções pressupõem o acompanhamento e o controle dos atos praticados pelos governantes, o estímulo à participação popular na gestão pública e às contribuições para a formulação e disseminação de estratégias de informação para a sociedade sobre as políticas públicas e, ainda, à prerrogativa

dos conselhos de decidir sobre as estratégias utilizadas nas políticas públicas de sua competência, enquanto a função consultiva relaciona-se à emissão de opiniões e sugestões sobre assuntos que lhes são correlatos (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2010, p. 21).

Ainda que a Constituição Federal não tenha citado o termo “conselhos”,² as expressões e vocábulos que se referem a participação, controle, gestão democrática, fiscalização caracterizam o conceito básico aos conselhos de políticas públicas.

E por mais que seja difícil diferenciar as atribuições dos conselhos de políticas públicas, eles são entendidos como espaços públicos institucionais de democratização e controle social, fundamentais e constitutivos de um sistema descentralizado e participativo e possuem dimensão política, na representação de interesses e outra dimensão pedagógica que é a formação de cidadania (MORONI, 2009, p. 120).

5 O MUNICÍPIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 trouxe no Capítulo III que trata da Segurança Pública, o dever do Estado e responsabilidade de todos. Mas no §8º,³ traz a menção vaga da função dos municípios na área de Segurança Pública.

Na definição constitucional a segurança pública é dever do Estado direito e responsabilidade de todos. Esse enunciado é ambíguo porque ao mesmo tempo que reconhece a segurança como direito e responsabilidade de todos abre espaço para uma redefinição do modelo, o Estado intervém através de ações preventivas não penais somadas as ações repressivas (BARATTA, 1997, p. 60) e mantém a ordem pública como núcleo de proteção e estrutura seletiva e arbitrária do controle penal.

² Ver art.10, 198, III, 204, II e 206, VI, da Constituição Federal.

³ Art. 144, § 8º: os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Esse argumento legal e constitucional tem sido um obstáculo ao avanço da participação dos municípios na área de segurança pública, o discurso retórico dos gestores municipais de que nada ou quase nada podem fazer acerca da questão, pois se o fizessem estariam usurpando a função do estado.

O conceito de segurança necessita de ampliação, incluindo direitos de prestação positiva por parte do Estado, ou seja, políticas como uma ferramenta para a gestão do conflito, visando um controle negociado das várias violências, com a “inovação das políticas de controle e prevenção do delito.” (DIAS NETO, 2005, p. 102).

Mas a Lei do Fundo Nacional de Segurança Pública – FNPS⁴ altera o papel atribuído aos Municípios, sendo que antes de 2003 os Municípios poderiam apenas ter guardas municipais para conseguir recursos do Fundo e após a alteração da lei essa possibilidade ampliou-se para os municípios que mesmo sem guarda municipal poderiam ter policiamento comunitário, diagnósticos e planos de segurança e conselhos municipais de segurança pública.

Ao abordar o tema dos Conselhos Gestores de Segurança Pública como um dos mecanismos de participação popular nas políticas públicas, é necessário adentrar na análise das políticas públicas de segurança pública, e definir conceitualmente o que é política pública: “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI; DALLARI, 1997, p. 91).

E necessário também traçar diferença entre políticas de segurança pública e políticas públicas de segurança, que, fundamental para a definição de responsabilidades, em sendo, as políticas de segurança pública como sendo a expressão concernente às atividades tipicamente

⁴ Ver a Lei 10.201/01 alterada pela Lei 10.746/03

policiais, ou seja, é a atuação policial “strictu sensu”, e Políticas públicas de segurança expressa as diversas ações, governamentais e não governamentais, que causam ou sofrem impacto no problema da criminalidade e da violência (OLIVEIRA, 2002, p. 47).

Atualmente, a criação dos conselhos em diversas áreas restou possível após o movimento de descentralização política no processo de redemocratização que está relacionado diretamente à municipalização onde acontece a proximidade do centro decisório estimulando o fortalecimento das competências municipais e das ações políticas de base (DIAS NETO, 2005, p. 55).

A relação entre a sociedade e o Estado melhora com os conselhos, redirecionando a visão na resolução de problemas de realidade social e na esfera municipal, o que privilegia a construção de políticas públicas, pois é a esfera administrativa mais próxima do cidadão (GOHN, 2000, p. 66).

Para o enfrentamento da violência não cabe apenas ao poder público e seus gestores, mas a sociedade que convive com o elevado índice de criminalidade e a propagação de ações trazem insegurança e a necessidade de compreender a segurança pública através do novo modelo democrático participativo com a “complementariedade de funções” (SAPORI, 2007, p. 43).

A municipalização da segurança pública ao trazer maior proximidade da administração pública e as demandas e potencialidades locais, concentra na redução da criminalidade violenta e na promoção da segurança dos cidadãos.

Ainda que na prática ocorresse um fracasso do Plano Nacional de Segurança Pública frente à complexidade do problema (CARVALHO, 2011, p. 63), esse Plano foi tido como inovador na gestão nacional de segurança pública, por seu caráter preventivo, com ações em diversas áreas no combate do crime organizado e ao narcotráfico, desarmamento, capacitação profissional, reaparelhamento das políticas e inclusive com atualização da legislação pertinente (SALLA, 2003, p. 430).

Os avanços do Plano Nacional de Segurança Pública, foram insipientes quando analisada a expansão do fenômeno da violência (CERQUEIRA, 2009, p. 185) que continua a crescer. Nesse cenário, a atuação dos municípios inquieta a sociedade, pois caberia a esse ente federado ser um novo sujeito, com gestão pública diferenciada diante da complexidade da conjuntura e apto a implantar políticas “multidimensionais” e novas parcerias, com transparência e participação, pois as políticas de segurança pública devem perseguir a redução dos eventos graves de incivilidade e a redução da sensação de insegurança (SOARES, 2005, p. 16-17).

Os elevados índices de criminalidade cotidianamente veiculados aguçam o sentimento de insegurança, aliada a ideia de ineficiência do Estado, induzindo o cidadão a ser protagonista de sua própria segurança (PORTO, 2009, p. 221).

O Município não se isenta de executar políticas públicas de segurança pública, ainda que pela vagueza da legislação quando preceitua “assuntos de interesse local” (SILVA, 2001, p. 480) e favoreça a omissão dos poderes federal e municipal, e atribua quase que exclusivamente a competência ao poder estadual, o que auxilia no aumento da sensação de insegurança.

Ainda que não existam estudos acerca do impacto dos mecanismos de segurança pública, seria pertinente conceber o efeito balsâmico da população, eis que contribuem ainda que minimamente na manutenção da ordem pública.

6 BREVES CONSIDERAÇÕES

O papel dos municípios na área de segurança pública está em franco processo de construção e passa a ser delineado pelos reclames sociais por programas e políticas de segurança.

Desenvolver políticas setoriais locais aperfeiçoando os conselhos gestores é um desafio dos municípios que tentam prevenir a violência e com o exercício do controle social em especial pelo aporte de recursos alavancados pela formalização dos conselhos em diversas áreas, esse controle somente se concretiza com o controle dos recursos públicos e da participação efetiva da sociedade.

A capacidade da gestão das políticas públicas através de um órgão colegiado específico para este fim se traduz num elemento a mais no organograma municipal, e a ampliação do espaço público no Brasil era considerada condição para a democratização do Estado, exigindo incentivo à criação de espaços de participação social.

Atualmente, passados mais de vinte anos de democratização, coloca-se o desafio de fazer efetivos os espaços criados e aperfeiçoá-los.

Para a eficácia dos conselhos gestores se faz necessária uma reestruturação interna e a conscientização de sua real proposta, limites e possibilidades, ainda mais nos municípios que não tem tradição organizativa nem associativa.

Os conselhos servem apenas de realidade jurídico-formal para conseguir recursos federais e não atendem minimamente aos objetivos de fiscalização e controle de políticas públicas.

Em suma, os conselhos gestores se resumem numa conquista dos movimentos populares e da sociedade organizada e que continua a travar inúmeros debates em decorrência da lacunosa legislação vigente, o que dificulta de sobremaneira o exercício do cidadão como interventor nas ações do governo.

Os conselhos podem e devem ser percebidos como potencialidades na efetivação da democracia participativa e acima disso na garantia de um direito fundamental, a segurança, do cidadão.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Maria do Carmo. Participação Cidadã nas Políticas Públicas. In: HERMANNNS, K. (Ed.). **Participação Cidadã – Novos Conceitos e Metodologias**. 1. ed. Ceará- Fortaleza: Expressão, 2004.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e participação no Brasil democrático. In: AVRITZER, Leonardo (Coord.). **Experiências Nacionais de participação social**. São Paulo: Cortez, 2009.

BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e politica criminal. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos Editora, n. 3, p. 57-69, jan./jun. 1997.

BUCCI, Maria Paula; DALLARI, Paula. Políticas Públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

CARVALHO, Vilobaldo Adelidio de; SILVA, Maria do Rosário de Fátima. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 14, n. 1, jan./jun. 2011.

CERQUEIRA, Daniel. O Ministério da Saúde adverte: 1 milhão de assassinatos no Brasil. In: ZOUAIN, Deborah Moraes et al. **Desafios da gestão pública de segurança**. São Paulo: Ed. FGV, 2009.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Orientações aos Cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social**. Brasília, DF: CGU, 2010.

DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Anos 90: politica e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DURIGUETTO, Maria Lúcia. Descentralização, políticas públicas e participação popular. Núcleo de Pesquisas e Movimentos Sociais. In: SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA, 2., 2007, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 25 abr. 2007.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança Urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: RT, 2005.

GOHN, Maria da Glória. Conselhos Populares e participação popular. **Serviço Social e Sociedade**, ano XI, n. 34, 2000.

MIRANDA, Jorge. Estrutura do Estado. In: MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Parte II, Cap. 1-5.

MORONI, José Antonio. O direito a participação no governo Lula. In: AVRITZER, Leonardo **Experiências Nacionais de participação social**. São Paulo: Cortez, 2009.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. Políticas Públicas de Segurança e Políticas de Segurança Pública: da teoria à prática. In: INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. **Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança**. São Paulo, 2002.

PORTO, Maria Stella Grossi. Mídia, segurança pública e representações sociais. **Tempo Social**, São Paulo, v. 21, n. 2, 2009.

SALLA, Fernando. Os impasses da democracia brasileira: o balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil. **Revista Lusotopie**, Paris, v. 10.

SAPORI, Luis Flavio. **Segurança Pública no Brasil: desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo Malheiros, 2001.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado. Possibilidades e limites na Constituição de 1998**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

SOARES, Luiz Eduardo. Segurança municipal no Brasil – sugestões para uma agenda mínima. In: SENTO-SÉ, J. (Org.). **Prevenção da Violência: o papel das cidades**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

TABAGIBA, Luciana. Conselhos Gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil. In: DAGNINO, Evelina. **Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. Movimentos Sociais e Conselhos. **Cadernos ABONG**, n. 7, jul. 1996.

