

ORGANIZADORES

Yuri Schneider

Juliana de Oliveira

Ludmila Kolb de Vargas Cavalli

Série
Ensaios

**CRISE DE ESTADO E
DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS**



Editora Unoesc



ORGANIZADORES

Yuri Schneider

Juliana de Oliveira

Ludmila Kolb de Vargas Cavalli

Série
Ensaio

**CRISE DE ESTADO E
DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS**



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Projeto Gráfico: Simone Dal Moro

Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

C932 Crise de Estado e direitos fundamentais sociais /
organizadores: Yuri Schneider, Juliana de Oliveira,
Ludmila Kolb de Vargas Cavalli. – Joaçaba: Editora
Unoesc, 2016. – (Série Ensaios)
224 p. ; 23 cm

ISBN 978-85-8422-088-5

1. Direitos fundamentais. 2. Dignidade. 3. Estado. I.
Schneider, Yuri, (org.). II. Oliveira, Juliana de,
(org.). III. Cavalli, Ludmila Kolb de Vargas, (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

Antonio Carlos de Souza

Campus de Xanxerê

Genesio Téó

Pró-reitor de Graduação

Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti

Débora Diersmann Silva Pereira

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Jovani Antônio Steffani

Eliane Saleta Filippim

Carlos Luiz Strapazon

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Maria Rita Nogueira

Daniele Cristine Beuron

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
A GARANTIA DA DIGNIDADE DAS PRESAS E SEUS FILHOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	7
<i>THE DIGNITY OF WARRANTY OF PREY AND YOUR CHILDREN IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM</i> Rose Maria dos Passos	
A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E AS TEORIAS DA “RESERVA DO POSSÍVEL” E “MÍNIMO EXISTENCIAL”	27
<i>THE JUDICIALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS SOCIAL PROTECTION PRINCIPLE OF DIGNITY AND THEORIES “POSSIBLE RESERVE” E “EXISTENCIAL MINIMUM”</i> Elizabete Geremias	
DIFICULDADES DE CONCREÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	45
Fábio Biasi Pavão	
DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E ASSÉDIO MORAL: ELEMENTOS CARACTERIZADORES	67
<i>FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS AND BULLYNG: CHARACTERISTIC ELEMENTS.</i> Guilherme Henrique Marques Pinto	
EDUCAÇÃO - DIREITO FUNDAMENTAL E DEVER DA FAMÍLIA E DO ESTADO: “PROGRAMA APOIA” E DIREITO À PERMANÊNCIA NA ESCOLA DOS 4 AOS 17 ANOS DE IDADE EM MUNICÍPIOS DO OESTE SANTA CATARINA	87
Sônia Maria Cardozo dos Santos	
MODELOS DE SEGURIDADE SOCIAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	115
Clarice Mendes Dalbosco	

O CUSTO DOS DIREITOS SOCIAIS EM CONTEXTO DE CRISE E A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE.....147

THE COST OF SOCIAL RIGHTS IN CRISIS CONTEXT AND THE RIGHT TO HEALTH WARRANTY

Ludmila Kolb de Vargas Cavalli

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA MAIS MÉDICOS SOB UMA ANÁLISE DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS165

PUBLIC POLICIES OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EFFECTIVE HEALTH: THE IMPLEMENTATION OF THE PROGRAM MORE DOCTORS IN AN ANALYSIS OF THE WEIGHTING PRINCIPLES

Juliana de Oliveira, Yuri Schneider

POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA..... 203

Darléa Carine Palma Mattiello

APRESENTAÇÃO

A presente obra expõe artigos científicos baseados nos estudos e pesquisas efetuadas pelos alunos da cátedra de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais Sociais, mais precisamente dos mestrandos que cursaram a disciplina no segundo semestre do ano de 2015.

Esta disciplina, desde sua formação e inserção na matriz curricular do PPGD Mestrado em Direito da UNOESC, tem por escopo principal dar uma base teórica sobre os diversos aportes teóricos e autores dos Direitos Fundamentais Sociais para todos os mestrandos e mestrandas que optaram por esta linha de pesquisa.

Para tanto, durante todos os encontros são apresentados aos alunos/pesquisadores artigos científicos sobre tópicos e autores fundamentais para sua formação, abordando diversos temas como por exemplo, as matrizes teórico-fundacionais dos Direitos Fundamentais Sociais, os Direitos Fundamentais Sociais no constitucionalismo contemporâneo, os elementos constitutivos da dimensão pragmática dos Direitos Fundamentais Sociais, o papel do Poder Judiciário em face dos Direitos Fundamentais Sociais dentre outros.

O resultado deste estudos, provocações e debates profícuos e esclarecedores, são os diversos artigos expostos nessa obra, onde todos os mestrandos/autores aproveitam o conhecimento adquirido durante os seminários apresentados para, fazendo um diálogo com outras disciplinas da linha de pesquisa e de seus estudos paralelos ligados à elaboração de suas dissertações com outros professores pesquisadores do programa, possam apresentar suas impressões sobre esta que é uma das disciplinas base do programa.

Pelo resultado apresentado e a sofisticação dos artigos, torna-se um prazer apresentar tal obra.

Os Organizadores

Prof. Dr. Yuri Schneider

Mestranda Juliana de Oliveira

Mestranda Ludmila Kolb de Vargas Cavalli

A GARANTIA DA DIGNIDADE DAS PRESAS E SEUS FILHOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

THE DIGNITY OF WARRANTY OF PREY AND YOUR CHILDREN IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

Rose Maria dos Passos

Resumo: Vários são os casos de presas que dão à luz dentro dos presídios brasileiros e, ao contrário do que determina a lei, seja ela a Constituição Nacional de 1988, as normas infraconstitucionais ou os documentos internacionais que tratam da dignidade da pessoa humana, o ambiente no qual essas mulheres vivem com seus filhos é degradante e afronta diretamente a dignidade das presas e, acima de tudo, de seus filhos, a quem a pena imposta as mães está sendo estendida, sob o argumento de garantia do convívio da criança com a genitora, em especial, nos primeiros anos de vida. Diante de um conflito de princípios – a pessoalidade da pena e o direito da criança de permanecer junto à sua genitora – o Estado enfrenta um problema de desestrutura física e profissional. A realidade dos presídios brasileiros, em especial àqueles que possuem mulheres cumprindo pena, demonstram que de nada adiantam normas positivadas se não há o efetivo cumprimento delas.

Palavras-chave: Presas. Crianças em penitenciárias. Dignidade da pessoa humana.

Abstract: *There are several cases of prisoners who give birth within the Brazilian prisons and, contrary to what determines the law, be it the National*

* Rose Maria dos Passos é advogada inscrita na OAB/SC 36876. Professora da Faculdade Senac/SC em Chapecó. Mestranda em Direito pela Unoesc Chapecó. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Unoesc Chapecó. Especialista em Gestão de Recursos Humanos pela Unoesc Xanxerê. Graduada em Direito pela Unoesc Chapecó. Graduada em Administração de Empresas pela Unoesc Chapecó.

Constitution of 1988, the infra- constitutional norms or international documents dealing with the dignity of the human person, the environment which these women live with their children is degrading and directly affront the dignity of prey and, above all, of their children, whom the penalty imposed mothers is being extended under the child's living the assurance argument with genitor, especially early in life. Faced with a conflict of principles - personhood pen and the right of children to stay with their mothers' to - the state faces a problem of physical and professional disrupts. The reality of Brazilian prisons, especially those who have women serving time show that anything use are positives standards if there is no effective enforcement of them.

Keywords: Prey. Children in prison. Dignity of the human person.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca analisar, sob a ótica dos direitos fundamentais, a situação de presas que possuem filhos em idade de amamentação que permanecem com suas genitoras nos cárceres brasileiros.

O objetivo desta pesquisa é analisar, com base nas garantias constitucionais, na teoria crítica de Axel Honneth e a importância afetiva na primeira infância, em “A luta por reconhecimento” a condição das presidiárias que convivem com seus filhos nos presídios brasileiros.

O que se busca é mostrar que a realidade está muito aquém daquilo que deveria ser. Por óbvio que o tema não será esgotado.

A pesquisa foi realizada sob o método qualitativo, com a realização de pesquisas em sites especializados, revistas, anais de eventos, reportagens jornalísticas e livros relacionados à temática. Em síntese, a pesquisa propõe-se a analisar decisões judiciais que abarcam o direito da criança em permanecer com sua genitora durante o período de amamentação dentro do sistema penitenciário. Sistema este que há tempos encon-

tra-se em situação inapta a tratar com o mínimo de dignidade os detentos, quiçá crianças que necessitam de cuidados, assistência e atenção especial.

Penitenciárias superlotadas. Mulheres que recebem tratamento igual ao dispensado aos homens presos. Tratamento desumano e que afronta as garantias constitucionais num Brasil que possui desde 1988 a chamada Constituição Cidadã. Por sua vez, algumas decisões inovam no sentido de converter a prisão em estabelecimento carcerário para prisão domiciliar, permitindo à criança o devido convívio com sua mãe em ambiente mais sadio e seguro.

2 MARCOS NORMATIVOS E HERMENÊUTICOS DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ÀS DETENTAS NO BRASIL ENQUANTO SUJEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 é um documento de intenções do constituinte originário, externando os desejos, as intenções e sentimentos deste em relação a uma pátria que saía de um período ditatorial, cujas liberdades individuais eram reduzidas pela força militar. Neste documento estão expressas as diretrizes que inspiram a nova ordem constitucional:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia [sic] Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A leitura do preâmbulo da Constituição Cidadã, permite perceber que o objetivo da Constituição Federal de 1988 é assegurar valores supremos, como liberdade, segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade

e justiça, tanto em relação aos direitos sociais quanto individuais. Surge, pela primeira vez, nas cartas constitucionais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, a palavra “valores”. Os valores evidenciam a preocupação do constituinte com os direitos e garantias fundamentais, afirmados e positivados pela Constituição Federal, tendo como princípio basilar a dignidade da pessoa humana.

Além disso, embora a Constituição Federal não apresente definição sobre o que é dignidade humana, diversos são os doutrinadores que afirmam que este é o valor supremo da humanidade, de onde decorre que o indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo; jamais podendo ser tratado como objeto de interesse alheio. Para Sarlet (2005, p. 15):

[...] a noção de dignidade da pessoa humana (especialmente no âmbito do Direito), para que possa dar conta da heterogeneidade e da riqueza da vida, integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações. Estas, ainda que diferenciadas entre si, guardam um elo comum, especialmente pelo fato de comporem o núcleo essencial da compreensão e, portanto, do próprio conceito de dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana adquiriu maior importância e passou a figurar em documentos internacionais como a Declaração dos Direitos de 1949, sendo incorporado às diversas constituições Europeias, dentre as quais destacam-se a Constituição Italiana de 1947, a Constituição Alemã de 1949 e a Constituição Portuguesa de 1976.

Sarlet (2005, p. 15) afirma que mesmo com toda evolução ocorrida especialmente no campo da filosofia, não há como negar a dificuldade encontrada para obter uma conceituação conclusiva sobre o que de fato é a dignidade da pessoa humana. Essa dificuldade, não diferente do que acontece em outras áreas, se dá para efeitos de definir o âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto norma jurídica fundamental.

Conforme doutrina Luis Roberto Barroso (2009, p. 251), a dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamen-

tais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim nos direitos individuais como os políticos e sociais. O princípio tem sido objeto, no Brasil e no mundo, de intensa elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer contornos de uma objetividade possível, apta a promover racionalidade e controlabilidade à sua utilização.

Para Sarlet (2005, p. 16):

Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida para muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa.

Portanto, por mais difícil que seja determinar um conceito acerca da dignidade da pessoa humana, é certo que, “não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida”, por mais que não seja possível prever estabelecer uma pauta exaustiva sobre as formas de violações da dignidade (SARLET, 2005, p. 17).

Já no curso da história da humanidade, é possível identificar elementos responsáveis por caracterizar e diferenciar o ser humano dos demais seres, por essa razão, o homem se tornou passível de direitos e deveres inerentes e inalienáveis que encontram respaldo nas manifestações religiosas, filosóficas e culturais (BAEZ, 2015, p. 16-17).

Após as diversas barbáries sofridas pela humanidade, especialmente quando se fala da 1ª e 2ª Guerra Mundial, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a assumir maior importância para a sociedade, ao passo, que passou a figurar como um discurso internacional por meio da promulgação da Declaração dos Direitos Humanos, em 1949. Sem dúvida, a dignidade humana reporta-se à origem dos direitos materiais e representa o núcleo essencial do rol de direitos inerentes ao ser humano. Tanto no Brasil quanto em outras partes do mundo o princípio da dignidade humana tem sido objeto de intensa elaboração doutrinária e aplicabilidade jurídica.

As garantias que abarcam a efetividade do princípio da dignidade humana deve ser asseguradas a todas as pessoas, pelo simples fato de sua existência, portanto, havendo um indivíduo que necessite renunciar a sua dignidade em razão de sua condição de vida, o estado tem o dever de restabelecê-la, pois a dignidade humana não compõe o rol de direitos disponíveis ao indivíduo, constituindo patrimônio social que precisa e deve ser protegido pela sociedade, ou seja, deve ser assegurada por todas as pessoas.

O respeito à dignidade humana, a luta por seu reconhecimento e sua afirmação, simbolizam o neoconstitucionalismo e representam a superação da intolerância, exclusão social, discriminação e violência, motivos pelos quais o princípio da dignidade humana foi elevado a fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Baseado neste fundamento basilar, a Constituição Federal de 1988 declara, em seu artigo 227 que 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.

Tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 oferece especial proteção às entidades familiares, o legislador constituinte trouxe

diversos avanços para sociedade, o que, culmina na proibição do retrocesso social, da denegação do princípio da proteção e da igualdade. Nessa perspectiva, tal previsão aplica-se de igual modo ao sistema carcerário brasileiro, na proteção dos direitos e principalmente da dignidade humana das presas e de seus filhos que nascem no ambiente da prisão.

Portanto, permitir que crianças vivenciem seus primeiros anos de vida em um ambiente degradante e com condições de saúde e higiene precárias, é tornar nulo todo um processo histórico de lutas e conquistas em prol da dignidade e segurança das crianças. Logo, é inadmissível que o legislador infraconstitucional tenha legitimado a “coisificação” de crianças e adolescentes nessas condições, pois, comparado aos demais pares da sociedade se encontram em situação desfavorável.

Com o advento da Lei nº 8.069 de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo por base as premissas constitucionais, os direitos das crianças e dos adolescentes em todos os seus aspectos passaram a assumir maior fulgor no ordenamento jurídico brasileiro. É válido destacar, que, crianças que nascem em prisões, já estão inseridas em um ambiente totalmente desfavorável ao crescimento e desenvolvimento pleno. Anteriormente ao advento do estatuto, a criança e o adolescente eram visualizados como “objetos passivos à disposição do sistema”.

No entanto, com a inserção da normativa de proteção integral à criança e ao adolescente, como prioridade do ordenamento jurídico brasileiro, as mesmas passam a ser titulares de direitos devido à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Conforme Ferraz (1991, p. 20), a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional e para sua efetivação implica “um compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade de cada um, integrado no contexto social”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é categórico ao afirmar que nenhum pai ou mãe perderá o poder familiar por motivo de pobreza, nem mesmo por estarem com sua liberdade segregada, cumprindo pena

dentro do sistema carcerário. Em que pese à existência do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar, cujas diretrizes são: primazia da responsabilidade do Estado no fomento de políticas integradas de apoio à família; o Reconhecimento das competências da família na sua organização interna e na superação de suas dificuldades; [...]; e o Controle social das políticas públicas; o sistema tem se mostrado ineficiente.

Ainda que, por vezes, a melhor opção a ser adotada é a permanência das crianças no ambiente carcerário, com a finalidade de garantir a convivência familiar com a genitora e para a manutenção dos laços afetivos, é inegável que tal situação faz com que, de certo modo, seja transferida à criança a pena imputada às suas genitoras, o que representa afronta aos ditames constitucionais, nos termos do art. 5º, XLV da Constituição Federal de 1988, nenhuma pena passará da pessoa do condenado [princípio da pessoalidade].

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido

Corroborando a afirmação prevista no artigo supracitado, está o princípio da responsabilidade pessoal que proíbe a imposição de pena a alguém por fato de outrem. Desta forma, “a sanção penal não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja o autor ou partícipe do fato punível.” (DOTTI, 2001, p. 65). A pessoalidade da pena é justificada no fato de que “a pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado.” (ZAFFARONI;PIERANGELI, 2006, p. 154).

Apenas para fins de esclarecimento, cabe destacar que o princípio da personalidade é tratado de modo diferente no âmbito civil, pois este prevê a possibilidade de reparação do dano extensivo a terceiros; o que é impossível no âmbito penal. Nesse sentido, Bastos (1989, p. 231): “Aos sucessores a obrigação de reparar o dano, assim como pode ocorrer à decretação de perdimento de bens. Mas tudo limitado pelo valor do patrimônio transferido”.

Ou seja, quando diante do conflito de princípios que se apresenta no âmbito penal – princípio da garantia prioritária e especial à criança e princípio da personalidade da pena – um deles deve ceder, ainda que não seja considerado inválido.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p. 154) alertam para o fato de que “infelizmente, sabemos que na realidade social a pena costuma afetar terceiros inocentes, particularmente os familiares do apenado”, bem como a Lei 7.210/1984, que, em seu artigo 22, inciso XVI, determina que

o serviço social oriente e ampare tanto os familiares do condenado para que estes não fiquem à deriva após a sanção penal ter atingido um dos membros da família, determinação esta que passa longe do mínimo que a sociedade necessita.

Acima de qualquer punição aplicada àquele que cometeu a conduta, deve prevalecer a dignidade e o bem-estar social, com a tutela do Estado sobre as pessoas que sofrem a estigmatização do princípio da personalidade, ou seja, pessoas que são penalizadas socialmente por algo que não fizeram. Retratam Dias e Andrade (1997, p. 406):

O conceito de dignidade penal, implica, assim, um princípio de imanência social e um princípio de consenso. O primeiro significa que não deve assegurar-se através das sanções criminais a prossecução de finalidades socialmente transcendentes, designadamente moralistas ou ideológicas. O segundo, por seu turno, postula a redução do direito criminal ao núcleo irredutível - se bem historicamente variável dos valo-

res ou interesses que contam com o apoio generalizado da comunidade.

O processo da descriminalização pode se dar de forma direta, através de um modelo de despenalização da família (e também de pessoas próximas ao recluso), com aplicação de políticas públicas, fundamentadas na ética e na política, com o intuito de realizar uma reeducação da sociedade através de uma transformação significativa no termo cultural e social, sobretudo com a ligação da quebra de preconceitos.

Há, porém, situações em que afastar de familiares a extensão da pena, ainda que no aspecto social e moral, se torna difícil, ou então, impossível. Há nesses casos um verdadeiro conflito de princípios.

Seguindo a linha de raciocínio apresentada por Robert Alexy na teoria da proporcionalidade, diante da colisão de direitos fundamentais, é necessário buscar o meio termo que consiga promover um fim adequado, sem violar qualquer princípio – àquele que fica submisso ao princípio preponderante -, nem tampouco outros meios que poderiam vir a ser transgredidos.

Também, faz-se necessário observar se o meio termo escolhido é o correto e se não há outro mais suave e menos restritivo que poderia ser utilizado; e se ainda assim não for solucionada a colisão, é necessário que se aplique a ponderação – colocam-se [metaforicamente], as consequências jurídicas dos princípios em colisão numa balança a fim de precisar qual deles é racionalmente mais importante para o caso concreto.

Essa ponderação é feita em três níveis: analisa-se o grau de intensidade que um princípio afeta o outro; a importância que um princípio possui frente ao outro e por fim se a satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

Por sua vez Habermas doutrina que a prestação jurisdicional (prática decisória judicial) orientada por princípios tem que decidir qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito – e não equilibrar bens ou relacionar valores. Nesse aspecto, a teoria da “luta pelo

reconhecimento” apresenta uma perspectiva sobre o ponto de vista da importância da convivência da criança com a mãe, mesmo que em sistema prisional, fundado na preservação da afetividade.

3 A LUTA POR RECONHECIMENTO NA TEORIA CRÍTICA DE AXEL HONNETH E A IMPORTÂNCIA AFETIVA NA PRIMEIRA INFÂNCIA

Inicialmente, para o efetivo entendimento sobre a teoria da “luta por reconhecimento” proposta por Axel Honneth faz-se necessário apresentar as características principais e a definição da mesma de acordo com o pensamento de outros filósofos. Diante disso, a teoria crítica foi apresentada originalmente por Max Horkheimer no ano de 1937, onde sua definição estava relacionada com a ideologia do marxismo.

Ainda, no ano de 1930, Horkheimer assumiu a direção do Instituto de Pesquisa Social voltando seu enfoque para a filosofia, momento que o instituto passou a se chamar “Filosofia Social”. Na proposta de seu programa de pesquisa o fundamento teórico referencial foi a obra de Marx e o marxismo, portanto, propôs-se uma nova vertente intelectual para a Teoria Crítica (HONNETH, 2009).

Nesse sentido, a referida teoria não se limita apenas a descrever o funcionamento da sociedade, mas sim, propõe-se a compreender a sociedade à luz de uma emancipação “ao mesmo tempo possível e bloqueada pela lógica própria da organização social vigente.” (HONNETH, 2009, p.09). A teoria crítica, na sua busca de entender o funcionamento da sociedade sob a perspectiva da emancipação, isto é, uma espécie de autonomia, toma por base o contexto organizacional vigente na sociedade, ou seja, leva-se em conta o momento em que a sociedade se encontra, inclusive, os avanços sociais.

Desse modo, a orientação para o exercício dessa emancipação que caracteriza a atividade teórica crítica exige que a teoria exteriorize um

comportamento crítico relacionado ao conhecimento produzido pela própria realidade social (HONNETH, 2009). Posteriormente, com a inserção da psicologia social de Mead na teoria hegeliana da “luta por reconhecimento” a proposta foi esclarecer os processos de mudança social levando-se em conta as pretensões normativas de reconhecimento recíproco.

De início, por meio dessa teoria busca-se demonstrar que a reprodução da vida social acontece pelo reconhecimento recíproco entre sujeitos que só estabelecem uma relação prática quando aprendem a interagir com seus parceiros, aqui chamados de “destinatários sociais”. Logo, as acepções trazidas por essa teoria despontam as relações humanas como uma ampliação simultânea das relações de reconhecimento mútuo, assim como, também, as experiências sociais cuja pressão deve se originar sob uma perspectiva história (HONNETH, 2009, p.157).

Nesse sentido, Hegel destaca três formas de reconhecimento recíproco, onde a primeira abarca a dedicação emotiva, as relações amorosas e de amizade; a segunda envolve o reconhecimento jurídico e a terceira o assentimento solidário. Também, a teoria proposta por Hegel busca distinguir a filosofia política da família, sociedade civil e do Estado; já em Mead o objetivo é destacar as relações primárias das relações jurídicas e da esfera do trabalho. Desse modo, a teoria de Hegel e Mead consiste em atribuir às três esferas de interação padrões diferentes de reconhecimento recíproco, para tanto, deve-se reconstruir o conteúdo dado do amor, do direito e da solidariedade (HONNETH, 2009).

Diante disso, a aplicação da teoria da luta por reconhecimento, no caso da garantia legal às detentas e seus filhos no sistema prisional brasileiro, visa demonstrar a importância do autorreconhecimento por meio do estabelecimento de relações recíprocas, nesse caso, entre mãe e filho e da importância do amor e do afeto na satisfação das carências corporais enquanto uma necessidade que afere a preservação da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o amor, nesse contexto, deve ser entendido

como todas as relações primárias que envolvem ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, “segundo o padrão de relações eróticas entre dois parceiros, de amizade e de relações pais/filho.” (HONNETH, 2009, p. 160).

Além disso, ao amor se aplica a primeira etapa de reconhecimento recíproco, que é o laço afetivo entre pais e filhos no interior da família. Por meio disso, os indivíduos se reconhecem como seres carentes “na experiência recíproca da dedicação amorosa, independente da forma e do estado de carência de cada um”. (HONNETH, 2009, p. 161). Logo, a manutenção da relação afetiva entre mãe e filho, isto é, o contato estabelecido desde o início entre ambos serve como ferramenta que impulsiona a superação de desafios para a genitora e representa uma fase significativa na vida do bebê.

Evidencia-se esse fato por meio da “teoria das relações de objeto”, por meio dela apresenta-se a primeira tentativa de uma resposta conceitual acerca da visão psíquica das experiências interativas na primeira fase da infância, de modo que, a relação afetiva com outras pessoas é considerada como o segundo componente do processo de amadurecimento. Sendo assim, ela permite uma ilustração do amor como uma forma determinada de alcançar o reconhecimento recíproco (HONNETH, 2009).

Diante disso, o sucesso das ligações afetivas depende da capacidade adquirida na primeira infância. Para a teoria de Mead, “nos primeiros meses de vida, a criança pequena depende a tal ponto da complementação prática de seu comportamento pelos cuidados maternos”, ainda, o processo do amadurecimento infantil é um ato de cooperação intersubjetiva de mãe e filho, pois, ambos estão ligados por meio de operações ativas no estado do “ser-um simbiótico” que posteriormente tem de se diferenciar e exercer sua autonomia (HONNETH, 2009, p. 167).

Para a mãe o momento em que ocorre essa emancipação do bebê, é a oportunidade dela ampliar seu campo de atenção social, porque sua identificação primária e corporal começa a “fluidificar”, retornando às suas rotinas cotidianas. Consequentemente, para o bebê ocorre a abertu-

ra de novas relações com outras pessoas satisfazendo outras formas de carência da criança. Desse modo, percebe-se o quão influente são as relações afetivas para o desenvolvimento da criança, nessa fase, têm-se a dependência relativa da criança em relação à genitora (HONNETH, 2009).

Ao final, destaca-se que o laço afetivo instituído desde o nascimento entre mãe e filho é essencial para o pleno desenvolvimento da criança, porém, o sistema carcerário brasileiro deve incorporar um ambiente digno para que a criança seja recebida fora de um ambiente degradante, e, possa aproveitar a primeira infância de forma saudável ao lado de sua genitora.

4 A REALIDADE DAS PRESAS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A revista Galileu publicou matéria da jornalista Nana Queiroz, na qual relata diálogos e convivências que teve com diversas presas durante a pesquisa que culminou com a publicação do livro Presas que Menstruam.

A autora retrata uma realidade em que, em que pese haver toda uma gama de direitos especiais às mulheres presas, em atenção a sua feminilidade, o sistema carcerário brasileiro trata as mulheres exatamente como trata os homens.

O CNJ publicou em 2012 a “Cartilha da Mulher Presa”; uma ferramenta voltada para a ressocialização da mulher presa, destinada a esclarecer direitos e deveres das mulheres presas, com informações claras sobre as garantias constitucionais, prerrogativas legais e administrativas que lhes atingem.

A cartilha inicia apresentando alguns direitos das mulheres presas:

A Constituição Federal, lei maior de nosso País, traz no art. 5º os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos e cidadãs. Embora tenha sido presa, você é uma cidadã e

como tal deve ser tratada. Você tem direito a tratamento digno, de forma a não sofrer preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, língua, opinião política ou quaisquer outras formas de discriminação. Você tem direito a não sofrer violência física ou moral, de não ser submetida à tortura nem a tratamento desumano ou cruel. É proibida qualquer forma de coação física (tapas, chutes, socos), moral ou psíquica (palavrões, provocações, ameaças, insultos, humilhações, etc.). Nenhuma autoridade ou servidor penitenciário pode usar de violência física ou psicológica.

Complementa a lista de direitos ali expressos o direito de cumprir pena em estabelecimento distinto daquele destinado aos homens, sendo que a segurança interna nessas penitenciárias deverá ser realizada somente por agentes do sexo feminino. Em atenção às peculiaridades da sua condição feminina, ressalta o direito da presa à assistência material, a receber, sempre que necessite, roupas, cobertas, alimentação adequada, material de higiene e limpeza, além de produtos de uso pessoal, suficientes para que não seja posta em risco sua saúde e integridade física ou moral.

Diferente do que divulga o CNJ, a jornalista Nana Queirós relata que a luta diária das mulheres presas é por higiene e dignidade. O estado não lembra que elas precisam de papel higiênico para duas idas ao banheiro em vez de uma, de papanicolau, de exames pré-natais e de absorventes internos, chegando ao absurdo de utilizarem miolo de pão como absorvente íntimo, por não receberem sequer estes materiais do estado.

O sistema prisional brasileiro é composto por “[...]” masmorras medievais malcheirosas e emboloradas brasileiras, nas quais bebês nascem em banheiros e a comida vem com cabelo e fezes de rato. As prisões femininas do Brasil são escuras, encardidas, superlotadas.[...] Em muitas delas, as mulheres dormem no chão, revezando-se para poder esticar as pernas. Os vasos sanitários, além de não terem portas, têm descargas falhas e canos estourados que deixam vazar os cheiros da digestão humana. Itens como xampu, condicionador, sabonete e papel são moeda de troca

das mais valiosas e servem de salário para as detentas mais pobres, que trabalham para outras presas como faxineiras ou cabeleireiras.”

Aquela cartilha do CNJ, que relata as garantias legais das presas, apresenta taxativamente que a presa tem direito a permanecer com o filho na unidade, enquanto estiver amamentando, sendo-lhe garantida a guarda dos filhos. A eles, enquanto estiverem na unidade, é garantido o atendimento pediátrico.

Ressalta que a presa tem direito de aleitamento ao filho recém-nascido e a garantia constitucional de que seu filho recém-nascido permaneça ao seu lado durante o período de amamentação. Em razão disso, deve existir na penitenciária ala reservada para as mulheres grávidas e para as internas que estão amamentando.

Infelizmente essa não é a realidade retratada pelas presas à jornalista autora do livro *Presos que Menstruam*. Em uma das conversas com as presas, foi-lhe retratado que “nenhuma grávida ou mãe que amamenta tem regalias na cadeia. Em geral, as camas são dadas às mais antigas. Se não contarem com a caridade das demais, as mães têm de dormir no chão com seus bebês. Sim, bebês também vivem em presídios brasileiros[...]. A violação de direitos humanos com relação às gestantes é generalizada”, diz a ativista Heidi. Além disso, os relatos de tortura são comuns mesmo entre grávidas. Um caso chocante é o de Aline, uma traficante que, durante a detenção em Belém do Pará, tomou uma paulada na barriga e ouviu do policial: “Não reclame, esse é mais um vagabundinho vindo para o mundo”.

Ainda, há o caso de “Gardênia, uma traficante com a mente corrompida pelas drogas e a cadeia, é um exemplo vivo de como o Estado ignora gêneros nas prisões do país. Quando foi presa pela última vez, Gardênia estava com uma gravidez avançada. Ganhou no grito o direito de ir a um hospital — muitas mulheres não têm a mesma sorte e precisam dar à luz na cadeia mesmo, com ajuda das outras presas. Gardênia ficou algemada à cama durante boa parte do trabalho de parto e, quando sua filhinha Ketelyn nasceu,

não pôde sequer pegar o bebê no colo. “A vida da presa é assim: não pode nem olhar se nasceu com todos os dedos das mãos e dos pés.” Quem sofre as consequências desse parto-relâmpago até hoje é a menina, que, aos 17 anos, bate a cabeça na parede toda noite até adormecer.”

Os dados do Ministério da Justiça, de 2013 mostram que 36.135 mulheres estão presas no Brasil em um sistema cuja capacidade é para 22.666 detentas. Ou seja, em 2013 já havia uma superlotação de 13.469 presas. Dentre este universo, naquele ano, 345 era o número de crianças viviam no sistema penitenciário brasileiro.

5 O DIREITO À PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA

O Código de Processo Penal prevê [art. 317] que a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

O artigo 318 do mesmo diploma prevê que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Por sua vez, a Lei de Execuções Penais [LEP] - dispõe no artigo 117 que somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

Em que pese a LEP restringir essa benesse aos presos que cumprem pena em regime aberto e o CPP estender este direito àqueles que cumprem prisão preventiva, poderão também os presos, independente

do regime, com vistas aos princípios constitucionais, atendendo aos demais requisitos, serem contemplados com este direito.

Mais do que isso. No acórdão número 857348, classe HC, processo número 0003454-94.2015.8.07.0000, o TJDF, concedeu à presa o direito a prisão domiciliar sob o argumento de que a prisão domiciliar encontra fundamento no artigo 117 da Lei de Execuções Penais e, apesar de ser previsão específica para os condenados que estejam cumprindo pena em regime aberto, o Superior Tribunal de Justiça tem firme compreensão no sentido de admitir a concessão da medida por razões humanitárias ainda que o condenado esteja em regime mais gravoso, atentando-se às particularidades do caso concreto.

Argumentam em defesa do direito pleiteado que a Resolução nº 04/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária prevê que deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as(os) filhas(os) de mulheres encarceradas junto as suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança e que, em que pese a previsão de permanência da criança com a mãe em estabelecimento prisional, esta situação traz riscos à vida e à saúde da infante, e, em atenção ao entendimento adotado pelo STJ, a solução que melhor se harmoniza com as normas aplicáveis à espécie não é a separação brusca e precipitada entre mãe e filho/a, sem que se tenha qualquer notícia de quem será o responsável pela criança, mas a concessão de prisão domiciliar por razões humanitárias.

Além do que, a Penitenciária Feminina do Distrito Federal não possui creche nos moldes determinados pela LEP, que em seu artigo 89 determina a existência de creche anexa ao estabelecimento prisional feminino para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável esteja presa.

O Poder Judiciário de Santa Catarina, por sua vez, emitiu parecer nos autos do processo 422328-2011.4, decorrente ao Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 29/06/11, onde se verifica a péssima condição dos presídios catarinenses, sendo que a única unidade exclusiva para mulheres – Presídio Feminino de Florianópolis -, foi considerado o oitavo pior presídio feminino do país. Naquele ano a população carcerária feminina correspondia a 8% da população total de presos.

O Juiz de Direito Integrante do Núcleo da Execução Penal, da comarca de Joinville, João Marcelo Buch, relata naquele parecer que o Presídio Regional de Joinville, onde à época havia cerca de 150 mulheres encarceradas em espaço anexo ao pavilhão masculino, com aproximadamente 1000 homens encarcerados não havia estrutura de saneamento básico, nem tampouco ambulatório médico, odontológico e farmacêutico. As pessoas que lá estavam não recebiam sequer sabonete ou creme dental. Nas palavras do magistrado, “falta tudo e principalmente respeito, respeito para com o ser humano.”

Traz à discussão a preocupação internacional quanto a situação carcerária brasileira; ressaltando, inclusive, as recomendações recebidas da ONU.

Destaca que “o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana é irrenunciável, não importa a ação praticada. Aquele que perdeu a liberdade não pode perder a saúde, o trabalho, a educação, a cultura, o afeto, a condição humana enfim, sob o risco de reagir com maior violência do que aquela que o colocou na prisão.”

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Silvânio. Habeas Corpus: acórdão n. 857348. Brasília (DF), publicado em 19 de março de 2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/hb-prisao-domiciliar.pdf> . Acesso em: 16 de agosto de 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. In: Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 15 de julho de 2015.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. In: Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2015.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Cartilha da Mulher Presa. 2ª edição. Brasília (DF), 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/publicacoes/cartilha_da_mulher_presa_1_portugues_4.pdf. Acesso em: 11 de julho de 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2. ed. Coimbra: Coimbra, Jul.1997.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. QUEIROZ, Nana. Descubra como é a vida das mulheres nas penitenciárias brasileiras. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/07/descubra-como-e-vida-das-mulheres-nas-penitenciarias-brasileiras.html>. Acesso em: 07 de julho de 2015.

SANTA CATARINA, Poder Judiciário. Encontro Nacional do Encarceramento Feminino. Publicado nos autos n. 422328-2011.4, Florianópolis (SC), 29 de junho de 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; Manual de Direito Penal Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E AS TEORIAS DA “RESERVA DO POSSÍVEL” E “MÍNIMO EXISTENCIAL”

THE JUDICIALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS SOCIAL PROTECTION PRINCIPLE OF DIGNITY AND THEORIES “POSSIBLE RESERVE” E “EXISTENCIAL MINIMUM”

Elizabete Geremias*

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo, uma análise teórica da judicialização dos direitos fundamentais sociais como busca efetiva da garantia do princípio da dignidade humana em contrapartida com as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. Surge daí a problemática de como o Estado poderia abarcar tais obrigações em consonância com a exigência de uma prestação positiva estatal e de que forma estas poderiam ser viabilizadas com intuito de proteção à dignidade humana. Neste contexto, verifica-se a problemática entre a efetividade dos direitos sociais, enquanto normas constitucionais e as possíveis limitações que são impostas e discutidas com fundamentação nas teorias da reserva do possível e o mínimo existencial, sendo de suma importância a verificação do tema, sob o viés da proteção efetiva do princípio da dignidade quando da judicialização de tais direitos. A pesquisa foi realizada pelo método qualitativo, sob o método bibliográfico e dedutivo.

Palavras-chave: Judicialização. Direitos fundamentais sociais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Teorias da reserva do possível e mínimo existencial.

* Advogada; Professora e pesquisadora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho; Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; elizabete.geremias@unoesc.edu.br

Abstract: *This research aims, a theoretical analysis of the justiciability of fundamental social rights as effective search guarantee the principle of human dignity in contrast with the theories of the reservation is possible and existential minimum. There arises the problem of how the state could cover such obligations in line with the requirement of a state positive provision and how these could be made possible to hedge against human dignity. In this context, there is the issue of the effectiveness of social rights as constitutional requirements and possible limitations that are imposed and discussed with grounding in the possible reserves of theories and existential minimum, which is extremely important the issue of verification, under the bias of the effective protection of the principle of dignity when the legalization of such rights. The survey was conducted by qualitative method in the literature and deductive method.*

Keywords: *Legalization. Fundamental social rights. Principle of human dignity. Theories booking possible and existential minimum.*

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por tema a judicialização dos direitos fundamentais sociais como proteção do princípio da dignidade da pessoa humana e as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.

O estudo do presente, se justifica pela necessidade do reconhecimento dos direitos sociais no âmbito do sistema judiciário, com intuito de garantir ao cidadão as condições sociais mínimas de viver com dignidade.

Nesse sentido, o problema da pesquisa decorre do fato de que o Estado muitas vezes não cumpre sua obrigação em fornecer as prestações sociais mínimas, fundamentando-se na prerrogativa de que os recursos são insuficientes para suprir as demandas judiciais. Desta forma, busca-se

analisar quais são os possíveis limites das obrigações que devem ser cumpridas pelo Estado e de que forma estas poderiam ser viabilizadas.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar de que forma a judicialização dos direitos fundamentais sociais poderá promover a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana nas demandas judiciais que pleiteiam as condições mínimas de direito da coletividade. Quanto aos objetivos específicos, primeiramente, busca-se analisar a teoria da reserva do possível e do mínimo existencial; posteriormente, apresentar o conceito de dignidade da pessoa humana para o ordenamento constitucional, e, ao final, associar o princípio da dignidade da pessoa humana à judicialização, demonstrando de que forma pode ser efetivado por meio desse mecanismo.

A pesquisa foi realizada pelo método qualitativo mediante estudo de caso, isto é, retrata a análise específica da judicialização como ferramenta de efetivação da dignidade da pessoa humana. Para tanto, foram realizadas pesquisas em sites especializados, bibliografias voltadas para a temática e, também, pesquisas em artigos de Anais e Congressos de eventos.

A síntese do que será apresentado se reflete na análise da justiciabilidade dos direitos sociais, sendo que, se trata de um direito de todos, cujo o dever prestacional é do Estado, conforme norma constitucional. Não obstante, cabe assim, ao Poder Público assegurar o “mínimo essencial” ao ser humano, com intuito de assegurar uma vida digna, diante de possíveis omissões do Poder Legislativo e Executivo, tudo isso, repercutindo na afirmação da proteção ao Princípio da Dignidade Humana.

2 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

O embate em relação a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, evidencia pontos recorrentes, e de real importância acerca dos apontamentos da “Teoria da Reserva do Possível”, em contrapartida com a “Teoria do Mínimo Existencial”. Nesse sentido, pode-se dizer que são teses

polêmicas, abarcando conjuntamente a discussão no que diz respeito à um controle judicial das políticas públicas, pois a Constituição Federal de 1988 pontuou de forma salutar o reconhecimento dos direitos individuais e também sociais, bem como à concretização dos ditos direitos fundamentais.

No que diz respeito, a “Teoria da Reserva do Possível”, pode-se conceituar esta, ainda que de forma simplista, como uma condição de realidade que determina que um direito fundamental social só poderia ser/ estar sendo efetivado, mediante a existência de recursos dos poderes públicos para tal providência, sendo que o direito fundamental social encontraria na Teoria da Reserva do Possível um certo condicionamento à sua eficácia, e esta concepção de restrição ao direito deveria ter sua racionalidade jurídica questionada e avaliada.

Um dos argumentos que é utilizado no que tange a oposição da judicialização dos direitos sociais se manifesta quanto há uma escassez de recursos públicos, o que impossibilita o acesso individual de todos os cidadãos. Dessa forma, seria necessária a previsão dos gastos, com o intuito de satisfazer o maior número de pessoas conforme as dotações orçamentárias existentes.

Para os defensores acerca de referida teoria, quando há a judicialização dos possíveis direitos fundamentais sociais, devem ser consideradas a escassez de recursos e as infinitas necessidades, pois o sistema financeiro seria composto por vasos comunicantes. Logo, gastar verbas em demasia poderia ocasionar prejuízo para outros setores, razão pela qual existem recursos orçamentários mínimos destinados ao plano de ação social (SCAFF, 2010).

Sobre a reserva do possível, Sarlet (2006, p.301-302) destaca uma dimensão tríplice, que deve ser analisada:

A reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos,

que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

No que tange a problemática referida, afirmam ainda Sarlet e Molinaro (2010/2011. p. 78), que a pergunta que se pode fazer nesse sentido é que “São os direitos que têm custos, ou é o custo uma consequência do cumprimento dos deveres do Estado?”.

Todavia, a teoria da reserva do possível encontra resistência já que os direitos sociais estão interligados no sentido de trazer uma forma de proteção para toda coletividade (no viés de promoção), sob uma ótica preferencial, pela ênfase que é emprestada às políticas sociais e econômicas para a prevenção dos riscos, proteção e recuperação. A preservação da vida do ser humano, enquanto ser de direito, é uma preocupação constante, assim, em decorrência da necessidade, buscou-se no decorrer da evolução social uma proteção do indivíduo, garantindo o amparo frente às adversidades da vida.

Ocorre que nem sempre essa proteção é efetiva, tanto por parte da sociedade quanto do Estado, ficando então os indivíduos desprotegidos e desamparados. Nesse sentido, os direitos humanos devem trazer esse caráter de serem positivados axiologicamente como “direitos fundamentais do homem”, em busca da proteção da dignidade humana, visto esta como um fundamento normativo universal sólido, e irreduzível de to-

das as declarações concretas de direitos humanos e de todas as constituições dos Estados democráticos de direito.

Dentro da dinâmica apresentada, corrobora Schwarz (2013, p.58), quando enfatiza que a ideia da reserva do possível só se justificaria se o Estado demonstrar que está fazendo o máximo de força, em todos os campos: financeiro, pessoal, tecnológico, entre outros, até o máximo possível, no sentido de priorizar os grupos mais vulneráveis. No entanto, a teoria da reserva do possível é trazida como forma de fundamentação, no sentido de impedimento de uma possível intervenção judicial, e até como forma de proteger a omissão do Estado quando da efetivação dos direitos fundamentais (SARLET, 2007).

Em razão dessa busca pela efetivação dos direitos fundamentais, a Constituição Federal nos acena para o futuro, sendo este colocado como uma garantia formal ou, pelo menos, promessa da construção de um Estado social livre, robusto e independente. No entanto, para que estes direitos sejam enfim concretizados, faz-se necessária de fato a ação positiva do Estado por meio de políticas públicas (STRECK, 2002).

Por esse viés, diante da ausência ou ineficácia das políticas públicas vigentes, considerando nesse sentido o caráter principiológico da nossa própria Constituição federal, os direitos fundamentais sociais teriam uma eficácia automática, ou seja, distinguidos como um direito subjetivo individual de pleitear, de maneira imediata essa proteção por parte do Estado.

3 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos sociais, e o que se espera deles, está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, logo, claro está que estes são inerentes à toda uma sociedade, no que tange ao núcleo lógico e direto, em suma, na sua essencialidade, como direitos de prestação.

Pode-se dizer assim, que estabelecer esse mínimo existencial é estabelecer os limites impostos pela Constituição como garantias sociais mínimas aos indivíduos para que tenham realizada a sua própria dignidade, o que deve ser de fato protegido pela intervenção estatal. É proteger o ser humano em si.

Construir uma sociedade livre, justa e solidária, desenvolvendo o País, com a eliminação da pobreza, marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no art. 3º da Carta de 1988, tão grande é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social (PIOVESAN, 2013).

Dentro dessa expectativa, há um embate entre a “teoria do mínimo existencial” e a “teoria da reserva do possível”. Assim vemos tensionadas, as categorias da dogmática constitucional, tais como as noções de “mínimo existencial” x “reserva do possível”, “ativismo” x potestade da jurisdição (“poder-dever”), entre outras que se apresentam como desdobramentos atuais das fronteiras entre o postulado moderno da “separação de poderes” e o imperativo contemporâneo do progressivo “controle judicial” da ação política (SCHWARZ, 2013, p. 5).

Proporcionar a cada pessoa o indispensável para que ela possa viver com dignidade (dentro de uma perspectiva individual), é trazer esse mínimo existencial, devendo esta ser compreendida sob uma perspectiva relacional e comunicativa, sendo caracterizada com categoria da co-humandade de cada ser humano.

Sendo verdadeiros direitos fundamentais, pautados no “mínimo existencial”, que corresponde ao conjunto mínimo de bens materiais imprescindíveis para a existência humana em condições decentes, ou seja, ao próprio núcleo material da dignidade humana, estes direitos estão al-

bergados por um princípio de irreversibilidade, que, concomitantemente, veda o retrocesso social e exige, em relação aos direitos sociais, progressividade, desautorizando a postergação indefinida da satisfação dos direitos sociais pelo Estado. Nesse sentido, é o que afirma Sarlet (2011, p. 141):

O que satisfaz o mínimo existencial guarda relação com necessidades físicas e psíquicas que, embora comuns às pessoas em geral, não podem levar a uma padronização excludente, pois o que o direito à saúde assegura — mesmo no campo dos assim designados direitos derivados a prestações (!!!), não é necessariamente o direito ao tratamento limitado a determinado medicamento ou procedimento previamente eleito por essa mesma política, mas sim, o direito ao tratamento para a doença.

A Constituição Federal, determina que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação direta e imediata, assim, pode-se dizer que Estado deve garantir o mínimo existencial, com aplicação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Bobbio (1992, p.12), “aponta que o os direitos fundamentais, de nada serviria se não fossem efetivados.”

Resta claro que os direitos sociais são essenciais para o bom desenvolvimento social. Essas necessidades fundamentais são determinadas pela sociedade e está intimamente relacionada à vida e à dignidade da pessoa humana. Por este motivo, pela perspectiva objetiva, estes direitos serão caracterizados como núcleo axiológico da Constituição. Deixar de atendê-los pode causar na sociedade um sentimento de injustiça, e nesse sentido, compreender a noção de mínimo existencial será essencial para exigir tais prestações do Estado de forma razoável.

Por esta razão, e aqui diga-se, em especial “razões orçamentárias”, por si só, não pode ser considerada como argumento suficientemente forte para a remoção do imperativo da efetivação dos direitos sociais, relacionadas ao mínimo existencial e dignidade humana, esse núcleo mínimo absolutamente protegida contra a qual não cabem quaisquer limita-

ções. Nesse contexto, parece-nos claro que a materialidade do princípio da dignidade humana assenta-se sobre o denominado “mínimo existencial”.

O núcleo fundamental de tal conceito (mínimo existencial) é o fato de que a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Esta existência deve ser digna, muito além da mera sobrevivência física e do limite da pobreza absoluta. Como exemplo, o óbvio: não deixar alguém sucumbir pela fome não é o suficiente. O indivíduo necessita de conhecimento para a fruição de todos os direitos fundamentais de forma a se desenvolver plenamente, foco este que pode ser dado primeiramente pelas condições básicas de vida como moradia, saúde e complementado pela educação.

Para Habermas (2013), a violação da dignidade humana, possui uma função de descoberta, no sentido de conduzir à uma fundamentação dos direitos e na própria construção de novos direitos fundamentais. A dignidade humana seria como a fonte moral da qual se nutrem os conteúdos de todos os direitos fundamentais (direitos sociais básicos). “A dignidade é fundamentada no respeito mútuo.” (HABERMAS, 2004, p.33).

Os direitos sociais estão protegidos constitucionalmente (núcleo essencial desses direitos), logo cabe ao Poder Público, preservar o mínimo existencial aos cidadãos, como forma de proteção à dignidade humana.

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA

A Constituição Federal de 1988 é um dos marcos quando traça-se um período dentro da história político-jurídica do País, no que tange à democracia brasileira, trazendo como um dos princípios fundantes, o princípio da dignidade humana. Todas as pessoas possuem diferenças físicas, nenhum ser humano é igual ao outro, diferenças essas no contexto biológico, histórico, culturais entre outros, mas todos possuem o direito ao mesmo respeito e tratamento. (COMPARATO, 2008).

Nesse sentido, conceitua-se que os princípios, amplamente defendidos e comentados, no caso, a dignidade humana, são tidos como verdadeiros alicerces, e, por essa razão tem caráter normativo, destinados não somente a tornar compreensível a ordem jurídica, mas, também, à servir como fundamento para a interpretação e até mesmo para a própria criação de normas legais, estruturando os sistemas jurídicos e encontrando respaldo para se estabelecer uma organização.

A dignidade é uma característica intrínseca e inerente ao homem, que o define como tal, pois é esta condição humana, que independentemente de qualquer particularidade torna a pessoa titular de direitos que devem ser respeitados por todos, em especial pelo Estado. Essa dignidade humana se manifesta pela própria habilidade que o ser humano possui como ser racional e autodeterminante (KANT, 2007).

A partir de 1945, a expressão dignidade humana, e nesse sentido, de real supremacia, aparece em importantes textos jurídicos, como por exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos do homem, no artigo 1º (1948), proclamando que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos; outro exemplo, a Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena (1993) onde discutiu-se que todos os direitos humanos têm sua origem na dignidade e no valor da pessoa humana; e, na própria Constituição Federal do Brasil (artigo 1º, III) traduzindo o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

Sobre os direitos fundamentais e as normas que regulamentam as sociedades democráticas, Habermas corrobora no sentido que:

[...] os direitos à liberdade *possibilitam* o processo de positivação do direito, sem regulá-lo, [...]. Os direitos de determinação recíproca *regulam* o processo de positivação do direito e têm peso decisivo como condições constitutivas. Os direitos sociais de participação, ao contrário, têm só um peso condicionado. Eles são “só relativamente fundamentais”, as implicações desses direitos desenvolvem-se e se tornam relevantes, quando o estado de direito se transforma em estado social. (LOHMANN, 2013, p. 91).

Nesse sentido, por ser um valor tão supremo, a dignidade humana necessita de proteção do Estado que, através de seus poderes de atuação, deve criar mecanismos para a sua promoção e inclusão social. Destarte, Sarlet (2007, p. 6), ressalta que:

[...] 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 a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. A dignidade 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.”

É importante destacar que entre os direitos fundamentais e os direitos humanos existem premissas que devem ser conhecidas para não causarem confusão entre ambos. Os direitos humanos são positivados em ordem internacional, como tratados e convenções, já os direitos fundamentais são positivados na ordem jurídica interna, como a Constituição e leis nacionais.

Se a dignidade é um valor inerente da pessoa humana, a dignidade não pode sofrer violações, pois se trata de um valor insubstituível, portanto, como valor normativo fundamental resguardado pela nossa Carta Magna atrai o conteúdo de todo rol de direitos fundamentais do homem e está garantida também em outros instrumentos de grande importância.

A revolução industrial, momentos de guerras passadas, trazem passagens, dentro desse conceito histórico, do próprio ferimento da dignidade humana. Portanto, fez-se necessário trazer instrumentos que protegessem essa dignidade. Nesse sentido, o Tratado de Versalhes (1919) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos são exemplos dessa inser-

ção da ideia de dignidade da pessoa humana dentro do mundo jurídico, ou seja, meios de proteção à essa dignidade. Tanto é, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um normativo ampliado garantidor dos direitos individuais e sociais fundamentais, norteando portanto alguns países dentre esses rol de direitos, inclusive no Brasil.

Por isso, Habermas tem apenas um conceito de direito e entende sobre ele:

“[...] o moderno direito normativo, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição”. Em decorrência direta dessa posição básica, ele tematiza os direitos humanos “[...] de antemão como direitos no sentido jurídico”, isto é, só na forma de direitos legais fundamentais. (LOHMANN, 2013, p. 90).

De acordo com Piovesan (2004, p. 146), traça, em sua análise ponto crucial no que diz respeito aos instrumentos de proteção, “A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais”.

A dignidade da pessoa humana encontra-se ligada diretamente aos direitos fundamentais, por meio de aspectos individuais, sociais e políticos. É um conjunto de garantias que visam salvaguardar a subsistência física, a liberdade do ser humano e a proteção deste aos atos degradantes, objetivando condições mínimas para uma vida saudável, sendo, por isso, certo que o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana vai muito além de valor ético e moral. Neste pensar, a dignidade seria algo pertencente a cada um, assim não se pode ser perdida ou alienada, já que não haveria mais limites a serem respeitados.

Como atividade de prestação do Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações, tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção desta. Em especial do sentido de criar condições que possibilitem o pleno exercício e fruição des-

ta, sendo então dependente da ordem comutária, já que há de se buscar até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade (SARLET, 2005).

Assim, é que a nossa própria Constituição Federal, ainda que de forma impositiva, coloca ao Estado no que diz respeito quando há realização dos direitos fundamentais, no sentido real da dignidade humana, constituído tal como valor superior dentre outras normas, em todo ordenamento jurídico.

Se os direitos sociais não puderem ser concretizados, haverá bruscamente prejuízos ao princípio da dignidade humana, como núcleo de proteção ao mínimo existencial. Logo, dentro de tal contexto, se o princípio da dignidade humana não for respeitado, o ser humano, enquanto sujeitos de direitos, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e reais injustiças.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Quando fala-se da judicialização dos direitos sociais, e daí conjuntamente a atuação do Poder Judiciário, por ser tratar de direitos com natureza prestacional, verifica-se a discussão entre os três poderes, distinções sobre a questão de orçamentos e ainda as políticas públicas, como forma de discutir a própria ação conjunta do poder Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, é que a teoria da “reserva do possível” quando trazida como argumento para negatização dos direitos sociais, devem ser especificamente demonstrada, pela administração, na ausência da efetivação dos direitos sociais.

A ideia da reserva do possível só se justificaria se demonstrar que está fazendo o máximo de força, em todos os setores e até o máximo possível, no sentido de priorizar toda sociedade. Assim, é, que quando se discute referida teoria, e em razão ainda das políticas públicas, deve-se proceder uma análise mais efetiva e distintiva quanto o ponto orçamentário, e a própria execução de tais prestações dentro desse orçamento.

Habermas discorreu acerca da “universalização” desses direitos humanos, e dentre estes, a própria dignidade humana. Este trouxe que cabe ao Estado nos garantir o “mínimo existencial”, como forma de proteção e eficácia da própria dignidade. Essa dignidade humana é um bem inalienável, que não pode ser objeto de transação ou renúncia por seu portador.

Colaborando com o acima exposto, sustenta ainda Habermas *apud* Sarlet (2005, p.22), que é preciso salientar que o reconhecimento da dignidade como valor próprio de cada pessoa não resulta, pelo menos necessariamente em uma biologização da dignidade, no sentido de que esta seria como uma qualidade biológica e inata da natureza humana, ou seja, geneticamente pré-programada, tal como por exemplo, características físicas. Dentro dos limites da atividade dos poderes públicos, a dignidade seria algo pertencente a cada um, assim não pode ser perdida ou alienada, já que não haveria mais limites a serem respeitados.

Como atividade de prestação do Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações, tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção desta. Em especial do sentido de criar condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo esta dependente da ordem comutária, já que há de se buscar até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente sua necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade.

Deste modo, que o simples argumento da falta de dotação orçamentária não bastaria para a negativa da judicialização dos direitos

fundamentais, já que cabe ao Estado, no sentido de “obrigação” (dever prestacional), garantir a aplicabilidade dos próprios direitos fundamentais sociais, no sentido de norma, e como também direito fundamental.

Cabe ao Poder Judiciário, quando do levantamento argumentativo da “reserva do possível”, trazer e analisar concretamente a impossibilidade de prestação de um direito social, já que no caso da judicialização de tais direitos, pode este mesmo poder, efetivar um direito social que foi omitido e que possui proteção na nossa atual Constituição Federal. Nesse momento, há a necessidade de retornar a questão da dignidade humana, como um “mínimo existencial” para cada pessoa, como indivíduo.

O valor dessa dignidade, parece suficiente para medir este mínimo, em especial quando, na questão orçamentária o que realmente pesa são, simplesmente, opções, não podendo questões orçamentárias impedir a viabilização de tais direitos sociais, *quiza* trazer critérios seletivos de atendimento para garantir o acesso universal a todos os cidadãos, sob pena de ferir o princípio da dignidade humana.

A ideia trazida por Habermas, no tocante a dignidade, é que a vida não é somente o primeiro e fundamental direito a ser protegido pela lei; é, mais, a própria condição primária de possibilidade de quaisquer outros direitos. Desenvolve-se, assim, o conceito de supremacia absoluta da vida humana, vida que, para ser entendida como tal, deve ser digna.

É certo que a reserva do possível deve ser analisada em seu caso concreto, mas não pode ser motivo que justifica a *prime facie* a não possibilidade de abrangência dos direitos sociais, pois assim estar-se-ia ferindo o mínimo existencial, condição está imposta constitucionalmente pelo Estado para se viver dignamente, fundado em consonância com o princípio democrático, que tem como base a inclusão social e os direitos da cidadania.

6 CONCLUSÃO

A partir da presente pesquisa é possível concluir que a situação da judicialização dos direitos fundamentais sociais é positivada pelas teorias da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”, levando-se em conta a ideia de um orçamento mínimo aliado às políticas públicas, para o estabelecimento das “garantias sociais mínimas” à toda coletividade.

Sem dúvida, os direitos sociais que podem ser pleiteados pela própria sociedade, devem ser passíveis de justiciabilidade, isto é, devem ser garantidos pelo Poder Público, tendo por base a inclusão social. Além disso, observou-se que entre o contraditório da reserva do possível e da capacidade de investimento social do Estado por meio do mínimo existencial, a realização dos direitos sociais depende da capacidade financeira do Estado, onde, o mínimo existencial representaria o limite para a negativa do dever prestacional do Estado.

No entanto, a simples alegação de possível escassez de recursos e o atendimento da soma fixada na Constituição, ou seja, da reserva do possível não poderia justificar a omissão estatal na área da efetivação dos direitos fundamentais, tendo assim, que demonstrar de forma preliminar, a eficiência da administração pública, por meio de uma maximização dos recursos, a efetiva indisponibilidade total ou parcial desses e o não desperdício dos fundos existentes, sob pena de ferir de forma concreta o princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 8. ed. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

HABERMAS, Jürgen. O Futuro da Natureza Humana. A caminho da eugenia liberal? Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Editora 70 Ltda., 2007.

LOHMANN, Georg. As definições teóricas de direitos humanos de Jünger Habermas: o princípio legal e as correções morais. Tradução Clélia Ap. Martins. UNESP, Marília: 2013. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/view/2935/2258>>. Acesso em: 21 set. 2015.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana... Ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação Antônio Augusto Cançado Trindade. 14ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf >, acesso em: 21 set. 2015.

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____; MOLINARO, Carlos Alberto. Democracia: separação de poderes eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro. Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). A eficácia dos direitos sociais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHWAR, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no estado democrático de direito. São Paulo: Ltr, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2002.

DIFICULDADES DE CONCREÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Fábio Biasi Pavão*

Resumo: O presente artigo objetiva analisar o direito à saúde no Brasil, sua conceituação e evolução ao longo das constituições pátrias, bem como sua dificuldade de efetivação dentre a população brasileira. Para tanto, necessária a compreensão dos motivos que impedem a efetivação plena do direito à saúde, na forma como seu conceito evoluiu ao longo do tempo e faz-se presente atualmente. Nesse aspecto, explicitam-se diferenças entre judicialização e ativismo judicial, ambas ferramentas que passam a ser meio de solução para os indivíduos que não tem seu direito à saúde satisfeitos. Analisa-se nesse artigo a possibilidade de efetivação do direito à saúde por meio da atuação do particular, proporcionando a concretização do direito por meio da iniciativa privada que visa o lucro. Quer também analisar aqui a responsabilidade que a família tem na efetivação do direito à saúde, que deve ser balanceada com a responsabilidade do Estado para com seus cidadãos.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Teoria da justiça. Justiça distributiva. Ativismo judicial. Judicialização

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O direito fundamental à saúde é considerado um direito de segunda geração de direitos humanos, vez que seu conteúdo objetiva a igualdade do coletivo.

No entanto, nossa Constituição também estabelece o direito à saúde como um direito fundamental indissociável da vida, no art. 5º, caput.

* Aluno de Mestrado em Direitos Fundamentais da UNOESC, Especialista em Direitos Constitucionais e Direitos Humanos pela UNOESC, graduado em Direito pela UNOCHAPECO, advogado. E-mail: fabiob@unochapeco.edu.br

A análise dos arts. 194, 196 e 198, da Constituição Federal, conjuntamente, permite interpretar que a saúde no Brasil tem cobertura universal, acesso igualitário a todos, atendimento integral. Também deve priorizada a prevenção.

É prescrito também no art. 6º, da Constituição Federal, e considerado imediatamente como um direito social, direcionado a todos os indivíduos.

A saúde é uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade humana. Tem essa importância porque é requisito básico para o bem estar do indivíduo, como também sua própria sobrevivência, seja digna ou absoluta.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabeleceu o direito à saúde, no art. XXV, quando expressamente afirma que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar [...]”.

Ocorre, entretanto, no Brasil uma dificuldade no acesso à saúde pelas vias administrativas, vez que o Estado alega não dispor de recursos suficientes para o atendimento de todas as demandas.

Os recursos que o Estado destina à saúde anualmente são bastante limitados, enquanto a necessidade do povo para ter acesso à saúde é infinita.

Existem tratamentos caríssimos que, se fossem estendidos a todos os cidadãos, sem avaliar a gravidade dos casos, poderiam comprometer a economia do Estado verdadeiramente.

A discricionariedade do legislador então é quem vai definir o quanto será destinado à saúde, e qual outro setor será beneficiado ou terá seu orçamento suprimido para que esse direito fundamental possa ser protegido ou não.

Entretanto, o convívio social demonstra-nos cotidianamente que o Estado investe menos do que poderia na área da saúde, vez que se sabe

que há gastos questionáveis na seara da cultura, entretenimento e outros direitos sociais que se secundarizam diante da importância da saúde.

Não obstante, o Brasil não desenvolve políticas de arrecadação de impostos que visem grandes fortunas, bem como existe um claro déficit entre o que poderia ser arrecadado de imposto de renda e o que de fato ocorre, oriundo de uma sonegação quase que generalizada.

Razões como essa fazem crer que há a possibilidade de a saúde, tanto como um direito fundamental social ou como um direito do indivíduo, estar sendo limitada pelo Estado não por escassez absoluta de recursos, mas por falta de uma vontade política de se cumprir o disposto na Constituição Federal da forma mais ampla possível.

Por outro lado, existem posicionamentos acadêmicos que colocam a família como responsável pela saúde dos entes familiares, deixando de caber integralmente ao Estado a obrigação de efetivação do direito fundamental à saúde.

Há também a liberdade de mercado que permite que, no cenário atual, a prestação de serviços a saúde, e então efetivação do direito fundamental à saúde, tenha como atores empresários que a façam visando lucro, mercantilizando um direito que é essencial ao mínimo existencial.

Nessa seara, surge então a discussão sobre a judicialização do direito à saúde e o ativismo judicial decorrente dessa situação.

Se o executivo não opera satisfatoriamente objetivando a satisfação do direito fundamental à saúde, caberia ao judiciário essa tarefa de imposição? Quando o cidadão vê seu direito negado administrativamente, demanda individualmente no judiciário objetivando a satisfação do seu direito à saúde.

Por um lado, o judiciário quando demandado pode avaliar a situação fática de uma forma que o Sistema Único de Saúde nem sempre se propõe a fazê-lo. Ocorre, no entanto, que o judiciário pode vir a colocar a

frente das políticas do executivo os direitos desse indivíduo demandante, colidindo com a vontade do outro Poder.

Para tanto, a presente pesquisa dedica-se inicialmente a analisar a conceituação da saúde, como requisito ao entendimento do conceito de “direito à saúde” e sua importância no ordenamento e na sociedade.

2 DEMARCAÇÕES CONCEITUAIS DO DIREITO À SAÚDE

A conceituação da saúde alterou-se ao longo do tempo, baseada na relação que existiu entre ela e os aspectos culturais, sociais e políticos de cada época.

Entre 129 e 200 d. C., Galeno de Pérgamo conceituou a saúde como o equilíbrio existente entre as partes primárias do corpo. Para Galeno, a existência do estado de saúde ou de doença era um resultado da alimentação e do modo de vida do ser humano. (p. 01, Rebollo)

Na idade média, compreendeu-se a saúde como um desequilíbrio do organismo humano decorrente de influência externa, seja ela ambiental, astrológica, animal ou originária das mudanças climáticas naturais. (BARATA, 1985, p. 51)

A saúde desde então passou a ser compreendida como ausência de doença, o que apenas foi modificado em 1946, quando a saúde foi definida, na Constituição da Organização Mundial da Saúde, como “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente ausência de doença ou enfermidade” (1946, p. 01).

A saúde pública no Brasil é constitucionalmente prevista no art. 196 da Carta Magna, que a define como

[...] um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A conceituação mais ampla da saúde, ou mais fidedigna com o que se espera de saúde em termos de dignidade humana, proporciona embasamento necessário para a luta de sua efetivação como direito fundamental.

Aceitar a saúde como substantivo que vai além da descrição do estado de ausência de doença, mas que compreende bem-estar em sua forma mais ampla, impõe ao Estado uma responsabilidade ainda maior do que uma análise mais singela poderia trazer com a leitura do texto constitucional.

Diante das breves considerações conceituais sobre a saúde, cumpre então analisar a situação de efetivação do direito à saúde no Brasil.

3 BREVE PANORAMA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A concepção hoje existente do que é direito à saúde sofre influências desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, quando foi concebido como um direito humano universal, que deveria ser recepcionado no ordenamento de todas as nações.

Fora citado, no entanto, já em 1947, quando, no Código de Nuremberg (1947), visou-se proteger a saúde nas situações de experimentações científicas. Naquela ocasião, firmou-se que o paciente precisaria saber dos riscos aos quais sua saúde estaria sendo exposta antes de se submeter à experiência.

Além desses, o Brasil ratificou diversos compromissos em documentos internacionais que contribuíram na construção do direito à saúde: Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966; Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial, 1968; Declaração de Alma-Ata, 1978; Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação

contra as mulheres, 1979; Convenção contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, 1984; Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, 1985; Carta de Montes Claros, 1985; Declaração de Adelaide, 1988; Convenção sobre os direitos da criança, 1989; Declaração de Caracas, 1990; Declaração de Innocenti, 1990; Declaração de Lisboa sobre a ética da urgência médica, 1990; Declaração de Sundsvall, 1991; Declaração de Santafé de Bogotá, 1992; Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, 1994; Carta de Ottawa, 1996; Declaração de Jacarta, 1997; Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos, 1997; Carta do Rio de Janeiro, 1999; Carta de Salvador, 2000; Pacto Nacional: Um mundo pela Criança e o Adolescente do semi-árido, 2000; Declaração do México, 2000; Declaração da cúpula do milênio das nações unidas, 2000. (Lemos, 2012, p. 50)

A evolução do direito à saúde, através da evolução da Constituição e ratificação de compromissos internacionais, leva à necessidade de obrigações negativas e positivas por parte do Estado. Como direito positivo, impõe que haja obrigações estatais de não prejudicar a saúde e não negligenciar o atendimento aos cidadãos, visando a proteção à saúde em sua forma mais ampla.

Alexy (2006, p. 450) ensina que há direitos à prestações do Estado que não se caracterizam como um direito fundamental social. Para o autor, alguns direitos exigem ações do Estado que sua efetividade não pode ser condicionada à maioria parlamentar, conceituação adequada ao direito à saúde.

Sarlet (2011, p. 270-271) afirma que a aplicação imediata às normas definidoras de direitos fundamentais estende-se aos direitos sociais. Se não garantem um direito subjetivo ao demandante do direito, é inegável que contam com certo grau de eficácia e aplicabilidade.

Gesta Leal (p. 187, 2010) ensina que a saúde é uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade da vida humana, e esse princípio deve ser

a base de interpretação de todas as normas do sistema jurídico. Caracteriza como não válidas as normas que não sejam concordantes com esse princípio.

Trata-se de uma condição parametrizante do mínimo existencial, porque é indispensável a uma vida social justa, livre e solidária, à garantia do desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e promoção do bem estar geral. (Leal, p. 187, 2010)

A saúde é portanto uma condição do mínimo existencial, que é indispensável à sociedade que objetiva ser livre, justa e solidária.

Considera no entanto Leal (p. 188, 2010) que para se alcançar a efetivação da saúde é necessário determinar quem efetivamente precisa do auxílio do Estado para prover suas demandas, vez que a saúde é financiada com recursos do orçamento da seguridade social, União, Estados e Municípios.

Tal entendimento fundamenta-se na ideia de que, atendendo a todos que demandando saúde ao Estado, pode-se esvaziar a possibilidade de outros que ainda não demandaram tal direito e tenham necessidades maiores, e de mais difíceis satisfações, do que aqueles que a buscaram primeiro, quando ainda havia recursos.

Disso deriva a necessidade de critérios para atendimento. Cumpre destacar que esse entendimento toma por base a escassez de recurso para o atendimento à saúde.

Feitas as considerações supra, importante a análise e evolução da abordagem das Constituições brasileiras quanto à saúde.

3.1 A SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

As menções à saúde na primeira Constituição Brasileira (Constituição de 1924) limitaram-se a dispor, no art. 174, XXIV, que “*Nenhum gênero de trabalho, de cultura, industria ou commercio pôde ser prohibido, uma*

vez que não se oponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.” Estabelecia também que eram garantidos os socorros publicos.

Na Carta de 1934 foi exposto um interesse maior com seu conteúdo humano, sendo inseridos no texto dispositivos que buscavam atenuar desigualdades sociais. Foi estabelecido nessa Constituição que competiria concorrentemente à União e Estados *cuidar da saúde e assistência públicas*. Também dispôs como obrigatório o *amparo à maternidade e à infância*.

Na Carta de 1946 a saúde passou a ser tratada não como merda responsabilidade para tratamento e prevenção de doenças, mas sim como uma prática social a ser trabalhada de forma mais abrangente. Foi inserido no texto a garantia aos trabalhadores de *assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva*”.

Em 25 de julho de 1953 foi criado o Ministério da Saúde, que, em seus primeiros anos, contou com recursos muito limitados que o impediam de atingir seus objetivos.

A instauração da Ditadura Militar em 1964 fez com que os recursos ao Ministério da Saúde fossem diminuídos, bem como mudou o entendimento de saúde para que tivesse uma atenção individual, ao invés de ser vista como um fenômeno coletivo. O atendimento público à saúde foi então precarizado, na medida em que surgiram hospitais particulares (CARVALHO, 2013, p. 01)

As Constituições de 1967 e 1969 tiveram como características a grave negligência a direitos individuais, nos quais pode se incluir a saúde. Não houve quaisquer melhorias ou expansão desse direito.

Também em 1969 a Emenda Constitucional nº I, em seu art. 25, §4º, determinou que os municípios aplicassem seis por cento do repassa da União a título de fundo, o que garantiria a participação dos municípios na receita da União destinada à saúde (CARVALHO, 1997, p. 76).

A 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 17 de março de 1986, foi um momento histórico para mudanças na saúde do Brasil. Passou

a ser debatido nessa ocasião o direito à saúde como um direito humano. Ao final da Conferência, restou definido que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado, por meio de condições dignas de vida, do acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, a todos os seres humanos que estiverem no Brasil (2009, p. 16).

As diretrizes foram seguidas pela Constituição de 1988, mas o relatório produzido na referida Conferência já demonstrava que as mudanças necessárias não seriam materializadas com o advento da nova Constituição, mas sim através de políticas públicas eficientes.

Estabeleceu-se então no texto constitucional de 1988 que “ A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal de igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.”, na redação do Art. 196.

Considerado o cenário exposto, importante ser analisada a efetivação do direito à saúde, quando negligenciado pelo Poder Executivo. Surge nesse contexto a importância da judicialização de demandas e do ativismo judicial.

4 MEIOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização é definida por Barroso como o fenômeno que permite que questões de grande repercussão política ou social sejam decididas por órgãos do Poder Judiciário ao invés das vias tradicionais. Ocorre aí a transferência do poder oriunda do Executivo para o Poder Judiciário, o que gera profunda alteração na interpretação, argumentação e participação social quanto aos temas. (2012, p. 03)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a magistratura viu-se fortalecida e tornou-se um poder político apto a impor as leis e a

Constituição. Segundo o autor, a revitalização da cidadania, que qualificou o incentivo à informação e consciência de direitos aos populares, fez com que aumentassem as demandas aos juízes e tribunais (2012, p. 03).

Outra causa compreendida pelo referido autor para intensificação da judicialização foi o aumento da abrangência da Constituição Federal, que incorporou o tratamento de matérias que antes eram destinadas para o processo político majoritário e legislação infraconstitucional.

É perceptível pela definição trabalhada pelo autor, bem como pelas causas que estabelece para a judicialização, que a compreende como uma decorrência da vontade do constituinte, e não do judiciário. Nota-se claramente na obra de Barroso que suas inferências ao tema consideram a Constituição de 1988 e suas alterações que estabeleceram maior influência do Judiciário na sociedade brasileira como causas para a judicialização.

Para Barroso (2012, p. 06), o ativismo judicial relaciona-se a uma ideia de atuação do judiciário “mais ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Caracteriza-se então por promover a aplicação direta da Constituição em casos que não previam expressamente essa interpretação, bem como também pela declaração de inconstitucionalidade de “atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição. Por fim, caracteriza também o ativismo judicial pela imposição de atuação ou abstenção do Poder Público em matérias de políticas públicas.

Sobre o termo “ativismo judicial”, sabe-se que é utilizado de forma bastante diversificada na academia. Strapazzon, Goldschmidt (2013, p. 584), destaca diversas formas distintas que a referida expressão tem sido utilizada em obras científicas.

Segundo Leal (p. 13, 2010), a expressão “ativismo judicial” ganhou força nos Estados Unidos em 1947, quando foram analisados casos julgados por 9 membros da Suprema Corte norte-americana.

Seguindo o escopo da análise do termo sob o ponto de vista do direito norte-americano, cumpre relacionar algumas formas de conceituação que Strapazzon, Goldschmidt (2013, p. 585) colaciona.

Para o autor, e de forma bastante sucinta, o termo ativismo tem sido utilizado na doutrina norte-americana de forma relacionada a decisões judiciais que anulam escolhas legislativas ou administrativas, quando juízes anulam decisões discricionárias dos demais poderes; a decisões judiciais que não observam os precedentes jurisprudenciais; em decisões que tem efeito de norma geral, ou seja, decisões que geram efeitos *erga omnes*; a decisões que não seguem os cânones da interpretação jurídica; que aplicam a lei, mas visando objetivos distintos para os quais ela fora criada; e por fim, decisões que revelam a arbitrariedade judicial, tentativa do judiciário de impor sua interpretação a despeito da história constitucional construída no Estado, conceituação essa constante na obra de Ronald Dworkin.

Ensina Strapazzon, Goldschmidt (2013, p. 587) que a utilização do termo ativismo judicial não pode indicar atitude de natureza arbitrária, e seu uso nesse sentido provoca profunda perda de qualidade conceitual, tratando-se de “falta de responsabilidade teórica”.

Inevitável concluir que aquilo que alguns autores denominam como “judicialização” aproxima-se em muito de variável do conceito de “ativismo judicial” utilizada em obras na área jurídica.

A discussão da efetividade do direito à saúde recai também sobre a possibilidade de ser visto como um direito individual, e não somente como um direito social.

5 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO UM DIREITO INDIVIDUAL

A previsão do direito à saúde no art. 6º da Constituição Federal caracteriza-o como um direito destinado a toda a coletividade, vez que alocado no rol de direitos sociais.

Essa visão é corroborada pelo art. 196 da Constituição, vez que enfatiza as políticas sociais e econômicas que visam a prevenção de riscos de doenças, promoção, proteção e recuperação da saúde.

Entretanto, compreender o direito à saúde dessa maneira é insuficiente, pois é um assunto que envolve cada indivíduo pertencente à sociedade.

Ignorar esse fato seria compreender a questão da saúde como um dado estatístico, deixando de lado toda a manifestação de problema que ocorre de forma individualizada, como se os problemas relacionados à saúde fossem comuns a todos e não se dessem de maneira profundamente particular.

Nesse contexto, ensina Sarlet (2011, p. 141):

O que satisfaz o mínimo existencial guarda relação com necessidades físicas e psíquicas que, embora comuns às pessoas em geral, não podem levar a uma padronização excludente, pois o que o direito à saúde assegura – mesmo no campo dos assim designados direitos derivados a prestações, não é necessariamente o direito ao tratamento limitado a determinado medicamento ou procedimento previamente eleito por essa mesma política, mas sim, o direito ao tratamento para a doença.

Por essa razão, o direito à saúde deve ser compreendido, além de um direito social, também como direito individual, pois cabe ao particular cobrar do Estado satisfação para cuidados quanto à sua saúde.

Natural portanto que, quando não satisfeito o atendimento de promoção à saúde por parte do Estado a um indivíduo, esse possa buscar satisfação com a judicialização da demanda negada pela via administrativa.

Mendes (2011, p. 709), explica que tem sido crescente a tendência dos tribunais na satisfação do atendimento à saúde pela via judicial, não excluindo disso o Supremo Tribunal Federal.

Scaff (2010, p. 29), reconhece que, quando urgente, é correto que o judiciário intervenha para salvar vidas ou resolver situações emergenciais, mesmo não sendo seu papel substituir o legislativo. Resta clara portanto a necessidade de se discutir a discricionariedade administrativa quando resta por ela afetada a individualidade do cidadão. Tendo sido prejudicada a saúde de um indivíduo, não há razão para que não seja discutida, judicialmente e de forma individual a situação daquele que possa vir a ser profundamente lesado pela decisão tomada.

Entendo o direito à saúde como também um direito individual, importante a análise do mesmo sob o prisma da Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls.

6 POLÍTICAS PÚBLICAS E PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR DA INICIATIVA PRIVADA COMO CONCREÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Na lição de Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 3), “as políticas públicas são categoria jurídica que se apresenta na medida em que buscam a concretização de direitos humanos e, em particular, direitos sociais.” Para a autora, a aplicabilidade das normas programáticas é a proibição de omissão dos Poderes Públicos na realização dos direitos sociais.

A Constituição Federal, em seu art. 196, torna forçosa a atenção do Estado em busca da efetividade da dignidade humana. A saúde, como

direito necessário ao mínimo existencial, deve ser efetivada portanto pelo poder público.

Segundo Potyara Pereira (2000, p. 78), o poder público não deve medir esforços para que ocorram atendimentos médicos que façam eficazes a cura e o tratamento a quem necessite.

Segundo Streck, a atuação do Judiciário restrita ao zelo por procedimentos democráticos é pouco para a construção de um Estado Social no Brasil (2006, p. 25).

Subordinar o papel do estado impede que os direitos humanos tomem uma concepção que veja a pessoa humana através de sua individualidade.

Cabe de forma apenas complementar, conforme a lição de Ingo Sarlet (2013, p. 590), que ocorra a participação da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde, vez que, por ser um direito subjetivo de todos, cabe ao estado efetivá-lo.

O princípio da livre iniciativa como argumento para que o particular faça uso da atividade econômica com o fim de concretizar a assistência à saúde tem amparo no art. 1º, inciso IV, da CF, que arrola os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República. No art. 170, o princípio da livre iniciativa é expresso como base da ordem econômica. (SIQUEIRA, FAZZOLI, 2014, p. 192).

O mesmo autor, no entanto, esclarece que mesmo sendo um elemento fundamental no Estado Social, o princípio da livre iniciativa caracteriza-se pela busca do lucro. Logo, fundamentar a prestação desse direito sob uma ótica de mercado, desnaturaria esse direito fundamental como tal.

Conclui o autor admitindo que a iniciativa privada pode prover a prestação à saúde, considerando que esta esteja intimamente ligada à autonomia da vontade do particular, ou seja, visando lucro, e por essa razão então devendo ser sopesada com a atuação do Estado no cumprimento desse direito fundamental. A atuação da iniciativa privada nesse meio re-

presenta o fracasso do Estado nesse intento e a decomposição da natureza jurídica desse direito (2014, p. 196).

7 PARTICIPAÇÃO FAMILIAR NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Na lição de Leal (p. 190), a vida do ser humano e as mazelas que possam afetá-la, no caso, a saúde, envolvem o dever de tutela do Estado e da família.

Exemplifica o referido autor que a Constituição Federal, em seu art. 227, estabelece como dever da família assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à alimentação, entre outros.

Ensina também Gesta Leal que, mesmo no âmbito infraconstitucional, há lei que estabeleça dever da família quanto à proteção desse direito, a exemplo do art. 244 do Código Penal, que visa punir aquele que, sem justa causa, deixar de prover subsistência a cônjuge, filho menor, ascendente inválido ou idoso, sem justa causa, quando gravemente enfermo.

Segue Leal explicando que, mesmo na desconstituição de famílias, há previsão legal para que o cônjuge causador da separação preste ao outro pensão a ser fixada pelo juízo, na proporção de seus recursos. Explica que o direito a alimentos consiste também a subsistência no que for necessário.

Estabelece a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, em seu art. 241, o que segue:

Art. 241 – A saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação.

Parágrafo único – O dever do Estado, garantido por adequada política social e econômica, não exclui o do indivíduo, da família e de ins-

tituições e empresas que produzam riscos ou danos à saúde do indivíduo ou da coletividade.

Utiliza então Leal esses argumentos para consolidar a ideia de que tais dispositivos legais devam ser interpretados com base na solidariedade, resultante na responsabilidade da família e do Estado.

Gesta Leal considera que não há como resolver a referida matéria, no tocante à atuação do Estado no atendimento do direito à saúde, em termos de “tudo ou nada”. Isso porque, em seus dizeres, há diferentes atores institucionais, com autonomias e competências reguladas pela Constituição, que condicionam a disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas, planos plurianuais e diretrizes orçamentárias.

Nesse sentido, Ingo Sarlet (p. 371), como já dito, reafirma a necessidade de que haja limite na atuação do Estado em sua disposição sobre o objeto das prestações reconhecidas como direitos fundamentais sociais, diante da limitação de recursos existente.

Segundo Canotilho (p. 102), a mediação estatal dissolve na burocracia de prestação de direitos fundamentais sociais a reciprocidade que poderia existir, mantendo de forma unilateral o Estado pagando prestações a alguns cidadãos.

Canotilho e Gesta concordam que o balanceamento dos direitos sociais traria maior reciprocidade na relação entre Estado e cidadãos, o que seria adequado, vez que é sabido que tais direitos envolvem o patrimônio de todos e não só daqueles que recebem a prestação.

Os custos com a saúde são altíssimos e interpretar a prestação dos referidos direitos como um dever unilateral do Estado seria arriscado.

Esse entendimento é então utilizado como fundamento na obra de Gesta Leal para que se viabilize a prestação familiar solidariamente às obrigações estatais.

No mesmo sentido do que sustenta Leal, Piovesan (2003, p. 252) afirma que é insuficiente, sob a ótica dos Direitos Fundamentais, tratar o indivíduo, sujeito de direito, de forma genérica e abstrata, vez que é imperioso considerar suas particularidades e peculiaridades, para que a ele seja oferecido tratamento específico e diferenciado de acordo com suas necessidades e direitos. As condições sociais devem então ser consideradas na aplicação e efetivação dos Direitos Fundamentais.

Ensina Leal que a aplicação desse entendimento na via judicial deve ocorrer por via simétrica, considerando sempre as especificidades e urgência envolvidas na matéria, considerando a matéria probatória que envolva obrigações alimentares, carecendo da demonstração da necessidade do enfermo e da possibilidade de contribuição por parte de seus familiares. Fundamenta Leal também o seu entendimento no disposto no Código Civil nos artigos 1.696 e 1.697.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundamenta-se a negativa de atendimento total à saúde pela escassez de recurso do Estado, que impõe a criação de critérios que definem os indivíduos que terão ou não o atendimento.

A criação de critérios, friamente analisando, estabelece quem morre e quem vive, quem vive bem e quem continua vivendo mal.

Coerente tal posição diante da certeza de inexistência de recursos suficientes para o atendimento de todos. Entretanto, há fortes indícios de que o Estado negligencia a saúde e promove gastos onde valores empregados promovem o gozo e desenvolvimento de direitos ou benesses que não têm o mesmo valor abstrato que a saúde.

Entretanto, faz-se necessário nesse aspecto compreender se realmente os recursos estão sendo utilizados da melhor forma possível,

antes de se negar o acesso à saúde a um indivíduo que necessite da prestação desse direito.

O entendimento de que deve haver uma reciprocidade para que se atenuem a unilateralidade da prestação do direito à saúde pelo Estado se mostra razoável. Tendo considerado que o direito à saúde, para ser efetivado, envolve um patrimônio relevante e afeta a todos os cidadãos por meio do Estado, leva a compreender alternativas que tragam também para a sociedade a obrigação.

A Constituição e a legislação infraconstitucional trazem parâmetros para que decisões judiciais sejam tomadas visando a análise caso a caso, estabelecendo a obrigação à família de custear tratamentos de saúde quando se vislumbra tal possibilidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Ed. alemã. Ed. Malheiros. São Paulo, 2006.

BARATA R.C.B. A historicidade do conceito de causa: epidemiologia. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ABRASCO; 1985, p. 51

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Dimensões de Aplicação e Efetividade dos Direitos Humanos In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - Desafios da Contemporaneidade do Direito: diversidade, complexidade e novas tecnologias, 19, 2010, Florianópolis. Anais... Florianópolis, 2010, p. 7120-7134.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2012. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 29.07.2015

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Organizado por Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. As Conferências Nacionais de Saúde: Evolução e perspectivas. / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. - Brasília: CONASS, 2009. 100p.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará, v. 5, p. 143.

CARVALHO, K.G. Direito Constitucional Didático. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 76

CARVALHO, Ariane Cristina Dias. Saúde Pública no Brasil: Durante a Ditadura militar. Instituto Superior de Ciências Havana-Cuba. Disponível em: http://medcubras.blogspot.com.br/2013/05/carta-dos-estudantes-de-medicina-em_3.html . Acesso em: 18.08.2015

Código de Nuremberg. Tribunal Internacional de Nuremberg – 1947. Trials of war criminal before the Nuremberg Military Tribunals. Control Council Law 1949.

Constituição da Organização Mundial da Saúde – 1946. Nova Iorque, 22 de julho de 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>. Acesso em 26.07.2015

Declaração de Alma-Ata. Conferência Internacional sobre os Cuidados de Saúde Primários. Cazaquistão, 1978. Disponível em: www.saudepublica.web.pt/05-promocaosaude/dec_alma-ata.htm . Acesso em 26.07.2015

Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948.

LEAL, Aurelino. História constitucional do Brasil. Ed.fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: Aspectos introdutórios. Porto Alegre, 2010. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/pdf/impactos_economicos_sociais.pdf Acesso em 26.07.2015

LEMOS, Fábía de Castro. Saúde como direito fundamental à vida: uma análise do direito à saúde e sua concepção atual na sociedade brasileira/ Fábía de Castro Lemos – Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/8726> Acesso em: 28.07.2015

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. Revista Brasileira de Políticas Públicas. UniCeub. Volume 5. Número Especial – 2015.

OLIVEIRA, Maria Helena Barros. OLIVEIRA, Luiz Sérgio Brandão. RIBEIRO, Fátima Sueli Neto. VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. Análise comparativa dos dispositivos de saúde do trabalhador nas constituições es

PEREIRA, Potyara A. P. Necessidades humanas Subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 66

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PIOVESAN, Flávia. PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.252.

REBOLLO, Regina Abndrés. Galeno de Pérgamo (129-200 d. C): A saúde da alma depende da saúde do corpo. I Simpósio Internacional de Estudos Antigos. Parque Natural do Caraça (MG), 2007.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 117-147

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: Scaff, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). A eficácia dos direitos sociais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOARES, Nina Rosa Ferreira; MOTTA, Mnoel Francisco Vasconcelos. As políticas de saúde, os movimentos sociais e a construção do Sistema Único de Saúde. Disponível em:
http://www.ufmt.br/revista/arquivo/rev10/as_politicas_de_s.html Acesso em: 30.07.2015

STRAPAZZON, Luiz Carlos; Goldschmidt, Rodrigo. Teoria constitucional e ativismo político: Problema de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. Disponível em:
<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2359/2102>
Acesso em: 31.07.2015

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E ASSÉDIO MORAL: ELEMENTOS CARACTERIZADORES

FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS AND BULLYING: CHARACTERISTIC ELEMENTS

Guilherme Henrique Marques Pinto

Resumo: As discussões acerca do assédio moral no âmbito do trabalho estão em desenvolvimento. Existe uma preocupação clara das diversas áreas do conhecimento com a real tutela dos interesses envolvidos nessa relação, haja vista que as consequências do assédio moral ultrapassam a esfera privada, refletindo em toda a sociedade. A prática do assédio moral tem como efeito precípua a violação da dignidade humana do agredido e consequentemente a violação aos direitos fundamentais. Logo, busca-se, passando por uma breve análise dos direitos humanos fundamentais delinear os elementos característicos do fenômeno chamado assédio moral.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direitos Fundamentais. Assédio Moral.

Abstract: *Discussions about bullying in the work are in development. There is a clear concern of many areas of knowledge to the real protection of the interests involved in this relationship, given that the consequences of bullying go beyond the private sphere, reflecting throughout society. The practice of bullying has the effect precipit the violation of human dignity of the victim and therefore the violation of fundamental rights. Therefore, the aim is, through a brief review of the fundamental human rights outline the characteristic features of the phenomenon called mobbing.*

Keywords: *Human Rights. Fundamental rights. Bullying.*

1 INTRODUÇÃO

Foi a declaração Universal dos Direitos humanos que assegurou que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e que também são dotadas de razão e consciência e por isso devem agir com espírito de fraternidade uma com as outras.

Segundo Aquini (2008, p. 133), há transposição dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade para a esfera universal. Com essa visão, os direitos humanos conscientizam e declaram o que vai sendo adquirido nas lutas sociais e dentro da história, para transformar-se em opção jurídica indeclinável (POLOZZI; ANTICO, 2011, p.7).

Bonavides (2011, p. 578) vai além quando defende que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é o estatuto da liberdade de todos os povos, a constituição das nações unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.

Para Filomeno (2009, p. 237) os direitos humanos são uma ampliação dos próprios direitos e garantias individuais. Isso porque não deixam de ser mencionados direitos e garantias individuais, só que eles são encarados fora do contexto de determinado Estado que os reconheça ou tenha como prioridade política o seu respeito e sua preservação. Sustenta ainda que esses direitos existem ainda que os Estados não os reconheçam, pois são derivados da natureza humana, independente da sua universalização, contestáveis pela simples existência de pessoas em face de eventuais transgressões à natureza.

A grande marca dos Direitos Humanos que foi introduzida pela Declaração Universal de 1948 é a indivisibilidade e universalidade desses direitos.

Flavia Piovesan (2010, p. 4-11) sustenta que os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta

e ação social. Para ela, a universalidade reflete-se na condição de pessoa sendo esse o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana, constituindo o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Essa indivisibilidade ampara uma ideia de visão integral de direitos, de maneira com que os direitos humanos compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, não havendo, assim, classes de direitos.

A preocupação com o trabalho é reconhecido pelo texto universal na medida em que expressa que todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, condições justas e favoráveis de trabalho e proteção ao desemprego.

As normas de direitos humanos foram incorporadas gradativamente ao direito positivo brasileiro. Prova disso é a constituição Federal de 1988 que traz um capítulo voltado apenas aos direitos e às garantias individuais.

Direitos humanos são aqueles intrínsecos à condição humana, não possuem qualquer ligação com particularidade de determinados grupos e/ou indivíduos. Quando reconhecidos no âmbito interno ou no plano internacional, vale dizer, quando são positivados nas respectivas constituições, leis e tratados internacionais, passam a chamar Direitos Fundamentais (COMPARATO, 2008, p. 58-59).

São fundamentais (direitos) decorrentes de um contexto histórico da sociedade. Essa evolução, doutrinariamente, está dividida em dimensões de direitos fundamentais (primeira, segunda, terceira, e muitos se fala na doutrina em quarta e quinta dimensões).

O Trabalho possui as características da universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais e por isso foi erigido ao *status* de direito fundamental na Constituição Federal

de 1988. É um direito fundamental social protegido não apenas internamente (ordenamento jurídico brasileiro), mas também (e principalmente) por normas de direito internacional mediante previstas em normas da OIT bem como na declaração Universal dos Direitos humanos de 1948.

Quando falamos em indivisibilidade e universalidade queremos dizer que não há como concretizar liberdade, igualdade e dignidade de forma isolada, sem considerar o seu relacionamento social. Também como não há como garantir o trabalho (direito fundamental) sem assegurar os direitos de liberdade, igualdade. Essa garantia se faz principalmente na realização da dignidade da pessoa humana, seja ela no âmbito individual como no seio da comunidade.

Fica latente, portanto, uma estreita relação entre promover a dignidade da pessoa humana com a concretização dos direitos humanos fundamentais.

Essa é a temática que se pretende aprofundar quando abordarmos a punição da título de dumping social como suplementar a sanção de assédio moral no trabalho.

Assédio moral assim compreendido como uma fenômeno que degrada o ambiente de trabalho, trazendo danos a saúde e abalando a dignidade do trabalho. É uma guerra no local de trabalho que agrega o abuso de poder e a manipulação perversa.

Nas lições de Ávila (2009, p.91) além das consequências para a saúde do trabalhador, o desrespeito ao direito fundamental do ambiente do trabalho saudável e seguro provoca repercussões em toda a sociedade.

Isso se justifica pois, é a sociedade quem financia os gastos com o seguro social. É sobre ela que recai, mesmo que em ultima instancia, os custos com afastamento previdenciários por incapacidade, temporários e definitivos, bem como os decorrentes das pensões por morte pagas aos dependentes das vitimas que perdem a vida.

A preocupação com essa temática é tamanha que vem chamando atenção de organismos internacionais (OMS, OIT) que estão dedicando ao estado e pesquisa do assunto.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A compreensão dos direitos fundamentais parte precipuamente de uma definição terminológica e conceitual do que é considerado direito fundamental. A expressão “direitos fundamentais” derivou-se dos movimentos sociais e políticos disseminados na revolução francesa de 1978. Durante a revolução francesa a luta travada pelas classes era defesa de “direitos e garantias individuais que as pessoas possuíam em relação ao Estado em que viviam, tais como vida, liberdade igualdade, segurança e propriedade.” (BAEZ, 2010).

Não obstante, podemos dizer também que os direitos fundamentais são resultado de um movimento de constitucionalização que se iniciou no século XVIII e que, a partir da Declaração das Nações Unidas de 1948, foram incorporadas ao ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais funcionam como ferramenta de efetivação e concretização para uma vida digna aos indivíduos. Por englobarem valores éticos dos Estados acabam componho um elemento basilar dos direitos humanos, pode-se dizer que a principal virtude dos direitos fundamentais está no fato de que eles viabilizem a efetiva concretização dos direitos humanos.

A maneira dessa concretização se dá, com a obrigação que eles (Direitos Fundamentais) impõem aos poderes Estatais, vinculando-os a executarem ações capazes de garantir a tutela e a realização dessa esfera de direitos vitais ao ser humano.

Aos direitos fundamentais são dados vários outros sinônimos como “direitos individuais”, “direitos do homem”, “direitos humanos fun-

damentais”, dentre outros. Essa “confusão” ocorre, pois, os direitos fundamentais assumem características derivadas dos direitos humanos. Os direitos fundamentais tratam dos meios, cujo qual, os direitos humanos são o fim, tendo como função a realização dos direitos humanos (BAEZ, 2010).

Durante toda a sua evolução, os direitos fundamentais são observados, segundo a concepção doutrinária, por gerações: primeira geração aqueles inerentes às liberdades públicas e direitos políticos; segunda geração os direitos sociais, econômicos e culturais; terceira geração os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; e na quarta geração os direitos da bioética e direito da informática.

Os direitos de primeira geração representam uma limitação ao poder do Estado, onde são impostas prestações negativas, ou seja, são os direitos civis e políticos dos homens que se opuseram ao Estado. O surgimento dos direitos de segunda geração guarda relação com os avanços provenientes da revolução industrial e trata-se de nada mais do que pedir ao Estado novos direitos que visassem o bem estar social do homem, pois, os direitos individuais não eram mais absolutos. No final do século XX, considerando a necessidade de tutela do gênero humano (devido ao comportamento do ser humano para com o seu similar) surgiram a terceira geração dos direitos fundamentais, pautados nos ideais de solidariedade e fraternidade e que visavam a boa convivência social e o equilíbrio.

Essas gerações encontram-se positivadas em tratados internacionais com o claro objetivo de dignificar a vida humana. Por fim, e não menos relevante, a quarta geração dos direitos fundamentais surgiu da própria revolução comportamental do ser humano e das intervenções das novas tecnologias na área da medicina, abarcando o direito à informação, à democracia, o pluralismo e etc. (ABREU, 2015).

Superada essa breve análise acerca do conceito de direitos fundamentais passaremos a adentrar ao tema do efetivo surgimento e significado dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico pátrio.

Os direitos sociais visam reduzir desigualdades e proporcionar uma vida digna aos indivíduos (BONAVIDES, 2006). Esses direitos exigem do Estado uma prestação concreta, um comportamento ativo quanto a sua efetiva realização. Eles (os direitos sociais) 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).

Os direitos fundamentais sociais revelam conquistas oriundas dos movimentos sociais ao longa da evolução social, no entanto, apenas foram efetivamente reconhecidos a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, do 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 (RAMOS, 2012).

A estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizam por obrigar a fazer, ou seja, a conceder prestações positivas: promover serviços de saúde, assegurar a educação, sustentar o patrimônio cultural e artístico da comunidade.

Os direitos sociais dentro do quadro dos direitos fundamentais representam um rol de direito positivados, ou seja, direitos que exigem o dever prestacional, quer seja do Estado ou do particular.

Vale também destacar que os direitos fundamentais sociais, além da constituição Federal de 1988 também haviam sido citados em ordenamentos constitucionais anteriores (Constituição francesa de 1793 e 1848) e, no ordenamento pátrio, a Constituição Brasileira de 1824.

No âmbito da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais sociais são tratados no Título II, Capítulo II, artigo 6º. Ali estão detalhados quais são os direitos sociais: o direito à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância, e assistência aos desamparados.

3 ASSEDIO MORAL

O assédio moral é um tipo de violência moral estudada no ordenamento jurídico brasileiro, há apenas cerca de uma década, não por sua falta de incidência, mas pela dificuldade de sua identificação. É chamado, em Portugal, de psicoterrorismo ou terror psicológico, nos países de língua inglesa, de mobbing e bullying, na França, de harcèlement moral.

As seguintes denominações também são utilizadas: violência horizontal, usura mental, acoso psíquico, work or employee abuse, mistreatment, emotional abuse, bossing, victimisation, intimidatio, psychological terrorization, psychological violence, harcèlement psychologique, acoso moral, maltrato psicológico, psychological terror at the workplace, hostile behaviors at work, workplace trauma, stalking, incivility, psychological aggression e emotional violence.

Na língua portuguesa, o verbo “assediar” é definido da seguinte forma: “pôr assédio, cêrco, ou sítio a (uma praça ou lugar fortificado). Perseguir com insistência, importunar”¹. Na doutrina brasileira, embora outros termos como terror psicológico sejam aceitos, o uso da expressão “assédio moral” tornou-se corrente, motivo pelo qual será utilizada doravante.

É inegável que o trabalho foi estabelecido como direito fundamental e, assim como a dignidade da pessoa humana, consiste em fundamento da Republica Federativa do Brasil. Ocorre que o trabalho mencionado na carta magna como direito fundamental não é qualquer trabalho, mas sim aquele trabalho digno.

Esse trabalho (digno) não proporciona apenas ao individuo meios de subsistência, mas também é fundamental na construção da sua identidade, o que possibilita sua integração social. Sob esse viés, “[...] o trabalho não é apenas uma dura realidade a que o homem não se poderia subtrair,

¹ Aulete (1958, p.521).

é simultaneamente a possibilidade que lhe é oferecida de se elevar a uma maior dignidade.” (ARVON, 1977, p. 15).

Sob essa perspectiva, é inegável que o meio ambiente de trabalho sadio ocupado está localizado no seio da conformação do trabalho digno. Isso fica claro quando a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dispõe que o termo saúde, em relação ao trabalho, “[...] abrange não somente a ausência de afecções ou de doença, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho.”

A saúde é, e sempre será um dos (senão o principal) temas da humanidade. No entanto, a saúde que iremos abordar está relacionada à saúde no âmbito trabalhista, mais especificamente no que tange ao trabalho subordinado ante a contraposição, nessa seara, entre a hipossuficiência do empregado e o poder diretivo do empregador.

Essa vulnerabilidade atribuída ao empregado, considerando a desigualdade existente na relação de emprego, acaba por resultar em condutas abusivas do empregador, que por consequências originam distúrbios de ordem física e psicológica no trabalhador.

Não podemos esquecer que atualmente as relações trabalhistas estão inseridas num contexto de competitividade acirrada com vistas sempre no lucro face a diminuição de custos. Soma-se a isso que um dado externo que são os cada vez mais elevados índices de desemprego que contribuem para que o trabalhador empregue esforços relevantes visando a preservação do seu emprego a qualquer custo, ainda que submetido a condutas lesivas. Segundo Marcio Pochmann (2007, p. 41):

Desenvolve-se, desde a década de 1970, um complexo debate acerca das implicações que estariam ocorrendo no mundo do trabalho em função da difusão de um novo paradigma técnico- produtivo e do acirramento da competição intercapitalista nas economias avançadas. A ruptura nas tradicionais normas de produção e concorrência seria de tal ordem que evidenciaria uma mudança econômica estrutural, responsável pela constituição de uma nova composição no

emprego, com maior destaque para as ocupações superiores e diretivas. Neste cenário de fim de século, o mundo do trabalho tenderia a refletir as mutações técnico-produtivas, marcadas pela maior insegurança no emprego e por elevada concorrência no interior da população ativa.

Nesse sentido, dados da previdência social (2012) revelam um rápido aumento da incidência de transtornos mentais e comportamentais relacionados com o exercício laboral. Esses números denunciam a degradação do meio ambiente de trabalho, vivenciada por grande parcela dos trabalhadores.

De 2008 para 2009, o número de afastamentos do trabalho em decorrência de transtornos mentais e comportamentais subiu de 12.818 para 13.478. Em 2010, esse número teve uma queda, passando para 12.150. No entanto, a concessão de auxílios-doença em função de transtornos mentais e comportamentais voltou a subir em 2011, passando para 12.337 casos. Dentro dos transtornos mentais e comportamentais, as doenças que mais afastaram os trabalhadores em 2011 foram Episódios Depressivos, Outros Transtornos Ansiosos e Reações ao Estresse Grave e Transtornos de adaptação.

Por isso é fundamental para a adequada tutela à integridade física e psicológica do trabalhador, a análise do assédio moral nas relações de trabalho, visto que o mesmo configura penosa forma de violência no meio ambiente laboral, começando pela apresentação do conceito desse fenômeno bem como suas características fundamentais.

Inicialmente, cumpre mencionar que a OIT (2002, p. 3) estabelece, adaptando conceito elaborado pela Comissão Europeia, que consiste em violência no ambiente de trabalho aqueles “[...] incidentes em que o trabalhador sofre abuso, ameaça ou agressão, em circunstâncias relacionadas com seu trabalho, inclusive no trajeto de e para o trabalho, envolvendo ameaça implícita ou explícita a sua segurança, bem-estar ou saúde.”² (tradução livre).

² No original: “Incidents where staff are abused, threatened or assaulted in circumstances related to their work including commuting to and from work, involving an explicit or implicit challenge to their safety, well-being or health

A violência no ambiente de trabalho pode, conforme mencionado, expressar-se, entre outros modos, como assédio moral, fenômeno que não é recente no mundo do trabalho mas, apesar disso, ainda não encontra definição legal no ordenamento jurídico pátrio. Quando a definição de assédio moral, é imperioso destacar que o seu conceito começou a ser difundido as margens do meio acadêmico, a partir do lançamento do livro de Marie-France Hirigoyen, traduzido e publicado no Brasil em 2001 (OIT, 2003, p. 5).

Marie-France Hirigoyen (2003, p. 17) estabelece que consiste em “[...] qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”. Afirmo ainda que as agressões, no assédio moral, são fruto de um processo inconsciente de destruição psicológica, constituindo-se, tal processo, de atos hostis mascarados ou implícitos, de um ou vários indivíduos sobre um indivíduo específico, por meio de palavras, alusões, sugestões de “não-ditos”. Conforme a autora francesa, trata-se de um processo real de destruição moral, que pode conduzir à doença mental ou ao suicídio Hirigoyen (2000, p. 9-15).

Heinz Leymann, em um dos primeiros livros sobre o assunto, conceituou o assédio moral, chamado de Mobbing nos países escandinavos e na Alemanha, como ações negativas, contra uma ou várias pessoas, mediante as quais se nega a comunicação com uma pessoa, durante um longo período, marcando, dessa forma, as relações entre os autores e as vítimas e continua, afirmando que algumas características essenciais do assédio moral no trabalho são a confrontação e o constrangimento Leymann (2002, p. 21-22).

Segundo a psiquiatra Marie-France Hirigoyen, o assédio moral no trabalho é qualquer conduta abusiva que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma

pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho Hiri-goyen (2001, p. 15).

No Brasil, a autora Márcia Novaes Guedes considera o assédio moral no trabalho como “todos aqueles atos e comportamentos provin-dos do patrão, gerente ou superior hierárquico ou dos colegas, que tradu-zem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas, morais e existenciais da vítima” Guedes (2005, p. 32).

Rodolfo Pamplona (2003, p. 93) caracteriza como assédio moral a “[...] conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dig-nidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensa-ção de exclusão do ambiente e do convívio social”. Complementa (2003, p. 94) ressaltando que esse conceito encerra um sentido de generalidade, dado que o assédio moral não é vislumbrado apenas na relação de empre-go, mas também em qualquer ambiente em que haja uma coletividade.

De acordo com Sônia Mascaro Nascimento (2011, p. 14), a doutri-na pátria entende por assédio moral a

[...] conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolon-gada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constringedoras, capazes de causar ofensa à personali-dade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho.

De acordo com os conceitos de assedio moral que foram apre-sentados, existem características em comum que estrutural o fenômeno, permitindo a sua identificação e diferenciação a outras categorias sociais ou jurídicas.

Destacamos, portanto, os principais elementos caracterizado-res do assédio moral são: dano, repetição, intencionalidade, duração no tempo, premeditação, intensidade da violência psicológica e existência de danos psíquicos.

4 DANO

Para que haja a configuração do assédio moral no âmbito das relações de emprego, faz-se necessário que tenha havido ato agressor, um dano à dignidade do trabalhador. Não se trata de necessidade de dano físico-psíquico, mas os atos devem causar uma degradação das condições de trabalho, não havendo a necessidade da prova direta do dano, uma vez que a mera existência de assédio moral já configura a conduta abusiva aludida por Rodolfo Pamplona Filho.

O dano moral é um dano *in re ipsa*, ou seja, decorre, automaticamente do ato ilícito. Na lição de Sebastião Geraldo de Oliveira, é dispensável a prova do sofrimento da vítima, na medida em que não há necessidade de demonstração do ordinário e decorrente da própria natureza humana e que a indenização pelo dano causado também tem um caráter compensatório e pedagógico e não meramente reparatório.

Não há, praticamente, controvérsias, acerca da necessidade da existência do dano para a configuração do assédio, porém, é importante ressaltar que alguns atos, em um primeiro momento, podem parecer anódinos, sem importância, ou sem intuito algum de lesar os direitos da personalidade do empregado, mas, diante da análise de todos os elementos do ambiente de trabalho, fica configurado o assédio moral.

Questão de difícil solução é a possibilidade, ou não, de existência de assédio moral no trabalho, sem que haja a percepção da vítima de tal conduta.

5 REPETIÇÃO

A repetição é um dos requisitos que a grande maioria das legislações, doutrina e jurisprudência de vários países exige para a configuração

do assédio moral no trabalho. Heinz Leymann e Marie-France Hirigoyen, pioneiros no estudo do tema, entendem que, para a configuração do assédio moral, é necessária a repetição dos atos agressores.

Conforme Marie-France Hirigoyen, o termo assédio moral não é apropriado para qualificar uma atitude agressiva qualquer que seja pontual, ainda que tal agressão tenha sido um ato de violência extremamente grave. A autora menciona a repetição, também, ao definir assédio moral, em sentido geral, e não apenas no que concerne ao assédio moral no local de trabalho.

No Brasil, Márcia Novaes Guedes considera que a repetição é requisito essencial para a configuração do assédio moral, afirmando que “a violação ocasional da intimidade, particularmente verificada na revista pessoal, ainda não é *mobbing*”. Também Sônia Mascaro Nascimento, e Rodolfo Pamplona Filho entendem que a repetição é elemento intrínseco do assédio moral no trabalho.

A jurisprudência brasileira vem citando a repetição dos atos agressivos como um dos requisitos para a configuração do assédio moral. Também a jurisprudência alemã e a espanhola consideram que eventos esporádicos não caracterizam assédio moral no trabalho.

Não há, portanto, muitas controvérsias acerca da necessidade de repetição dos atos caracterizadores do assédio moral, pois, efetivamente, se não há a reiteração do ato, não se pode falar em assédio, em cerco já que, conforme Manuel Correa Carrasco, o assédio moral no trabalho é, sobretudo, um processo.

6 DURAÇÃO

Alguns autores consideram a duração dos ataques de assédio moral como um dos requisitos para sua configuração. Marie-France HIRIGOYEN não determina uma duração mínima para que determinados atos hostis sejam considerados como assédio moral.

Alice Monteiro de Barros, por outro lado, considera que a duração do assédio moral no tempo é um requisito intrínseco para sua configuração. Essa autora, inclusive, considera que o ato de colocar um empregado sentado em uma cadeira, sem qualquer atividade, por três dias, não configura assédio moral no local de trabalho por faltar o requisito de prolongamento no tempo.

No Brasil, há jurisprudência no sentido de que deve haver a prolongação no tempo da degradação psíquica para haver assédio moral nas relações de emprego. Diante da própria ideia de assédio, tem-se que uma certa duração no tempo faz-se necessária para sua configuração, mas o limite temporal será determinado conforme o caso concreto.

INTENCIONALIDADE

Marie-France HIRIGOYEN entende que o assédio moral se consubstancia quando há uma intenção perversa, afirmando, inclusive, que o elemento que diferencia o assédio moral das más condições de trabalho é a intenção de prejudicar e atingir, moralmente, uma pessoa. A autora, contudo, diferencia a intencionalidade “consciente” da intencionalidade “inconsciente”, afirmando que, neste caso, a expressão mais correta seria de “compulsão malévola” (*compulsion malveillante*). Afirma, também, que, ao invés de se trabalhar com a dicotomia consciente/inconsciente, é melhor analisar qual o nível de consciência que o agente agressor tem de seus atos. Para a psiquiatra francesa, não se pode falar de intencionalidade, quando se trata de sistemas, considerando que a globalização e a concorrência, por si, não geram assédio moral, havendo a necessidade de uma pessoa com intenção de prejudicar outrem para haver assédio moral.

Márcia Novaes Guedes e Jorge Luiz de Oliveira da Silva também consideram a intencionalidade como requisito essencial para a configuração do assédio moral no trabalho. José Affonso Dallegrave Neto posiciona-se no

sentido de que o assédio moral só é admitido na forma dolosa, explanando que há, sempre, o objetivo de destruir, emocionalmente, a vítima.

8 PREMEDITAÇÃO

A premeditação também é um requisito comumente citado para a configuração do assédio moral. Quando diferencia uma agressão pontual do assédio moral, Marie-France Hirigoyen afirma que a agressão pontual é fruto de uma impulsividade, sem premeditação, ao passo que o assédio moral é uma agressão que se perpetua. É citada como requisito do surgimento do assédio moral por Alice Monteiro de Barros.

9 INTENSIDADE DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

Alice Monteiro de BARROS cita como um dos elementos do assédio moral a intensidade da violência psicológica, mas, em verdade, a intensidade parece ser mais adequada para a fixação da indenização devida que para a configuração do assédio moral em si.

10 EXISTENCIA DE DANOS PSÍQUICOS

Outro elemento mencionado, mas refutado por Alice Monteiro de Barros como um dos elementos do assédio moral, é a existência de danos psíquicos. A autora mineira aponta tal elemento, que significa que deva haver dano psíquico permanente ou transitório com nexo causal com o assédio moral, ou, agravamento de dano psíquico existente, mas considera que esse elemento é dispensável, pois a Constituição Federal de 1988 protege, não apenas a integridade psíquica, como a moral. Ademais, se tal elemento fosse intrínseco ao assédio moral, a proteção jurídica dependeria das características da vítima e não do ato ofensor. No mesmo sentido,

são as opiniões de Rodolfo Pamplona Filho, Maria José Romero Rodenas e Hádassa Dolores Bonilha Ferreira, afirmando esta que “aceitar entendimento contrário seria sentenciar os trabalhadores psicologicamente mais resistentes a uma situação de indignidade humana dentro do processo de assédio moral”.

Entendimento contrário, no sentido de que há a necessidade de existência de danos psíquicos para a consubstanciação do assédio moral no trabalho é o de Sônia Mascaro Nascimento, que, inclusive, afirma haver a necessidade de prova pericial para a correta averiguação da existência de assédio moral, entendendo que “entendo que a configuração do assédio moral depende de prévia constatação da existência do dano, no caso, a doença psíquicoemocional”, sendo necessária perícia feita por psiquiatra”.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se mostrar a trajetória percorrida pelos direitos fundamentais para que pudesse estar materializados no ordenamento interno, destacando o direito ao trabalho como sendo um direito fundamental. A preocupação com o direito ao trabalho é latente, na medida em que se observa os posicionamentos topográficos reservados pelo legislador para tratar do assunto. E não é só, comprova-se tal alegação o fato de existir um extenso rol de direitos assegurados ao trabalhador na constituição Federal.

Procurou-se também delinear uma definição acerca do assédio moral mais especificamente no âmbito da relação de trabalho. Como muitas vezes a vítima de assédio moral sequer tem conhecimento que está sofrendo tal agressão, preocupou-se em tratar especificamente dos elementos caracterizados do assédio moral.

REFERÊNCIAS

ABREU, Neide Maria Carvalho. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Compedi, Anais XIV. Manaus (AM) entre 2014 a 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIV-Congresso/055.pdf>. Acesso em: 18 de Fevereiro de 2016.

ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do Homem, Direitos Humanos e a Morfologia dos Direitos Fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides (Coord). Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais. São Paulo (SP): Conceito Editorial, 2010.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do Homem, Direitos Humanos e a Morfologia dos Direitos Fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides (Coord). Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais. São Paulo (SP): Conceito Editorial, 2010.

BONAVIDADES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio moral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 28, p. 93-116, out./dez. 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. (Coord.). Direitos humanos e direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2010.

POCHMANN, Marcio. O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu. São Paulo: Boitempo, 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. Assédio moral. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, ano XVI, n.184, p. 136-151, out. de 2004.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Assédio e contrato de trabalho. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho. São Paulo, v.12. n.12, p.63-72, 2004.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. Assédio moral nas relações de trabalho. Campinas: Russel, 2004.

GUEDES, Márcia Novaes. Terror psicológico no trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005. HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

LEYMANN, Heinz. Mobbing. Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann. Hamburgo: Rororo Aktuell, 2002.

LEYMANN, Heinz (org). Der neue Mobbing- Bericht . Hamburgo: Rororo Aktuell, 1995.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio moral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

OST, François. O Tempo do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de

emprego. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 28, p. 93-116, out./dez. 2006.

RODENAS, Maria José Romero. Protección frente al acoso moral en el trabajo. 3. ed. Albacete: Bomarzo, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª edição. Porto Alegre (RS): Editora Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. Assédio moral no ambiente do trabalho. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2005.

EDUCAÇÃO - DIREITO FUNDAMENTAL E DEVER DA FAMÍLIA E DO ESTADO: “PROGRAMA APOIA” E DIREITO À PERMANÊNCIA NA ESCOLA DOS 4 AOS 17 ANOS DE IDADE EM MUNICÍPIOS DO OESTE SANTA CATARINA

Sônia Maria Cardozo dos Santos

Resumo: Esta pesquisa trata do direito fundamental à educação, abordando o dever do Estado e também da família em relação a este direito. Tem como objetivo verificar se o Programa APOIA está contribuindo para a efetivação do direito fundamental social à educação. Para tanto este programa é analisado quanto ao seu êxito para o retorno de alunos à escola em municípios das quatro maiores comarcas¹ de Santa Catarina. Também é verificada a contribuição da escola, do Conselho Tutelar e do Ministério Público - MP na resolução das notificações do Programa APOIA. Ainda será levantada a importante questão da participação da família na prevenção da evasão escolar. Esta pesquisa é relevante, pois a presença do aluno dos 4 aos 17 anos no sistema de ensino é essencial para o ensino-aprendizagem. Neste estudo, por meio da aplicação do método dedutivo, busca-se compreender se ocorre a efetividade do direito fundamental à educação por meio do Programa APOIA. Quanto à análise das tabelas será utilizado o método indutivo. Para uma melhor compreensão da temática são apresentados três tópicos nos quais se trata da Educação: direito e dever; direito à educação e prevenção da evasão escolar como dever do Estado e da família; Programa APOIA e frequência escolar como dever da família e do Estado quanto ao ensino obrigatório.

Palavras-chave: Direito à educação. Dever da família e do Estado. Programa APOIA de prevenção à evasão escolar.

¹ Comarca é a divisão judiciária adotada na Justiça e neste caso pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Cada comarca é composta por um município sede e outros municípios próximos, conforme determinação do Poder Judiciário.

Abstract: *This research deals with the fundamental right to education, addressing the duty of the State and also the family in relation to this right. It aims to determine if the APOIA Program is contributing to the realization of the fundamental social right to education. For both this program is analyzed for its success to the return of students to school in the municipalities of the four major regions of Santa Catarina. It is also checked the school's contribution, the Guardian Council and prosecutors in solving notifications APOIA Program. the important issue of family participation in the prevention of truancy will still be raised. This research is important because the presence of students from 4 to 17 years in the education system is essential for teaching and learning. In this study, through the application of the deductive method, we seek to understand whether there is the effectiveness of the fundamental right to education through the APOIA Program. The analysis of the tables will be used the inductive method. For a better understanding of the subject are presented three topics in which it comes to education: the right and duty; right to education and prevention of truancy as a duty of the State and the family; APOIA Program and school attendance as a duty of the family and the State as to compulsory education.*

Keywords: *Right to education. Family and duty of the State. APOIA Program for the prevention of truancy.*

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 buscou a universalização da educação e o acesso para todos, especialmente crianças e adolescentes. Mas, além da existência de vagas, são necessárias condições para a permanência dos alunos na escola. Também é necessária a existência de qualidade e bons resultados na educação. Assim acesso, permanência e sucesso são três aspectos do direito à educação.

Procedeu-se a pesquisa acerca da permanência de crianças e de adolescentes na escola, com o objetivo de contribuir para a eliminação ou redução da evasão escolar e possibilitar não só o acesso à educação mas também a sua continuidade com a garantia da sua permanência na escola.

O presente artigo, utilizando o método dedutivo, pretende buscar a efetividade da educação como direito fundamental e dever da família e do Estado por meio do estudo de caso do Programa APÓIA² e propor soluções para o problema. Referente as tabelas apresentadas, utilizar-se-á o método indutivo.

É relevante abordar a matéria referente à permanência na escola que apresenta como outra face a evasão escolar. A educação é um direito fundamental social que, em muitos casos, não é efetivado em função da evasão escolar. Tem-se como problema a questão da permanência no sistema escolar buscada pelo Programa APOIA. Todos os níveis e etapas de ensino³ merecem investimentos para garantir o direito à educação, porém o ensino fundamental e o ensino médio têm maior enfoque por se tratar de crianças e adolescentes, pessoas em fase de desenvolvimento.

O tema que será tratado sobre a permanência da criança e do adolescente na escola aborda a evasão escolar e o Programa APOIA . A busca da efetividade do direito fundamental social à educação com condições que viabilizem a permanência dos alunos na escola tratado no decorrer desta pesquisa.

² O Programa APOIA - Aviso por Infrequência de Aluno é desenvolvido no Estado de Santa Catarina. Foi criado pelo Ministério Público de Santa Catarina e funciona por meio de convênio com a Secretaria de Estado de Educação, bem como com a participação de escolas e dos conselhos tutelares. Quando o aluno falta 5 (cinco) vezes consecutivas no mês ou 7 (sete) vezes alternadas é emitido um aviso pela escola, sendo a família contatada para resolver o problema das faltas. Ao final, se as faltas persistirem o pai, mãe ou guardião são acionados judicialmente podendo pagar multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários mínimos, dentre outras providências.

³ Conforme a LDB, o sistema escolar no Brasil é dividido em dois níveis distintos, a saber: **compreensão de educação básica**; o ensino infantil, fundamental e médio. **O nível superior** compreende a graduação, pós-graduação, os cursos de extensões e os sequenciais conforme art. 21 (BRASIL, 1996, p. 8).

2 EDUCAÇÃO: DIREITO E DEVER

A educação está associada à história da humanidade no decorrer dos tempos e em diferentes lugares do planeta. Ao contrário de outros seres que só transmitem aos seus descendentes o mesmo modo de viver, o ser humano constrói e aprimora o conhecimento. À educação foram agregados também outros significados e objetivos, não mais restritos somente à continuação da existência humana. O direito à educação no Estado de Direito, tem sido reconhecido como um direito de todos e um dever do Estado e da família.

Está previsto na Constituição brasileira, o direito à educação, como um direito social. Este importante direito já esteve presente em outras constituições do país, mas não de maneira tão abrangente como na atual. Os diversos documentos internacionais⁴ referentes aos direitos humanos foram elaborados para contribuir com a efetivação destes direitos em cada Estado. No que tange à temática em tela, buscou-se difundir a ideia de que todos os seres humanos tem direito à educação.

Destaca-se a Declaração de Direitos da Virgínia de 15 de maio de 1776 como o primeiro documento na história ocidental que tem um catálogo específico de direitos humanos e do cidadão. Outro impulso para os direitos humanos ocorreu em Paris em 1789 com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (SCHWARZ, 2011, p. 21).

No ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵ (ONU, 1948, p.1) traz um rol de direitos humanos, e dentre eles, no seu

⁴ A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de abril de 1948, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959, dentre outros.

^o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao qual o Brasil aderiu em 16 de dezembro de 1966

⁵ A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do **ensino e da educação**, por promover o respeito a esses direitos e liberdades [...]. (ONU, 1948, p. 1, grifos nossos).

preâmbulo, o direito à educação. Essa declaração⁶ foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas - ONU, em Paris, em 10 de Dezembro de 1948. Desde então, muitos Estados a tem utilizaram como exemplo para suas constituições, bem como serviu de inspiração para outros documentos internacionais na área de direitos humanos. O mesmo documento (ONU, 1948, p. 5) traz, no seu art. 26, que toda pessoa tem direito à instrução.⁷

Inspirada nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁸ (OEA, 2016, p. 2-3) de abril de 1948, no art. XII, enuncia a educação como um direito de todos. A Declaração Universal dos Direitos da Criança⁹ (ONU, 1959, p. 1), de 20 de novembro de 1959, não se limita a enunciar o direito à educação, mas também estabelece alguns parâmetros para seu exercício. Entre eles a gratuidade ao direito à educação, a promoção da cultura e da igualdade de oportunidades. Também traz quem deve prover esse direito: os pais e a autoridade pública.

⁶ Existem outras Declarações de Direitos Humanos que também se apresentam como universais: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; as Declarações do Islã e dos Povos da África, de 1981, a Carta Árabe de Direitos Humanos, de 1994 e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000. (BAEZ, MOZETIK, 2013, p. 18-19).

⁷ Artigo 26. 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a **compreensão**, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos (ONU, 1948, p. 5, grifos nossos).

⁸ Artigo XII. Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana (OEA, 2016, p. 2-3).

⁹ Princípio 7º: A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade. Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais. A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito (ONU, 1959, p. 1),

Em 16 de dezembro de 1966, o Brasil aderiu ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰ (BRASIL, 1992, p. 5). Este documento somente passou a fazer parte da legislação brasileira em 1992, a partir do Decreto nº 591, que estabelece, no seu art. 13, o direito de toda pessoa à educação, bem como que esta promova o pleno desenvolvimento humano.

Novas perspectivas surgiram com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/1988 para efetivar o direito à educação. A Carta Constitucional estabelece que a educação será efetivada com a educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos, bem como progressiva universalização do ensino médio gratuito.

A CRFB/1988¹¹ instituiu a educação como direito fundamental social que consta no seu artigo 6º no rol dos direitos sociais¹². O direito à educação é considerado um direito fundamental social como resultado, dentre outros, da doutrina, dos pactos e dos documentos internacionais adotados após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹³. Isso contribuiu para dividir os direitos humanos em duas distintas categorias: direitos sociais, econômicos e culturais e, por outro lado, direitos civis e políticos.

A distinção em liberdades e poderes é feita por Bobbio (2004, p. 24) que entende que há “liberdades” correspondentes aos direitos garantidos pelo Estado através da sua não intervenção e de outro lado existem “poderes” que são aqueles direitos que necessitam da intervenção do

¹⁰ Art. 13: “1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”. (BRASIL, 1992, p. 5).

¹¹ Art. 6º São direitos sociais a **educação**, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, grifos nossos).

¹² Entende-se que para ser direito fundamental não há necessidade de que o direito seja explícito, podendo ser implícito na Constituição.

¹³ Existem outras Declarações de Direitos Humanos que também se apresentam como universais: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; as Declarações do Islã e dos Povos da África, de 1981, a Carta Árabe de Direitos Humanos, de 1994 e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000. (BAEZ, MOZETIK, 2013, p. 18-19).

Estado para que possam ser efetivados. Para o autor, estes últimos que requerem a atuação do Estado correspondem aos direitos sociais.

A classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações é feita por Alexy (2015, p. 433). Os direitos de defesa visam proteger a liberdade do indivíduo contra a intervenção do Estado (ações negativas ou abstenção do Estado). Por outro lado, os direitos a prestações compreendem a ação positiva do Estado.

Pode-se ter um conceito mais amplo de prestações estatais positivas incluindo também os direitos com *status* negativo, segundo Alexy (2015, p. 433-434). Por exemplo, dentre outros, a segurança pública precisa de investimentos e tem variados custos com veículos, equipamentos, armas, vencimentos dos seus servidores públicos. A garantia do direito ao voto exige no processo das eleições, e até fora dele, uma estrutura física, pessoal, equipamentos, etc. Estes direitos mesmo sendo garantidores da liberdade e da democracia, considerados de *status* negativo, acarretam custos para o Estado.

Diante das características da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos (ROCHA; RIBEIRO, 2015, p. 556), não se pode utilizar a classificação dos direitos como obstáculo à efetivação dos direitos sociais,. Seja a divisão em direitos sociais e direitos civis ou seja em direitos de defesa e direitos a prestações, todos os direitos, independentemente de sua classificação, devem ser efetivados. Ainda mais que há disposição constitucional para a concretização dos vários direitos, sejam direitos civis, políticos ou sociais.

Ocorre uma íntima vinculação entre direitos fundamentais, Constituição e Estado de Direito. Os direitos fundamentais juntamente com a forma de Estado, o sistema de governo e a organização de poderes, são a essência de um Estado constitucional. Os direitos fundamentais perpassam todo o ordenamento jurídico. O Brasil, embora não possua norma expressa, é tido como um Estado Social e Democrático de Direito, sendo os

direitos fundamentais sociais imprescindíveis para o exercício efetivo de liberdades e oportunidades para que ocorra a justiça material (SARLET, 2012, p. 58-62).

Nesse sentido, a educação é fundamental para salvaguardar o direito a liberdade, alcançar o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, diminuir desigualdades socioeconômicas e promover o bem de todos, sem discriminação. Os diversos direitos devem coexistir de forma harmônica e indissociável.

Ademais, a educação não se restringe ao aspecto de instrução. No decorrer do tempo, ela incorporou relações com a cultura, a religião, a difusão e a preservação da língua. Os três objetivos da educação, previstos constitucionalmente, são o desenvolvimento pessoal pleno de cada aluno, a sua preparação para o exercício a cidadania e ainda a sua qualificação para o trabalho.¹⁴

Assim, verifica-se que um dos objetivos da educação é o aprendizado dos valores democráticos e a participação democrática dos membros da comunidade. Com o exercício da democracia na escola, durante o desenvolvimento do ensino-aprendizagem, o aluno está se capacitando para a democracia (GUTIÉRREZ, 2007, p. 242).

Existe uma estreita conexão entre educação e democracia e isso faz com que não só a educação no seu processo ocorra com democracia, mas com que a democracia, por meio da educação, seja continuamente exercida e incentivada. A democracia proporciona as condições para a educação desenvolver-se e vice-versa.

Dada a relevância do direito à educação há vários dispositivos constitucionais acerca desse direito. Por outro lado, para a efetividade do direito à educação, faz-se necessário levar em conta quem possui o dever

¹⁴ 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.

perante o mesmo. Isso, especialmente em relação a crianças e adolescentes de 4 (quatro) a 17 (dezesete), faixa etária delimitada como objeto dessa pesquisa.

3 DIREITO À EDUCAÇÃO E PREVENÇÃO DA EVASÃO ESCOLAR COMO DEVER DO ESTADO E DA FAMÍLIA

Os direitos fundamentais guardam relação com deveres fundamentais. A Carta constitucional de 1988 referiu-se expressamente a deveres fundamentais no art. 5º, no caput do capítulo I: “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Esse dispositivo não se limita à esfera individual, mas abrange também os deveres sociais e econômicos.

Embora, ocorra na doutrina um destaque expressivamente maior quanto aos direitos fundamentais, não se pode olvidar que o respeito aos respectivos deveres possibilita a proteção e promoção dos primeiros. O cumprimento das determinações constitucionais e legais quanto aos deveres, resultará em garantia ou não dos direitos fundamentais.

O direito fundamental à educação possui titulares e destinatários, sendo que o titular do direito fundamental na dimensão subjetiva de direitos e garantias é o sujeito ativo da relação jurídica. Já o destinatário é a pessoa em face de quem pode ser exigido o respeito, promoção ou proteção do direito. Tanto pessoa física, quanto jurídica ou ente despersonalizado pode ser destinatário (SARLET, 2012, p. 209).

Na esfera de direitos ocorreu o desenvolvimento dos direitos em geral, porém, também verificou-se a necessidade de direitos especiais para determinadas categorias de seres humanos em razão de suas especificidades. Assim surgiram os direitos voltados às pessoas portadoras de necessidades especiais, idosos e para crianças e adolescentes, dentre outros. A infância e a adolescência é integrada por pessoas com peculiaridades e

vulnerabilidade que necessitam da efetivação de direitos em consonância com seu grau de desenvolvimento e faixa etária.

Embora não o tenha feito de forma expressa como a Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição Brasileira de 1988 recepcionou o princípio da universalidade que se distingue do princípio da igualdade. Por meio do princípio da universalidade prescreve-se que todas as pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais. Além disso, em consonância com o princípio da igualdade, as diferenças devem ser consideradas (SARLET, 2012, p. 211).

A Constituição brasileira¹⁵, prevê essa diferenciação, dentre outros, ao determinar no seu art. 227 que é um dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os diversos direitos da criança e do adolescente com absoluta prioridade. Dentre eles, encontra-se destacado o direito à educação.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe quanto a diversos direitos da criança e adolescente que são deveres da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público. Trata-se, dentre outros, do dever de assegurar e efetivar com absoluta prioridade, o direito à educação, à vida, à saúde. E além disso, a destinação de recursos públicos para a proteção à infância e à juventude deve ser priorizada.¹⁶

No que tange à família em relação à educação, ocorre simultaneamente um direito e um dever. Tanto para o Estado como para os particulares há previsão constitucional de deveres, mas ocorrem diferenciações dependendo da natureza do destinatário daquele dever e das particularidades do objeto. Não significa que ocorra uma simetria entre estes direitos

¹⁵ “Art. 227. É dever da **família**, da **sociedade** e do **Estado** assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à **educação**, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (grifos nossos).

¹⁶ “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. [...] d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990, p. 1).

e deveres, pois o não cumprimento de um dever fundamental pode implicar na restrição de vários direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 228-232).

A omissão do dever do Estado ou da família perante a educação de seus filhos pode não só restringir o seu acesso à educação propriamente dita, mas eliminar ou diminuir a possibilidade de acesso a outros direitos fundamentais como o direito à liberdade, à saúde, à vida, a um trabalho digno, à segurança, à alimentação, à moradia, à cultura, à previdência social, dentre outros.

O artigo 208 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/1988¹⁷ prevê o direito de todos à educação e do dever do Estado e da família quanto a esta. Também prevê, a priorização da educação para crianças e adolescentes com a obrigatoriedade da disponibilização pelo Estado de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade. Entende-se que nesta etapa do desenvolvimento, a educação é ainda mais necessária.

A CRFB/1988¹⁸ estabelece no seu art. 205 que a educação é direito de todos, mas também é dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade. Além disso, há legislação infraconstitucional como a Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, também conhecida como LDB - Lei de Diretrizes e Bases que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional que é relevante para o direito à educação e a questão da frequência escolar.

A LDB¹⁹ no seu art. 5º, incisos I e II prevê que os municípios e estados devem recensear todo ano as crianças e adolescentes em idade

¹⁷ 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009) [...].

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 exigi-lo. § 1º O poder público, na esfera de sua competência federativa, deverá: I - recensear anualmente as crianças

escolar. Também jovens e adultos que não concluíram a educação básica, incluindo a obrigação de fazer-lhes a chamada pública. Esta legislação visa oportunizar a inserção ou o retorno dos que não estão exercendo o seu direito à educação. Busca-se dessa forma concretizar o acesso à educação.

A Lei nº 9.394/1996²⁰ também trata da matrícula obrigatória que deve ser feita pelos pais e da permanência do aluno na escola no art. 5º, III. Ali estabelece que o poder público, na esfera de sua competência, deve atuar junto aos pais ou responsáveis em prol da frequência escolar. A matrícula e a frequência obrigatórias estão diretamente ligadas à permanência na escola. A finalidade é evitar que a evasão escolar ocorra. A não efetivação do direito à educação pode levar à perda da única oportunidade disponível para que milhões de crianças e adolescentes rompam com a miséria que perdura por gerações.

Mesmo diante da previsão constitucional existem graves problemas de evasão ou abandono escolar no Brasil que interferem nos direitos de cada pessoa e também causam óbices ao desenvolvimento do país. Segundo a Conferência Nacional de Educação (CONAE) de 2010, a média de anos de estudo da população brasileira é baixa, sendo em torno de seis anos de escolarização (BRASIL, 2010, p. 67).

O direito à permanência na escola e conseqüente combate à evasão escolar, atualmente, não é mais uma questão exclusiva da escola. Esse problema transformou-se em uma questão social visível, inclusive destacando-se negativamente no panorama internacional. O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF, 2016, p. 1) e a Campanha Nacional pelo Direito à Educação divulgam estudo que aponta a existência de 3,7 milhões de crianças e adolescentes no Brasil que se encontram fora da escola.

e adolescentes em idade escolar, bem como os jovens e adultos que não concluíram a educação básica; II - **fazer-lhes a chamada pública** [] (BRASIL, 1996, p. 2-3, grifos nossos).

²⁰ Art. 5º [...] III - **zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.** Art. 6º É dever dos pais ou responsáveis **efetuar a matrícula** das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade (BRASIL, 1996, p. 3-4, grifos nossos).

Há estatísticas alarmantes no Brasil quanto à evasão escolar relacionada à desigualdade social. Pesquisas mostram que menor renda familiar implica em maiores dificuldades para a efetivação do direito à educação. Das crianças com idade superior a recomendada²¹, 62,02% é de famílias com renda familiar per capita de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Já entre as crianças com renda familiar superior a dois salários mínimos, a evasão escolar é mais baixa, correspondendo a 11,52% (UNICEF, 2016, p. 1).

É preocupante o fato de que aqueles que mais necessitam da efetivação do direito à educação, são os que não alcançam. Isso tem levado ao que se convencionou chamar de pobreza intergeracional. As famílias pobres reproduzem a pobreza para os seus descendentes com um círculo vicioso aparentemente interminável, mas que pode ser interrompido por meio do Direito e de políticas públicas²² adequadas e eficientes.

No Brasil, na faixa etária entre 15 e 17 anos, há mais de 1,5 milhão de adolescentes fora da escola (14,8% dessa população). Em termos proporcionais, a região com mais adolescentes de 15 a 17 anos fora da escola é a Sul (17,1%), seguida da Centro-Oeste (16,7%) (UNICEF, 2016, p. 1).

Muitas vezes, passa despercebida a existência de grande número de adolescentes excluídos do sistema de ensino nos estados do Sul do Brasil (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul). Em diversas ocasiões, enfatiza-se somente os problemas da educação na região Norte e Nordeste, porém está demonstrado que existem, também para a região Sul, desafios para as políticas públicas quanto ao direito à educação.



A universalização dos 9 anos de estudo para a faixa etária de 6 a 9 anos foi elencada pelo Ministério da Educação²³ como uma das metas de 2011 a 2020 (BRASIL, 2016, p. 7). E ainda elevar a escolaridade média da população de 18 a 24 anos, de forma a alcançar no mínimo de 12 anos de estudo (BRASIL, 2016, p. 54).

Segundo nota técnica do Ministério de Educação (BRASIL, 2016, p. 65), a erradicação do analfabetismo depende da continuidade nos estudos. Campanhas de curta duração, por exemplo de 8 ou 9 meses não são a solução. É necessário que o aluno permaneça na escola por mais tempo para que ocorra a alfabetização.

A não efetivação do direito à educação, entre outros, pela impossibilidade da permanência de crianças e adolescentes no sistema de ensino é um empecilho para o desenvolvimento humano, social e econômico do Brasil. Objetivando sanar este grave problema da evasão escolar, no estado de Santa Catarina executa-se o Programa APOIA - Aviso por Infrequência de Aluno que busca a permanência do aluno no sistema de ensino e também realiza encaminhamentos para melhorar o acesso a outras políticas públicas.

4 PROGRAMA APOIA A FREQUÊNCIA ESCOLAR COMO DEVER DA FAMÍLIA E DO ESTADO QUANTO AO ENSINO OBRIGATÓRIO

Em Santa Catarina, a observação da existência de sucessivas faltas de alunos levou a criação de um programa visando evitar que a infrequência escolar transforme-se em abandono da escola (evasão escolar). O Aviso Por Infrequência de Aluno - APOIA, é um programa desenvolvido

²³ Meta 8: Elevar a escolaridade média da população de 18 a 24 anos de modo a alcançar mínimo de 12 anos de estudo para as populações do campo, da região de menor escolaridade no país e dos 25% mais pobres, bem como igualar a escolaridade média entre negros e não negros, com vistas à redução da desigualdade educacional (BRASIL, 2010, p. 54).

em Santa Catarina pelo Ministério Público - MP e executado em conjunto com a Secretaria Estadual de Educação e Conselhos Tutelares.

O mesmo formato de programa existe nos três estados do sul do país. Denomina-se no Rio Grande do Sul, FICAI (Ficha de Comunicação de Aluno Infrequente), em Santa Catarina, APOIA (Aviso por Infrequência de Aluno) e no Paraná, FICA (Ficha de Comunicação do Aluno Ausente).

Trata-se de Programa de Combate à Evasão Escolar que visa a permanência na escola de crianças e adolescentes de 4 a 17 anos, objetivando a conclusão de todas as etapas da Educação Básica de qualquer sistema de ensino. Promove o retorno à escola de alunos da rede estadual, municipal e particular de ensino que não concluíram integralmente seus estudos (MPSC, 2014b, p. 9).

O lançamento do Programa de Combate à Evasão Escolar APOIA aconteceu no ano de 2001 mediante um termo de cooperação por meio de um sistema integrado e interinstitucional para apoiar o aluno infrequente ou evasivo e sua família (MPSC, 2014a, p. 3, 36-37).

As primeiras ações quanto ao Programa APOIA são do professor, seguidos pelo diretor o estabelecimento de ensino. O professor deve diariamente monitorar a frequência escolar de seus alunos. Caso um aluno tenha faltado 5 (cinco) dias consecutivos ou 7 (sete) dias alternados deve ser preenchida a ficha de notificação inicial do APOIA (MPSC, 2014b, p. 17-18).

Depois, deverão ser relatadas quais as providências que a escola tomou. Em caso de êxito, ou seja, do retorno do aluno à escola, esta informação deve ser inserida no sistema. Em caso contrário, o APOIA é encaminhado para o Conselho Tutelar.

O encaminhamento pelo sistema APOIA disparará simultaneamente um email para o Conselho Tutelar e neste momento iniciam os (quatorze) dias de prazo para que o mesmo tome as providências. O Conselho Tutelar entra em contato com a família pessoalmente ou se por telefone,

convoca a família para uma reunião e anota quais as justificativas²⁴ são dadas pelos responsáveis. Se o aluno não retornar aos estudos escolares com as providências do Conselho Tutelar, o APOIA é encaminhado para o Ministério Público. (MPSC, 2014b, p. 32-37).

Os mesmos procedimentos são realizados pelo Ministério Público que além disso, diante das circunstâncias verificadas entrará com uma ação contra a família, seja esta constituída por pai e mãe ou pelos responsáveis legais detentores de guarda.

Para dimensionar o APOIA, apresenta-se na Tabela 1, a quantidade de notificações deste programa nos dezenove municípios das quatro maiores comarcas²⁵ do Oeste de SC em relação ao número de alunos matriculados.

Existe uma classificação realizada pelo SUAS (Sistema Único de Assistência Social) baseada na população de cada município. Segundo essa classificação Chapecó é o único município do oeste catarinense considerado de Grande Porte (município de 100.001 a 900.000 habitantes). Caçador, Concórdia e Videira, nestas comarcas são os tidos como de Médio Porte (município de 50.001 a 100.000 habitantes). Os demais municípios abordados são de Pequeno Porte I por possuírem menos que 20.000 habitantes. (MPSP, 2015, p. 1).

Esclarecida a existência dessa classificação, pois apesar da evasão escolar ser um problema comum a todos, em determinados municípios de pequeno porte ainda há certas características que favorecem a permanência do aluno na escola. E ainda, há maior proximidade entre escola e família.

²⁴ As justificativas são: dificuldades de aprendizagem, está trabalhando, envolvimento com drogas e se não enquadrar em nenhuma destas, a última alternativa é “Outros. Quais” que deverá ser especificada. (MPSC, 2014, p. 33).

²⁵ Os municípios sede de Comarca e que tem maior população são: Chapecó, Caçador, Concórdia e Videira.

Tabela 1 – Quantidade de notificações do Programa APÓIA no ano de 2015 em todos os município das quatro maiores comarcas do Oeste de SC

MUNICÍPIO	MATRÍCULAS	Nº APOIAS	PERCENTUAL	COMARCA
Irani	2.075	120	6	Concórdia
Guatambu	1.158	42	4	Chapecó
Videira	10.878	389	4	Videira
Concórdia	14.903	481	3	Concórdia
Iomerê	501	16	3	Videira
Caçador	14.689	467	3	Caçador
Presidente Castelo Branco	357	11	3	Concórdia
Nova Itaberaba	896	23	3	Chapecó
Chapecó	43.436	660	2	Chapecó
Arroio Trinta	663	10	2	Videira
Calmon	1.066	13	1	Caçador
Peritiba	555	4	1	Concórdia
Salto Veloso	897	6	1	Videira
Rio das Antas	1.349	9	1	Caçador
Planalto alegre	541	3	1	Chapecó
Alto Bela Vista	279	1	0	Concórdia
Cordilheira Alta	906	1	0	Chapecó
Macieira	365	0	0	Caçador
Caxambu do Sul	809	0	0	Chapecó
TOTAL	96.323	2.256		

Fonte: Elaboração a partir de dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP e do Centro de Informática e Automação do Estado de Santa Catarina - CIASC.

Na Tabela 1, os municípios foram ordenados tendo-se como referência aqueles que tem o maior percentual de notificações do APÓIA. Verifica-se que o maior percentual é do município Irani, com 6% (seis por cento), seguido pelos municípios de Guatambu e Videira com 4% (quatro por cento). Com 3% (três por cento) de APÓIAS em relação às matrículas, tem-se Concórdia, Iomerê, Caçador, Presidente Castelo Branco e Nova Itaberaba.

Para verificar o resultado da atuação da escola, Conselho Tutelar e Ministério Público foram selecionados alguns dos municípios das qua-

tro maiores comarcas do Oeste de Santa Catarina, contemplando os três portes quanto à população com os percentuais de emissão de Avisos Por Infrequência de Aluno e os dados foram contemplados na Tabela 2.

Tabela 2– Êxito Programa APÓIA no ano de 2015 em municípios do Oeste de SC

Municípios	Escola	C. Tutelar	M.Público	TOTAL	Escola	C. Tutelar	M.Público
Chapeco	22	331	9	362	6%	91%	3%
Caçador	30	67	1	98	31%	68%	1%
Concórdia	2	180	18	200	1%	90%	9%
Videira	2	110	20	132	2%	83%	15%
Irani	32	43	7	82	39%	52%	9%
Salto Veloso	0	1	0	1	0%	100%	0%
Calmon	0	1	0	1	0%	100%	0%
Planalto Alegre	0	1	1	2	0%	50%	50%

Fonte: Elaboração a partir de dados do Centro de Informática e Automação do Estado de Santa Catarina - CIASC.

A Tabela 2 mostra uma concentração de êxito maior no Conselho Tutelar. Para o Ministério Público é justificado um menor número de resoluções, pois a maioria dos APÓIA nem chegam a esta instituição. Eles são resolvidos antes pela escola ou pelo Conselho Tutelar.

A escola é a primeira e normalmente a única que tem contato com todos os alunos inseridos no APÓIA. A instituição de ensino não tem se utilizado desta vantagem. Ao contrário, em alguns municípios os números evidenciam uma acentuada omissão da escola na prevenção à evasão escolar por meio do APOIA. A ação de busca ativa que deveria ser efetuada pela escola mostra-se reduzida. Em nenhum dos gráficos apresentados a escola ultrapassa o Conselho Tutelar na resolução da infrequência escolar detectada pelo APÓIA.

Verificou-se que nos dois municípios em que a escola teve melhor desempenho foi no município de Irani com 39% (trinta e nove por cento) de

êxito. E ainda no município de Caçador com 36% (trinta e seis por cento), mas em ambos ainda bem distanciados da atuação do Conselho Tutelar.

O Ministério Público teve uma atuação destacada com um percentual de 15% (quinze por cento) no município de Videira. Salienta-se que o MP não tem acesso a todos os Avisos Por Infrequência de Aluno, pois só recebe o saldo de notificações não resolvidas pela escola e pelo Conselho Tutelar.

Segundo a coordenação do Programa APÓIA, em todo o estado de Santa Catarina no ano de 2015 foram 24.778 alunos atendidos pelo Programa APÓIA, e destes, 11.593 alunos retornaram à sala de aula como resultado desse programa.

Nas comarcas do Oeste de Santa Catarina analisadas foram mais de 900 (novecentas) crianças e adolescentes que retornaram ao sistema de ensino por meio do Programa APÓIA no ano de 2015 nestas 4 comarcas que totalizam 19 municípios. E além do retorno às aulas, em muitas das vezes, houve o encaminhamento para as diversas políticas públicas existentes nos municípios em áreas que ultrapassam o âmbito da educação;

O número de alunos que retornam às aulas poderia ser maior, pois como de vê na Tabela 1, o número total de Avisos Por Infrequência de Aluno em 2015, nestes municípios foi de 2.256. Uma parte ainda está em andamento e parcela menor foi arquivada, mas mesmo assim trata-se de uma resolução de menos de 50% (cinquenta por cento) dos casos.

Nota-se que em todas as relações de busca da permanência do aluno na escola, através do APOIA, cada instituição reporta-se à família. A escola é a que primeiramente busca contato (ou ao menos deveria) com a família. Depois, o Conselho Tutelar e o Ministério Público também telefonam, convocam a família para audiência ou visitam-na na residência ou local de trabalho.

A família é de grande importância para a efetivação do direito à educação de crianças e adolescentes. É ela que efetua a matrícula, compra os materiais escolares e roupas, providencia transporte, acompanha até a

escola (no caso de crianças ou na apresentação de qual escola estudará). No desenvolvimento dos estudos, a família repassará para seus filhos qual é o lugar dos estudos na hierarquia de valores.

Verificou-se acórdãos referente o APOIA e aqui se traz alguns a título ilustrativo. Há que se salientar que não há grande número de processos que chegaram ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina em sede de recurso, tendo em vista que a grande maioria é resolvida antes mesmo de chegar ao Poder Judiciário ou ainda quando tramitando na primeira instância judicial.

Foi realizada pesquisa na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e foram encontrados acórdãos referente o Programa APOIA. São relativos ao combate à infrequência e evasão escolar e consequentemente objetivando a permanência de crianças e adolescentes no sistema de ensino. Trata-se de processos ajuizados pelo Ministério Público de Santa Catarina contra os pais de alunos que deixaram de frequentar às aulas. O embasamento legal é o art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁶.

O artigo 249 do ECA prevê pena para o descumprimento do poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda. Assim pai, mãe ou o responsável que tem a tutela ou guarda podem ser acionados na justiça tendo como pena a multa de três a vinte salários de referência. Se ocorrer a reincidência aplica-se o dobro do valor.

O poder familiar é exercido em iguais condições pelo pai e pela mãe e traz o dever de guarda e educação dos filhos menores. É de sua incumbência o sustento, guarda e educação dos filhos menores, bem como das determinações judiciais.²⁷ Dessa forma, o exercício do poder familiar é um direito, mas

²⁶ Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (BRASIL, 2015, p. 53).

²⁷ Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Art. 22. Aos pais **incumbe**

apresenta diversos deveres que devem ser cumpridos, pois ao contrário existirão consequências não só de cunho moral, mas também legal.

Ultrapassadas as diversas fases do Programa APOIA na Escola, Conselho Tutelar e Ministério Público sem retorno do aluno à escola, a seguir sucederá a fase judicial. A ação contra os pais é proposta pelo Ministério Público e após a produção de provas com oitiva de testemunhas, relatórios, etc., o juiz profere a sentença e se vencidos, os pais poderão recorrer por meio de apelação.

No julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 06/05/2014 referente o processo de nº 2012.017011-5 (SANTA CATARINA - TJSC, 2014). ficou demonstrado que a mãe foi instruída pelo Poder Público por várias ocasiões quanto as consequências da infrequência escolar de seu filho. Apesar disso, a criança continuou faltando e até os oito anos de idade ainda não tinha sido alfabetizado. Esta criança foi colocada no abrigo e retornou à escola com frequência normal demonstrando a negligência da genitora, segundo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O recurso da mãe foi improvido, mantendo-se a multa.

O Processo de nº 2012.066775-9 foi julgado em 13/11/2013 (SANTA CATARINA - TJSC, 2013). Trata-se de um adolescente e os pais incorreram no art. 249 do ECA, pois contribuíram, segundo o Poder Judiciário, para a ausência do filho na escola. Houve comprovação no processo que os pais foram negligentes, pois não incentivaram a permanência do filho na escola, obstando portanto o seu direito à educação.

Assim, algumas vezes, a questão de faltas às aulas de alunos acabam chegando até o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, bem como outros tribunais estaduais. Não são em maior número de casos, devido ao trabalho feito previamente pelos diversos componentes do APOIA, em

o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL, 2015, p. 4, grifos nossos).

Santa Catarina, especialmente o Conselho Tutelar e o Ministério Público Estadual. E ainda, ações desenvolvidas, mas em menor grau, pela escola.

O APOIA é uma forma de realizar um procedimento padrão para levantamento de problemas ligados à evasão escolar. Sem a sua existência haveria maior risco de não encaminhamento de parte dos casos de evasão escolar ao Poder Judiciário.

Sugere-se que seja criada uma comissão interdisciplinar em cada município para acompanhar e melhorar o Programa APOIA. A educação é um direito de crianças e adolescentes, mas também é um dever do Estado e da família. A família precisa desempenhar o seu papel de protagonista na educação, mas por hora necessita de um incentivo da escola, do Conselho Tutelares do Ministério Público.

O investimento de recursos no enfrentamento da evasão escolar é mínimo comparando-se com os benefícios que proporciona. Os reflexos são visíveis na melhoria da educação, da saúde pública, no acesso aos diversos programas existentes. Um êxito mais consistente do APOIA e das diversas políticas públicas que contribuam com a efetivação do direito à educação, resultarão em benefícios socioeconômicos duradouros para os catarinenses e para todo o Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante a ação desenvolvida pelos diversos entes públicos com vistas a prevenção da evasão escolar e consequente efetivação do direito à educação com a permanência de crianças e adolescentes na escola. Verifica-se que o APOIA tem resultados positivos na prevenção à evasão escolar, porém, mas há espaço para o aprimoramento de sua execução. O seu melhor funcionamento evitaria ou diminuiria a judicialização da negligência dos pais no atinente ao direito à educação.

Há necessidade de se buscar melhores resultados na prevenção da evasão escolar pelo Programa APOIA, bem como por meio das demais políticas públicas. É importante que a Secretaria de Estado de Educação, Conselhos Tutelares e Ministério Público aprimorem o acompanhamento e a capacitação dos operadores do APOIA.

É primordial incentivar e transmitir a importância do preenchimento correto do APOIA e principalmente que seja realizado o contato com as famílias para que o aluno volte a frequentar a escola. Isso para que o APOIA não seja simplesmente mais um formulário burocrático a ser preenchido, mas que adquira seu real significado de “resgatar” milhares de crianças e adolescentes viabilizando oportunidades para que tenham um futuro melhor.

A família tem o dever perante a educação, mas nem sempre o cumpre. Nesse caso é dever do Estado primeiramente subsidiar esta família para que tenha condições de cumprir seu papel e posteriormente cobrar de forma coercitiva até por meio de uma ação judicial.

O Poder Judiciário tem contribuído com o Programa APOIA, mas já em uma etapa onde foram esgotadas as demais possibilidades. Em geral, as comarcas aplicam multa aos genitores e em caso de recurso esta tem sido geralmente mantida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Além de melhoria na performance do Programa APOIA, necessita-se que outras políticas públicas interfiram positivamente na efetividade do direito à educação. Estas deveriam corroborar para que não ocorresse evasão escolar com a conexão entre as várias políticas públicas, inclusive a política econômica. A melhor distribuição de renda está vinculada a um melhor índice de frequência escolar e a maior número de anos de estudo.

Espera-se que cada vez mais, a família (pais e filhos) e o Estado cumpram o seu dever em relação à educação. Isso para que este país alcance melhores índices de frequência escolar, qualidade de ensino, de anos de escolarização e de desempenho, dentre outros. Dessa forma será

possível a efetivação do direito à educação que é um pressuposto para que no Brasil ocorra um maior desenvolvimento social, econômico e cultural e para isto mudanças precisam ser feitas nos programas e políticas públicas que buscam a prevenção da evasão escolar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A Teoria dos Direitos Fundamentais. 2º ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 7ª Tiragem. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Eliever, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari et al. Direitos humanos e políticas públicas. São Paulo, Pólis, 2001. (Cadernos Pólis, 2).

GUTIÉRREZ, Ana Mª Veiga. La objeción de conciencia en el ámbito educativo In Los derechos fundamenales en la educación. Cadernos de Derecho Judicial 11-2007. Organizadores: José Luis Requero Ibáñez e José Luis Matínez López-Muniz. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 209-296.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Transferir custos para o setor privado a fim de realizar direitos à educação e à cultura: uma análise da posição do Supremo Tribunal Federal. Espaço Jurídico: Journal of Law da Editora UNOESC. Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 555-578, jul./dez. 2015.

SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev, atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Derechos sociales: Imprescindibilidady Garantías. Espanha: Editorial Aranzadi, 2011.

REFERÊNCIAS INSTITUCIONAIS

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 dez.2015.

BRASIL. Decreto no 591, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Do591.htm>. Acesso em: 04 jan.2016.

BRASIL. Lei de diretrizes e bases. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.639.htm>. Acesso em: 30 dez.2015.

BRASIL. Decreto nº 6.094, de 24 de abril de 2007. Dispõe sobre a implementação do Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6094.htm>. Acesso em: 03 02 2016

BRASIL. Documento Final da Conferência Nacional de Educação (CONAE) de 2010. MEC- Ministério da Educação. 27.05.2010. Disponível em: <http://conae.mec.gov.br/images/stories/pdf/pdf/documentos/documento_final_sl.pdf>. Acesso em: 03 jan.2016.

BRASIL. O PNE 2011-2020: Metas e estratégias. Disponível em: <http://fne.mec.gov.br/images/pdf/notas_tecnicas_pne_2011_2020.pdf>. Acesso em: 05 jan.2016.

CIASC. Centro de Informática e Automação do Estado de Santa Catarina. Sistema APOIA. Disponível em: <<http://www.ciasc.sc.gov.br/consultas-ciasc?server=1>>. Acesso em: 07 jan.2016.

INEP. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Consulta à matrícula. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-matricula>. Acesso em: 22 dez.2015.

MPSC - Ministério Público de Santa Catarina. (2014a). Centro de Apoio da Infância e Juventude (CIJ) Escritório de Processos – GEDEP - CORH. Karin Maria Schloein. A concepção do Sistema On-line do APOIA e sua importância estratégica para o aprimoramento do Programa. Disponível em: <<http://documentos.mp.sc.br/portal/conteudo/cao/cij/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20APOIA%20-%20Palestra%20Karin%20Maria%20Schloein.pdf>>. Acesso em 22 dez.2015.

MPSC. Ministério Público de Santa Catarina. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. Manual do sistema APOIA Online. (2014b). Florianópolis: MPSC, 2014.

MPSP. Ministério Público de São Paulo. Considerações importantes para a avaliação dos Equipamentos CRAS e CREAS nos municípios: SUAS (Sistema Único de Assistência Social). Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Convivencia_Familiar/cv_outras_convivencia/Considera%C3%A7%C3%B5es%20%20SUAS%20\(CRAS%20e%20CREAS\).doc](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Convivencia_Familiar/cv_outras_convivencia/Considera%C3%A7%C3%B5es%20%20SUAS%20(CRAS%20e%20CREAS).doc). Acesso em: 28 dez.2015.

OEA -Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Declaração americana dos direitos e deveres do homem. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.html>. Acesso em: 03 dez.2016.

ONU - Organização da Nações Unidas. UNESCO. Organização da Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponibilizada pela representação da UNESCO no Brasil. Brasília, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 29 dez.2015.

ONU - Organização da Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos da Criança. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 03 dez.2015.

SANTA CATARINA - Tribunal de Justiça, 2013. Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente. Processo de nº 2012.066775-9, Acórdão de 13/11/2013. Quarta Câmara Criminal Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora>. Acesso em: 30 dez.2015.

SANTA CATARINA - Tribunal de Justiça, 2014. Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente. Processo de nº 2012.017011-5, Acórdão de 06/05/2014. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora>. Acesso em 30 dez.2015.

UNICEF- Fundo das Nações Unidas para a Infância. UNICEF e Campanha Nacional pelo Direito à Educação lançam relatório sobre as crianças e os adolescentes fora da escola e em risco de evasão no Brasil. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/media_24119.htm>. Acesso em: 05 jan.2016.

MODELOS DE SEGURIDADE SOCIAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Clarice Mendes Dalbosco*

Resumo: Este artigo versa sobre direito fundamental de seguridade social e alguns modelos de sistemas de seguridade social presentes no mundo contemporâneo. Tal direito encontra-se reconhecido em diversos instrumentos internacionais e integra o rol de direitos fundamentais sociais da Carta de 1988, destinando-se a assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. O objetivo deste estudo é analisar os diferentes regimes de seguridade social, bem como compreender como os Estados efetuaram determinadas escolhas na constituição de suas políticas públicas de bem-estar social, se com maior ênfase no mercado regular de trabalho, ou com uma concepção mais voltada a dignidade da pessoa humana e a proteção social universal. Verificou-se que cada modelo definiu formas de combate à pobreza, promoveu escolhas voltadas aos riscos sociais e ao equilíbrio econômico-financeiro de suas instituições. Destaca-se as considerações históricas apresentadas acerca dos instrumentos legais de proteção ao bem estar-social, especialmente a Recomendação n. 202 da OIT, que definiu pisos mínimos de proteção social para os países membros. O Brasil, entretanto, adotou um novo modelo de seguridade social com a Constituição de 1988, cujos desafios voltados a verdadeira garantia de direitos sociais denotam que ainda há um grande percurso a ser vencido, demonstrado, inclusive, pela ausência de um debate profundo acerca do tema da seguridade e suas implicações no

* Mestranda em Direito no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, em Chapecó - Santa Catarina. Integrante do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Seguridade Social, onde desenvolve dissertação sobre Direitos Fundamentais de Assistência Social sob orientação do Professor Dr. Carlos Luiz Strapazzon. Possui Especialização em Ciências Exatas pelo IBPEX - Instituto Brasileiro de Pós-Graduação e Extensão (2001). Graduada em Matemática - Universidade Federal Tecnológica do Paraná UTFPR (2000). Graduada em Direito - CESUL - CENTRO SULAMERICANO DE ENSINO SUPERIOR - Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (2013). Professora de Teoria do Direito e Direito da Seguridade Social na Faculdade de Direito de Francisco Beltrão - CESUL. Advogada - OAB/PR 69.838.

desenvolvimento humano. Quanto ao método, trata-se de pesquisa conceitual e de análise crítica e comparativa dos instrumentos internacionais que tratam do tema da seguridade à luz dos estudos desenvolvidos por Esping-Andersen e Célia Kerstenetzky.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Seguridade Social. Sistemas de Seguridade Social.

Abstract: *This article is about the fundamental right to social security and some models of social security systems present in the contemporary world. This right is recognized in various international instruments and integrates the social list of fundamental rights of the 1988 and is designed to ensure rights to health, social security and social assistance. The aim of this study is to analyze the different social security schemes as well as understand how the United effected certain choices in the creation of public policies of social welfare, with greater emphasis on the regular labor market, or with a more focused design the dignity of the human person and the universal social protection. It was found that each model defined ways to combat poverty, promoted choices geared to social risks and the economic and financial balance of their institutions. Noteworthy is the historical considerations put forward about the protection of legal instruments to welfare and social, especially the Recommendation. 202 ILO, which set minimum levels of social protection for member countries. Brazil has, however, adopted a new social security model with the 1988 Constitution, whose challenges facing the real social rights guarantee denote that there is still a great way to overcome, demonstrated even by the absence of a profound debate about the issue of security and its implications for human development. As for the method, it is conceptual research and critical and comparative analysis of international instruments dealing with the issue of security in the light of the studies developed by Esping-Andersen and Celia Kerstenetzky.*

Keywords: Fundamental Social Rights. Social Security. Social Security systems.

1 INTRODUÇÃO

Este texto tem por finalidade analisar os mecanismos estruturantes para a proteção dos direitos dos cidadãos à seguridade social, especialmente no que tange à análise acerca de diferentes modelos de seguridade social presentes na contemporaneidade, sem abandonar certos aspectos históricos e evolutivos desses sistemas.

Dentro dessa perspectiva de estudo, o objetivo desse trabalho é avaliar como cada um desses modelos de seguridade protege direitos fundamentais sociais, e, se tais direitos, assim reconhecidos, são os mesmos em cada um dos sistemas.

Na primeira parte analisar-se-á alguns instrumentos jurídicos internacionais acerca do tema da seguridade, demonstrando a vinculação que existem entre esses documentos e a estruturação do plano legislativo alinhado à temática no Brasil.

Outrossim, no Brasil, o modelo de Seguridade Social balizado pela Constituição Federal de 1988 congrega direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, importantes bens jurídicos que são, também, objeto de proteção em outros modelos, não guardando, necessariamente, estrita paridade e sintonia.

Na segunda e terceira partes discutir-se-á alguns dos modelos de seguridade social institucionalizados em certos países, e, sobre o modelo de seguridade social brasileiro.

Os sistemas de seguridade social, incluindo sistemas de previdência social, já provaram ser mecanismos eficientes de redução da pobreza e de controle da desigualdade. Mas os níveis de cobertura são bastante limitados na maioria dos países.

O presente estudo revela-se importante ao passo que discutir o tema da seguridade implica no fortalecimento do discurso inclusivo e visa

assegurar um patamar mínimo de direitos fundamentais à todos os indivíduos. O relatório desenvolvido pelo Grupo Consultivo que trata dos *Pisos de Proteção Social para uma Globalização Equitativa e Inclusiva*¹, da OIT, publicado em Genebra no ano de 2011, apresenta dados preocupantes. Das cerca de 7 bilhões de pessoas no mundo, 5,1 bilhões não têm acesso à proteção social adequada. Em relação à segurança de renda para as pessoas desempregadas, os subsídios (ou seguro) de desemprego geralmente baseiam-se em contribuições, sendo portanto disponíveis apenas para as pessoas que possuem emprego formal. Nesse sentido, em todo o mundo, pouco mais de 15% do total de desempregados recebem alguma espécie de subsídio capaz de mantê-lo na situação de risco que o desemprego representa.

Os níveis mais elevados de desigualdade de renda apontam que certos indivíduos vivem uma maior privação e gozam de menos oportunidades para o desenvolvimento. Os padrões de polarização e segregação que resultam de tal contexto têm impacto profundo e negativo na sociedade e na estabilidade política.

Diante dessas circunstâncias, e dos dados acima apresentados, falar sobre pisos de proteção social e aspectos que modelam os sistemas de seguridade social ampliam o rol de direitos humanos fundamentais e alargam a discussão sobre dignidade humana.

Quanto ao método, o estudo será sobretudo conceitual e de análise crítica e comparativa de alguns diferentes modelos de seguridade social, sob a luz da teoria de Célia Kerstenetzky e Gosta Esping-Andersen.

¹ O Relatório do Grupo Consultivo presidido por Michelle Bachelet, constituído pela OIT com a colaboração da OMS. Este Grupo Consultivo foi constituído em agosto de 2010 pela OIT, enquanto coordenadores da Iniciativa Piso de Proteção Social do CEB (Chefes Executivos do Sistema Nações Unidas), para fornecer orientações para o desenvolvimento e implementação do conceito de Piso de Proteção Social, bem para como promovê-lo em plano global. O documento pode ser visualizado na íntegra no endereço eletrônico: < http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/pub_relatbachelet.pdf > Acesso em 22 fev 2016.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGURIDADE SOCIAL

Um dos primeiros registros históricos referente a um marco legislativo acerca da temática da seguridade social foi a Lei de Amparo aos Pobres (*Poor Relief Act*), na Inglaterra, em 1601, que instituiu a contribuição obrigatória para fins sociais. Mais tarde, no ano de 1883, veio a chamada Lei Bismarck, na Alemanha, que criou o seguro social e tornou obrigatório que trabalhadores que recebessem até certa quantia² se filiassem às sociedades seguradoras ou entidades de socorros mútuos. A igreja também teve sua contribuição neste assunto. Visando prevenir contingências futuras, adotou posturas fortemente marcadas pelo ideal de solidariedade. Tal postura fica muito clara na Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII (1891), e na *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI (1931), sem, contudo, que tais documentos previssem uma forma de como o seguro social seria efetivamente instituído (MARTINS, 2015, p. 04).

Em período ulterior, em 1917 e 1919, respectivamente, foi a vez das Constituições do México³ e de Weimar⁴ (Alemanha), marcadas por inaugurarem a fase do constitucionalismo social e alçarem ao ápice do ordenamento jurídico dos seus países direitos trabalhistas, econômicos e previdenciários.

² Essa quantia era de 2.000 marcos anuais.

³ O artigo 123 da Constituição do México previa que os empresários eram responsáveis pelos acidentes do trabalho e pelas moléstias profissionais dos trabalhadores, em razão do exercício da profissão ou do trabalho que executassem. E ainda, que os patrões deveriam pagar a indenização correspondente, conforme a consequência decorrente fosse a morte, ou simplesmente a incapacidade temporária ou permanente para o trabalho (MARTINS, 2015, p. 05).

⁴ A Constituição de Weimar criou um sistema de seguros sociais para poder, com concurso dos interessados, atender a conservação da saúde e da capacidade para o trabalho, à proteção, à maternidade e à previsão das consequências econômicas da velhice, da enfermidade e das vicissitudes da vida (art. 161). Definiu que ao Estado compete prover a subsistência do cidadão alemão, caso não possa proporcionar-lhe a oportunidade de auto-sustentar-se com um trabalho produtivo (art. 163) (MARTINS, 2015, p. 05).

A criação da OIT – Organização Internacional para o Trabalho⁵, fundada em 1919, evidenciou perante a comunidade internacional a necessidade de se criar um programa que tratasse de previdência social. Atualmente, OIT atua diretamente em uma ação legislativa internacional voltada às questões de trabalho, marcada como uma justificação política e especialmente social, no sentido de implementar a justiça social e promover meios de universalizar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. No termo de constituição da OIT está consignado o princípio de que “não pode haver paz social duradoura sem justiça social” (PAMPLONA FILHO; BRANCO, 2014. p. 80).

O Brasil é país membro da OIT e ratificou diversas convenções⁶, dentre elas a Convenção n. 102, uma das mais importantes para o tema, que trata das normas mínimas de seguridade social e estabelece patamares internacionais básicos para a organização dos sistemas de seguridade social de cada Estado signatário. A Convenção n. 102 foi aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, no ano de 1952 e entrou em vigor no plano internacional em 27 de abril de 1955. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 269, de 19 de setembro de 2008, do Congresso Nacional e ratificada em 15 de junho de 2009.

⁵ A OIT foi fundada em junho de 1919 através do Tratado de Versalhes, logo após a Primeira Guerra Mundial. Sua composição é tripartite, cuja estrutura conta com representantes dos empregadores, dos trabalhadores e do governo. A OIT é uma agência que, embora vincule-se à ONU (Organização das Nações Unidas), é um sujeito de Direito Internacional, dotado de direitos e obrigações próprios. Sua atuação manifesta interesse e demonstra preocupação pelos problemas da proteção social, especialmente vinculados aos problemas laborais. Outra finalidade da OIT é a atuação técnica, que visa ao balizamento teórico acerca da criação de normas internacionais e da difusão dos estudos sobre o trabalho. Em 1946 tornou-se a primeira agência especializada da ONU (PAMPLONA FILHO; BRANCO, 2014. p. 75-77).

⁶ Várias convenções da OIT tratam da matéria de previdência e seguridade, cita-se: (i) Convenção 12 – trata de acidentes de trabalho na agricultura; (ii) Convenção 17 – indenização por acidente de trabalho; (iii) Convenção 24 - relativo ao seguro de enfermidades dos trabalhadores da indústria; (iv) Convenção 35 - sobre seguro de velhice; (v) Convenção 37 – sobre seguro por invalidez na indústria; (vi) Convenção 38 - sobre seguro por invalidez na agricultura; (vii) Convenção 39 – sobre seguro por morte na indústria; (viii) Convenção 40 - sobre seguro por morte na agricultura; (ix) Convenção 123 – sobre a idade mínima para trabalho subterrâneo; (x) Convenção 128 – relativos às prestações por invalidez, velhice e sobreviventes. (xi) Convenção 130 – assistência médica e prestações monetárias de enfermidade; (xii) Convenção 134 – sobre prevenção de acidentes do trabalho dos marítimos. Das Convenções citadas somente as de número 12 e 134 foram ratificadas pelo Brasil (OIT BRASIL, online).

O texto da Convenção n. 102 é constituído de diversas partes que tratam desde disposições gerais até prestações as quais os Estados signatários se comprometem a instrumentalizar. De acordo com o que dispõe o art. 2º do texto, os membros que a ratificarem devem necessariamente aplicar três, ao menos, das partes II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX e X, compreendendo uma ao menos das partes IV, V, VI, IX e X. Também devem aplicar as disposições correspondentes das Partes XI, XII e XIII e XIV, além de especificar na ratificação quais as obrigações das partes II a X aceitam. Na intenção de demonstrar como o sistema de seguridade brasileiro fundamentou-se neste documento, listar-se-ão, sucintamente, do que trata cada uma dessas partes de adesão compulsória. A Parte II determina que o Estado Membro deve assegurar prestações de serviços médicos de caráter preventivo ou curativo às pessoas amparadas quando seu estado de saúde assim o exigir (art. 7º). As outras partes tratam de: (a) Parte III – refere-se ao pagamento de auxílio-doença às pessoas com incapacidade para o trabalho, decorrentes de um estado mórbido que acarrete a suspensão de ganhos; (b) Parte IV – prestações de desemprego; (c) Parte V – aposentadoria decorrente de velhice; (d) Parte VI – prevê benefícios em casos de acidente de trabalho e doenças profissionais; (e) Parte VII – trata da concessão de prestações de família àqueles que forem responsáveis pela manutenção de crianças; (f) Parte VIII – prestações de maternidade; (g) Parte IX – aposentadoria por invalidez; (h) Parte X – pensão por morte; (i) Parte XI – trata de padrões para cálculo das prestações; (j) Parte XII – estabelece a igualdade de tratamento para os residentes estrangeiros. O artigo 71⁷, Das Disposições Gerais, apresenta, por fim, elementos que norteiam o sistema de custeio das prestações previstas no texto da Con-

⁷ Art. 71 — 1. O custo das prestações concedidas em consequência da aplicação da presente convenção e os gastos de administração dessas prestações devem ser financiados coletivamente por meio de contribuições ou de impostos ou pelos dois meios conjuntamente, de acordo com modalidades que evitem que as pessoas de poucos recursos tenham que suportar encargos por demais pesados e levem em consideração a situação econômica do Membro e das categorias de pessoas amparadas.

venção, e determina que as contribuições e impostos deverão ser arrecadados por cada Estado membro (OIT Brasil, online).

Na lição de DELGADO (2012, p. 153) as “convenções são espécies de tratados. Constituem-se em documentos obrigacionais, normativos e programáticos aprovados por entidade internacional a que aderem voluntariamente seus membros”, tornando-se fontes formais do Direito interno aos estados envolvidos, embora seja indispensável que o documento seja ratificado, atendendo ao princípio da soberania. Como salientado por PIOVESAN (2013, p. 107) os tratados internacionais, enquanto manifestação internacional, são juridicamente obrigatórios e vinculantes, constituem hoje uma das principais fontes de obrigação do Direito Internacional.

A Convenção n. 102 da OIT guarda estrita relação com a Recomendação n. 202 também da OIT⁸. Embora a convenção e a recomendação apresentem natureza jurídica distinta⁹, ambas fornecem as diretrizes necessárias para a estruturação dos Pisos Nacionais de Proteção Social.

O consenso obtido a partir de discussões de três conferências internacionais do Trabalho dos anos de 2001, 2011 e 2012, resultou na recomendação da n. 202 da OIT. As principais mensagens apresentadas neste texto são as de que (i) a segurança social é um direito humano e de todos, onde quer que vivam, deve ser garantido pelo menos um piso social de proteção base; (ii) A seguridade social é uma necessidade social e econômica para o combate à pobreza e à exclusão social e a promoção do desenvolvimento, da igualdade e da igualdade de oportunidades; (iii) Um piso de proteção social é acessível e economicamente pode ser in-

⁸ A íntegra do texto da Recomendação n. 202 da OIT pode ser consultada pelo site: < http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/recomendacao_202.pdf > Acesso em 21 fev 2016.

⁹ Conforme Arnaldo Sússekind, citado por Fontoura e Gunther, as convenções da OIT, quando ratificadas pelo Brasil, constituem autênticas fontes formais de direito. No entanto, as recomendações aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho atuam apenas como fontes materiais de direito, porque servem de inspiração e modelo para a atividade legislativa, simples sugestões que visam dirigir os Estados signatários na formulação de um caminho legislativo nacional. Ao contrário das convenções, as recomendações, não estão sujeitas a ratificação pelos Estados-membros (FONTOURA; GUNTHER, 2001, p. 199)

troduzido, complementado ou mantido em todos os lugares, de acordo com as circunstâncias de cada país; (iv) Um piso de proteção social deve ser composto de pelo menos quatro garantias básicas de segurança social para todos residentes e todas as crianças: cuidados essenciais de saúde, segurança de renda básica na infância, idade adulta e velhice. (v) Todas as empresas também devem desenvolver estratégias para elevar o seu nível de segurança social em conformidade com as orientações as normas de segurança social da OIT, a medida que suas economias amadurecem e o espaço fiscal se amplia.

Como se depreende, o que pretende esse organismo internacional (OIT) é que se construa um novo patamar internacional de direitos da pessoa humana no que se refere à Seguridade Social, a construção de um arcabouço legal que permita a visão social do bem-estar individual e garanta a fruição dos direitos humanos. O texto da Recomendação n. 202 explicita que os pisos de proteção social “constituem um conjunto de garantias mínimas para todos os cidadãos, com o objetivo de reduzir os níveis de pobreza e exclusão social”, pois reconhece que o progresso dos direitos sociais torna o indivíduo capacitado para gozar de uma vida digna e apto a interagir com o meio impulsionando o desenvolvimento social (TEIXEIRA, 2014, p. 365).

Há outros instrumentos internacionais que trazem a baila a temática da seguridade, cujo conceito ganhou diferentes e amplos contornos com a evolução da sociedade e o reconhecimento de direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, emprega a expressão bem-estar no seguinte contexto.

Artigo XXV 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas

as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

O PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰ dedica especial atenção à previdência e segurança social.

Artigo 9º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

Artigo 10. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que:

1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.

2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

Em razão do encontro da Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável ocorrido em 2015, elaborou-se um acordo que contempla 17 objetivos (chamados de Objetivos para Desenvolvimento Sustentável – ODS) e 169 metas, envolvendo temáticas diversificadas, como erradicação da pobreza, segurança alimentar e agricultura, saúde,

¹⁰ O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1966, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, com o objetivo de conferir obrigatoriedade aos compromissos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Desta forma, passou a haver responsabilidade internacional dos Estados signatários em caso de violação dos direitos consagrados pelo Pacto. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, consagra que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Portanto, a Carta Magna consubstancia no rol dos direitos protegidos, aqueles enunciados nos tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário. (Fonte: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 04 de agosto de 2015) O Congresso Nacional aprovou o texto do PIDESC por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. A Carta de Adesão ao Pacto Internacional foi depositada em 24 de janeiro de 1992. O documento foi ratificado pela Presidência da República do Brasil através do Decreto 591, de 06 de julho de 1992. (Fonte: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 04 de agosto de 2015).

educação, igualdade de gênero, redução das desigualdades, energia, água e saneamento, padrões sustentáveis de produção e de consumo, mudança do clima, cidades sustentáveis, proteção e uso sustentável dos oceanos e dos ecossistemas terrestres, crescimento econômico inclusivo, infraestrutura e industrialização, governança, e meios de implementação. Merece destaque, na temática aqui discutida, o objetivo 3, que se refere à necessidade de assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades.

Os tratados internacionais de direitos humanos ostentam um caráter singular, diferenciam-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto os tratados comuns atentam para o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, os tratados de direitos humanos superam os triviais compromissos bilaterais entre os Estados pactuantes. “Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados.” (PIOVESAN, 2013, p. 123).

Nessa perspectiva, o Brasil e muitos outros países encontram-se comprometidos e envolvidos com a ordem internacional, razão pela qual adotam políticas públicas voltadas à seguridade social, e promovem ajustes no ordenamento jurídico interno de tal sorte a contemplar esse prisma de proteção.

Diante do panorama apresentado, é possível afirmar que os direitos trabalhistas e previdenciários estão fortemente confirmados no plano internacional, e contribuem de forma a impulsionar a perspectiva garantista dos direitos humanos. Nesse sentido, confirma Piovesan (2012, p. 256) que “o processo de internacionalização dos direitos humanos, conjugado com o processo de multiplicação desses direitos, resultou em um complexo sistema internacional de proteção, marcado pela coexistência do sistema geral e do sistema especial de proteção”.

Por fim, antes de adentrar ao próximo ponto, faz-se necessário aclarar certas expressões que são aqui utilizadas, especialmente o termo

“seguridade social”. A autora Célia Kerstenetzky, na obra “*O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão*” (2012), estabelece algumas premissas que esculpem esse tema, cuja interpretação será aqui adotada. A autora trata especificamente do *welfare state*, e enuncia que esse conceito é carregado de indecisão, e que muitos são os nomes que o designam – “sistema de proteção social, seguridade social, políticas sociais, estado-providência, bem-estar social, bem-estar público, administração social, serviços sociais”, dentre outros. Há, como alerta Kerstenetzky (2012, p. 02) definições adjetivas, como a apresentada no *Oxford English Dictionary*, onde *welfare state* significa “um país no qual o bem-estar dos membros da comunidade é garantido por meio de serviços sociais organizados pelo Estado”. Entretanto, não é sob esta conotação simplista que o tema é aqui tratado, que não explicita de que Estado se está falando, quais contingências estão sendo consideradas ou em que sentido se compreende o que é bem-estar. Como alerta a autora, o “estado de bem-estar sucumbe a considerações práticas”. Nesse sentido, a concepção de *welfare state*, ou de seguridade social que adotaremos, adequa-se ao período histórico ao qual pertencem, e demarca a ruptura com um estado de coisas anterior.

A despeito de toda a problemática que envolve o vocabulário utilizado para se tratar do tema da seguridade no Brasil, o presente estudo vincula *welfare state* e segurança social.

3 ALGUNS MODELOS DE SEGURIDADE SOCIAL NO MUNDO

Não é possível dissociar, a seguridade social e a economia do Estado-providência quando se busca compreender as diferenças entre os modelos de *welfare state*. Tampouco é possível abandonar questões relativas ao trabalho, capacidade de gerar renda, as taxas de desemprego, pro-

cessos de mercantilização e desmercantilização¹¹, a composição das famílias, estratificação social, variáveis políticas dentre outros vários aspectos. As ações adotadas por uma política de seguridade social num determinado Estado são capazes de influenciar, tanto provocando melhorias como criando algumas dificuldades, todos os setores da Administração Pública, da sociedade, ao passo que também reflete as escolhas realizadas perante a comunidade internacional.

Descrever um modelo de seguridade social adotado em determinado estado, ou estados, significa fazer uma leitura completa do contexto político desse país, ou conglomerado de países que comungam de sistemas semelhantes. Este texto não tem a pretensão de esgotar este assunto, ou mapear todos os sistemas de seguridade adotados no mundo. Ademais, não é objetivo deste raso estudo apresentar leituras numéricas e estatísticas profundas, mas fazer alguns recortes pontuais que demonstrem como os sistemas se constituíram, quais bens jurídicos receberam prioridade na composição desses regimes e de que forma cada país desenvolveu seu sistema de proteção social. Congregam eles previdência, assistência e saúde como o modelo brasileiro? O custeio é feito em maior parte pelos governos ou pelos trabalhadores? Como está organizada a estrutura de financiamento? São muitas as questões cabíveis ao se promover um estudo comparativo, razão pela qual considerar-se-á características centrais dos regimes.

Uma grande grande dificuldade ao apresentar diferentes modelos de welfare state, no sentido de modelo de seguridade social, é selecionar quais autores referenciais serão utilizados para embasar o estudo. No

¹¹ Esping-Andersen (1991), modernizou o estudo das políticas de proteção social sob a ótica das possibilidades de desmercantilização das relações sociais. Na concepção deste autor a inserção de direitos sociais acarreta a diminuição da dinâmica mercadológica. Assim, “a desmercadorização ocorre quando a prestação de um serviço é vista como uma questão de direitos ou quando uma pessoa pode manter-se sem depender do mercado” (p.102) Perseguindo o enunciado de que a força de trabalho foi artificialmente transformada em mercadoria, Esping-Andersen (1991) indica que as medidas sociais são maneiras efetivas de partilha de poder, propiciando a desmercantilização da força de trabalho, e, por sua vez, aumento da autonomia frente às contingências do trabalho.

presente texto, de forma especial, os autores selecionados foram Célia Lessa Kerstenetzky¹² e Gosta Esping-Andersen.

Welfare State é uma expressão, cunhada inicialmente nos Estados Unidos e depois também utilizada na Inglaterra, que designa uma determinada espécie de política pública de proteção social coletiva. Esta política está calcada em duas importantes premissas. A primeira delas refere-se a garantia de renda mínima para sobrevivência das pessoas, e a segunda denota a preocupação na proteção da saúde. Diante dessas concepções básicas, a sociedade organiza-se, por meio do Estado, criando verdadeira engenharia administrativa para garantir que todos terão acesso à saúde e uma renda mínima para sobrevivência, convergindo verdadeira reunião de um pacto social e um pacto político, pressuposto do princípio da autoproteção¹³. É, na verdade, uma decisão especialmente democrática, que reflete as escolhas que determinadas sociedades fizeram para institucionalizar a seguridade social.

Em que pese algumas iniciativas extemporâneas isoladas, os regimes de *Welfare State* foram sendo construídos a partir do século XIX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial e a grande crise do petróleo, na década de 70. As teorias políticas de autores como Roosevelt, Beveridge, Keynes e a própria doutrina social da igreja influenciaram fortemente a ado-

¹² Graduada em Economia pela Universidade Federal Fluminense (1980), mestrado em Economia da Indústria e da Tecnologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1989), doutorado em Ciência Política (Ciência Política e Sociologia) pela Sociedade Brasileira de Instrução - SBI/IUPERJ, Rio de Janeiro (1997) e Ph.D. com louvor em Social and Political Sciences (Political Sciences) pelo European University Institute, Florença (1998). Atualmente é professora titular do Departamento de Ciência Política da UFF, professora da pós-graduação em Economia da UFF e coordenadora do CEDE - Centro de Estudos sobre Desigualdade e Desenvolvimento (Center for the Studies of Inequality and Development), além de titular da Cátedra Celso Furtado para o Desenvolvimento (IPEA, 2010). Tem experiência na área de Teoria Política Contemporânea e de Teoria Econômica Contemporânea e História do Pensamento Econômico, sobretudo em filosofia e metodologia da Economia. Seus interesses de pesquisa atuais incluem a análise das desigualdades sócioeconômicas, dos processos e propósitos do desenvolvimento e dos estados de bem-estar social contemporâneos. Currículo Lattes na íntegra disponível em: < <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4723141D3>> Acesso em 25 fev 2016.

¹³ Segundo John Stuart Mill o princípio da autoproteção consiste na única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de outrem. Quer dizer, o único propósito com o qual se legitima o poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem (SILVA, 2009, online).

ção, pelos Estados, de medidas de proteção social ao cidadão, especialmente proporcionando segurança física e econômica (PASSOS, 2013, p. 69-70).

Não obstante ao fato de que cada país desenvolveu um conjunto de medidas de proteção social, considerando certas especificidades e ritmo de implantação pelas nações, Kerstenetzky (2012, p. 97) apresenta algumas formas de catalogação de regimes de bem-estar. Este estudo abordará uma destas classificações, que, segundo a autora, por haver razões de superposição factual entre as regiões, famílias e regimes teóricos, chamou-os de: (i) regime liberal; (ii) regime conservador-corporativo e (iii) regime social-democrata.

3.1 O REGIME LIBERAL

O regime liberal, ou modelo anglo-saxão, possui como representantes típicos deste modelo os Estados Unidos, Canadá, Austrália, Reino Unido e Nova Zelândia. É um modelo que predomina a assistência aos comprovadamente pobres, cujos benefícios atingem, de maneira especial, uma população de baixa renda que, normalmente, compõe a classe de trabalhadores ou dependentes do Estado. O mercado é o principal pilar de bem-estar, razão pela qual este modelo de regime se apoia fortemente no pleno emprego e na força de trabalho abrangente, incluindo jovens, mulheres e idosos. A pretensão da intervenção pública ocorre no sentido de “apoiar o mercado como pilar de bem-estar, seja por meio de isenções tributárias a empregadores ou a consumidores de planos e serviços privados, seja pela provisão residual de bem-estar apenas aos que não se inserem.” (KERSTENETZKY, 2012, p. 105).

É um regime baseado, muito claramente, no mercado, uma vez que o Estado somente complementa a seguridade social mínima provisionando a assistência social de forma limitada e temporária. Como o pró-

prio nome do sistema já indica, este é um modelo caracterizado pelo seu alto grau de liberalismo.

Em termos de dinâmica social, este modelo conta com uma grande taxa de participação e desemprego baixo. Como destaca a autora, o sistema também reflete uma baixa taxa de mobilidade social. A mobilidade social é caracterizada por uma espécie de repetição no padrão de comportamento daquele meio social, que consiste basicamente que jovens de famílias pobres vinculem-se a um mercado desregulamentado, “com baixa compensação pecuniária e baixo nível de sindicalização”, razão pela qual dificilmente migram para ocupações distintas, mais qualificadas ou valorizadas. Esse comportamento previsível acaba por gerar famílias pobres, cujas crianças terão acesso limitado às oportunidades de desenvolvimento.

As taxas de fecundidade não são atingidas, entretanto os serviços de proteção à criança apresentam qualidade muito distinta. Há creches para crianças pobres, cujo serviço de atenção e cuidado é de baixa qualidade, geralmente utilizado por filhos de mães beneficiárias de algum programa assistencial. Ademais, há creches para filhos de famílias ricas, cujo atendimento é mais profissional e qualificado.

Entre os três modelos, este é onde ocorrem os menores gastos públicos em serviços de cuidado, excetuando-se desta análise os gastos com saúde. Há baixos níveis de gasto público social bruto e direitos sociais de cidadania e carga tributária. O mercado de trabalho é desregulamentado, fator de dificulta a estratégia de redistribuição da renda nos países.

Kerstenetzky (2012, p. 108-109) destaca ainda que certas reformas promovidas em países integrantes deste *cluster*, que consistiram basicamente na redução da folha de pagamentos da assistência, trouxe como consequência o aumento da pobreza, seja entre pobres empregados ou entre desempregados a longo prazo. Como destaca a autora a despeito da “ênfase em políticas e transferências focalizadas nos mais pobres e em impostos progressivos, esse regime foi o que gerou os maiores níveis de

pobreza relativa e absoluta e de desigualdade no bloco, seja em termos da renda de mercado, seja da renda disponível”.

Estudos desenvolvidos por outros autores¹⁴ que complementam a obra de Kerstenetzky demonstram que “há forte evidência de que quanto menos universais as políticas, menos redistributivo é o regime porque menor tende a ser o gasto social”.

Os países integrantes deste grupo promoveram, no final do séc. XX e início do século XXI alguns ajustes na política de bem-estar social, efetuando repasses ao setor, ora mais, ora menos universais. Essa oscilação acarretou resultados distintos em termos de desigualdade de renda, ampliando essa diferença em alguns países de forma mais acentuada do que em outros, como ocorreu com Estados europeus continentais, por exemplo.

3.2 O REGIME CONSERVADOR-CORPORATIVO

Os representantes emblemáticos deste regime são todos países europeus continentais: Alemanha, Áustria, França, Bélgica e Holanda, que possuem a comum característica de incluírem a seguridade social como um dos principais mecanismos de provisão de bem-estar. O sistema, em si, muito se baseia em formas coletivas de solidariedade ocupacional para o fim de cobrir os riscos sociais. Outra importante característica é a adoção de uma vasta gama de benefícios, conforme explica Kerstenetzky (2012, p. 113):

O regime conservador-corporativo do pós-guerra se caracteriza por um grau intermediário de desmercantilização – obtido, sobretudo, pela generosa política de aposentadorias e pensões, de contribuição obrigatória para trabalhadores regulares e seus empregadores, e administrada pelos parceiros sociais, por uma estratificação social que segmenta ao longo dos estratos ocupacionais e do status no emprego (senioridade, emprego público versus privado), pela importância diminuta do segmento privado de provisão de bem-

¹⁴ Gelbach & Pritchett, 1997; Korpi e Palme, 1998; Esping-Andersen, 1990; Esping-Andersen & Mayles, 2008)

-estar, da assistência social focalizada e dos serviços sociais públicos, e por um baixo grau de desfamiliarização (KERSTENETZKY, 2012, p. 113).

Considerando que neste modelo o emprego feminino e de idosos é baixo, se pode dizer que no regime conservador-corporativo se protege o chefe de família, pois é baseado no trabalho, emprego pleno e na duração da contribuição, devendo-se levar em consideração que os benefícios são proporcionais aos ganhos passados e atingem os demais familiares vinculados ao instituidor na condição de dependentes. Este regime está calcado na hipótese de estruturas familiares estáveis, com um homem ocupando a qualidade de chefe de família, deixando de serem assistidos os que possuem desemprego duradouro, jovens, famílias disfuncionais ou pessoas com maior vulnerabilidade ao desemprego e a insegurança econômica. É patente que a alocação dos benefícios fica adstrita a proporcionalidade das contribuições, razão pela qual, mesmo existindo uma política de cobertura universal ela é segmentada, heterogênea. Em detrimento de tais escolhas pode se observar uma segmentação na força de trabalho, com pontuais diferenças entre os benefícios voltados aos trabalhadores urbanos e servidores públicos e os trabalhadores rurais, autônomos e imigrantes. Outra questão importante é a constatação de que os benefícios recebidos pelas mulheres são menores do que os ganhos plenos recebidos por seus maridos (KERSTENETZKY, 2012, p. 115).

Como explica Esping-Andersen (1991, p. 103), no regime conservador-corporativo, os benefícios:

[...] dependem quase inteiramente de contribuições e, assim, de trabalho e emprego. Em outras palavras, não é mera presença de um direito social, mas as regras e pré-condições correspondentes, que dita a extensão em que os programas de bem-estar social oferecem alternativas genuínas à dependência em relação ao mercado.

Com o jovem fora do mercado formal e regular, especialmente após a crise de 1970 e a respectiva redução de oferta de trabalho e apoio, faz nascer uma segmentação no mercado de trabalho, com alta sujeição ao desemprego e baixa profissionalização dos seus membros.

Diferentemente do Brasil, neste *cluster* o modelo de financiamento da seguridade é realizado, em sua maior parte, pelas contribuições de empregados e empregadores. A gestão desses recursos não é realizada pelo governo, tampouco pelo setor privado, mas a partir de fundos de seguridade social coletivos compulsórios.

Com o amadurecimento do sistema, a equalização dos fundos de seguridade passou a depender ainda mais da análise e do equilíbrio atuarial. Nesse sentido, ocorreram a perda de alguns benefícios. Entretanto, o Estado passou a contribuir com o financiamento do sistema, momento em que alguns benefícios não contributivos foram adotados. Estabeleceu-se “um mínimo social para os idosos, incapazes e desempregados de longa duração, e fixado um montante de crédito referente a contribuições pelos períodos fora do emprego devidos a desemprego, formação de famílias e outras contingências.” (KERSTENETZKY, 2012, p. 115).

Nesse ponto cabe a lição de Esping-Andersen (1991, p. 101) que enfatiza a necessidade de ampliação na compreensão do que é, de fato, um *welfare state*, cujo entendimento extrapola a discussão sobre direitos e garantias, mas passa a considerar a maneira com que as “atividades estatais se entrelaçam com o papel do mercado e da família em termos de provisão social.”.

No regime conservador corporativo há uma significativa diferença em termos de repasses financeiros, pois as aposentadorias e pensões recebem, em média, três vezes mais do que as transferências feitas em relação às outras espécies de benefícios. Tal política é fortemente contrastada com o modelo que veremos a seguir, o social-democrata, que equilibra as trans-

ferências efetuadas em razão de aposentadoria e pensões e demais benefícios instituídos no sistema de seguridade dos países que o adotam.

Dentre as análises finalísticas desta espécie de regime de welfare state, realizada por Esping-Andersen, o autor chama a atenção para a tradicional composição familiar do *cluster*, pois entende que a ideia de emprego formal exclusivo do chefe de família, personagem masculino, amplia o risco de pobreza infantil. Sustenta sua opinião no fato de que o Estado acaba por não disponibilizar creches em tempo integral e de acesso universal, deixa de investir em serviços sociais, impossibilitando que as mulheres ocupem o mercado de trabalho. Essa escolha feita pelos países inseridos no modelo conservador-corporativo caminha na direção contrária daquela apontada por estudos empíricos, que demonstram que, o emprego feminino, é a melhor forma de proteção ao risco de pobreza na infância.

Sob essa ótica, vale citar o caso da Holanda, que embora pertença a esse regime, adotou, como medida de reação à crise do desemprego em 1990, emprego em tempo parcial. Além de reduzir a taxa de desemprego de forma geral, a medida fez com que aumentasse a participação das mulheres no mercado contribuindo para a redução significativa das desigualdades.

3.3 O REGIME SOCIAL-DEMOCRATA

O terceiro regime aqui apresentado tem como representantes países como a Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia, por isso é também chamado de ‘Modelo Nórdico ou Escandinavo’. Como explica Passos (2013, p. 71) este modelo de welfare state é reconhecido como um estágio avançado de Estado de Bem-Estar Social, que se caracteriza por promover a combinação entre universalidade de proteção, impostos gerais, prestações básicas de qualidade e fortes esquemas de seguro social.

O regime social-democrata se caracteriza por um alto grau de desmercadorização¹⁵, com direitos sociais universais abrangentes e abundantes. Em comparação com os demais regimes este é o que possui a maior cobertura.

Em franco contraponto com o modelo anterior, o que se observa neste *cluster* é um alto grau de desfamiliarização¹⁶, o que se justifica pelo elevado número de domicílios com dois trabalhadores. Há significativo índice de emprego de mulheres e idosos. O Estado atua na provisão pública de serviços sociais, transferências universais para as famílias e aposentadorias e pensões básicas iguais, diminuindo, inclusive, o papel da igreja na provisão do bem-estar. O universalismo é premissa de solidariedade social e plataforma de políticas públicas (KERSTENETZKY, 2012, p. 119).

As características gerais que definem este modelo de bem-estar social dependem de um conjunto de intervenções e medidas, das quais Kerstenetzky (2012, p. 119 – 122) destaca algumas delas e que serão brevemente comentadas de ora em diante.

Em primeiro lugar este modelo cobre um vasto rol de riscos sociais, que visam garantir o máximo de bem-estar e igualdade, afastando o paradigma de que a proteção social é necessária apenas aos pobres. A classe média se dispõe a pagar altos impostos porque também se beneficiam da segurança promovida pelo sistema.

¹⁵ Esping-Andersen (1991, p. 102) explica que a desmercadorização ocorre quando a prestação de um serviço é vista como uma questão de direito ou quando uma pessoa pode manter-se sem depender do mercado. O welfare state escandinavo tende a ser o mais desmercadorizante, já o modelo liberal tende a ser menos.

¹⁶ Dando continuidade a contribuição dos estudos de Esping-Andersen, o Autor explica que a desfamiliarização pressupõe a redução das dependências familiares em relação a proteção e ao bem-estar. Assim, quanto menor o grau de familiarização maior a capacidade das mulheres efetuarem escolhas individuais o ingresso no mercado de trabalho ou não. O autor completa o conceito explicando que desfamiliarizar não significa opor-se à família; ao contrário, o termo desfamiliarização pretende descrever em que medida as responsabilidades de atenção, cura e bem-estar das famílias foram reduzidas, e quanto a política pública no núcleo familiar para que este seja o primeiro responsável pelo bem-estar dos seus membros.

Um segundo ponto refere-se às políticas de conciliação da vida familiar com o trabalho, o que intensificou o processo de desfamiliarização e oportunizou que mulheres integrassem o mercado de trabalho de maneira formal. Foram instituídas licenças parentais remuneradas, benefícios para as crianças, provisão pública de serviços sociais de cuidado (creches e serviços de cuidado para idosos), imposto de renda individualizado, dentre outras medidas. Este conjunto de ações amplia sobremaneira a segurança econômica das famílias, a igualdade de gênero, e propicia o planejamento familiar no que concerne a taxa de fecundidade.

Kerstenetzky destaca que no *cluster* social-democrata cerca de 10% do PIB é investido em serviços sociais, especialmente os que se destinam ao cuidado com crianças e idosos. No longo prazo verificou-se que creches e educação infantil públicas são essenciais para os bons resultados educacionais. Diminuiu a diferença entre o nível educacional nas classes sociais e este efeito repercute de forma positiva no desenvolvimento social gerando o aumento no número de empregos, especialmente o emprego feminino, e a redução das desigualdades econômicas. O retorno econômico, em termos da receita pública decorre do emprego feminino permitido por essas políticas, é estimado em 43% sobre o gasto inicial em 10 anos.

Outro aspecto característico do regime social-democrata é a interação entre as políticas sociais clássicas – as de transferências e serviços, como as políticas de mercado de trabalho. Trata-se, em suma, da associação dessas duas formas de política com vistas a apoiar a mobilidade ocupacional, quer dizer, a facilidade de migração de um emprego temporário ou não emprego para um programa de treinamento ou reciclagem, e finalmente para um emprego. O que essas medidas procuram atacar é a redução nos riscos sociais do desemprego permanente, da emboscada dos empregos precários e da baixa qualificação profissional que usualmente atingem os mais jovens.

Dois elementos têm sido essenciais para o sucesso dessas políticas: em primeiro lugar, a adequação dos benefícios monetários, que fazem com que de fato representem esquemas de manutenção de renda e segurança econômica; em segundo lugar, a efetividade dos serviços oferecidos que envolvem programas de treinamento ou reciclagem de longo prazo (e não programas de curta duração como os que caracterizam o *workfare* inglês e muitas das políticas de ativação europeias) e coordenação para colocação ou recolocação no emprego, envolvendo agências e empresas em redes efetivas (KERSTENETZKY, 2012, p. 123).

Por fim, uma última característica marcante deste regime se refere a redistribuição fortemente marcada no gasto social. Enquanto que no modelo conservador-corporativo o peso das aposentadorias e pensões é mais elevado que o das transferências, neste cluster acontece justamente o contrário. Aqui que o gasto social com serviços/transferências é a mais alta de todos os modelos, o que demonstra a prioridade das políticas públicas de seguridade que buscam a alterar a estrutura de oportunidades na direção de maior igualdade social.

Em que pese a existência de características muito particulares em cada um dos modelos de *welfare state* aqui apresentados, Kerstenetzky (2012, p. 131) destaca que vários trabalhos discutem uma possível convergência entre os regimes. Ao que parece, “tendências comuns ao aumento da provisão privada estariam sendo absorvidas dentro dos parâmetros dos regimes existentes e ocorrendo junto com a expansão do segmento público em setores subdesenvolvidos ou novos”. Completa dizendo que o regime social-democrata é o que possui o melhor resultado, talvez em decorrência da ampla política de emprego e a inserção de personagens nessa dinâmica, como mulheres, idosos e jovens, que não contam com atenção especial nos outros regimes. Ademais, o cluster social-democrata desperta grande interesse decorrente da conciliação alcançada entre a prosperidade econômica e equidade, resultado das escolhas políticas que os países do bloco realizaram e conseguiram implementar.

4 ASPECTOS DO MODELO DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO

A despeito de posições contrárias, o entendimento fixado aqui neste texto é de os direitos de seguridade social são direitos sociais subjetivos, exigíveis judicialmente e possuem autêntica condição de direitos fundamentais.

Desde a Constituição de 1988 os direitos fundamentais sociais assumiram posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, e o sistema de seguridade social constituiu-se como forma de superação das deficiências da previdência social (como espécie de seguro social) e um meio de “garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população.” (SILVA, 2005, p. 308).

A concepção de seguridade social adotada pela Constituição de 1988, nos termos do art. 194, refere-se a um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar aos indivíduos os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social. Entretanto, cada uma das áreas abrangidas pela seguridade possui princípios próprios e papéis singulares dentro do sistema. A saúde pauta-se na necessidade, a previdência considera a condição de trabalho e a assistência volta-se à incapacidade (FLEURY, 2005, p. 454).

O artigo 196 da Carta de 1988 preconiza que a saúde é direito de todos e dever do Estado garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Já o artigo 201, que baliza os fundamentos da previdência social, impõe a participação do indivíduo mediante contribuição ao regime geral que instituiu os benefícios. Outrossim, o art. 203 apresenta como princípio básico da assistência social a gratuidade da prestação e se destina a proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice, assim como os deficientes e também os que necessitam de reintegração ao mercado de trabalho.

Nas palavras de Strapazzon e Savaris (2013, p. 497), o sistema de seguridade social brasileiro pode ser concebido a partir de três diferentes etapas, sendo um anterior à Carta de 1988, outro decorrente das discussões entabuladas por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte e, uma terceira etapa, ainda em fase de construção, que procura dar concretude aos tratados de direitos humanos que integram o ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova fase dos direitos de seguridade social, uma vez que se extrai do texto constitucional que tais direitos possuem conexão material com os direitos humanos, já que guardam estreita relação com documentos internacionais, e com os direitos fundamentais, conforme se observa no Título II, art. 6º e art. 194 da Constituição do Brasil (STRAPAZZON; SAVARIS, 2013, p. 505), e indicam que a assistência social deve ser reconhecida como um dever do Estado no campo da Seguridade Social. Ademais, a configuração dada à previdência social, com características de seguro social, e a universalidade da saúde demonstram a ruptura com o modelo de seguridade anterior a Carta de 1988.

Como destacado por Fleury (2005, p. 453) o modelo de seguridade proposto pela Constituição de 1988 busca gerar mecanismos mais solidários e redistributivos, calcados nos princípios da justiça social, e afirma:

O novo padrão constitucional da política social caracteriza-se pela universalidade da cobertura, o reconhecimento dos direitos sociais, a afirmação do dever do Estado, a subordinação das práticas privadas à regulação em função da relevância pública das ações e serviços nestas áreas, uma perspectiva publicista de co-gestão governo/sociedade, um arranjo organizacional descentralizado.

Entretanto, o modelo de seguridade social como proposto atualmente pela Constituição Federal, implica a reunião, nem sempre pacífica, de múltiplas institucionalidades e dispositivos que não possuem práticas integradas, tampouco possuem princípios similares (SPOSATI, 2010, p. 173). Se pode observar que os princípios orientadores da seguridade social, sob essa designação generalizada que contempla elementos da saúde, da

assistência e da previdência, promovem uma auto-contaminação das áreas. Entretanto, subordinam-se a dois princípios básicos: a descentralização político-administrativa e a participação da sociedade. Destaca-se que a articulação entre as políticas nos três níveis de governo demonstra a originalidade da seguridade social brasileira, salvo o caso da previdência, cujo modelo descentralizado não se aplica inteiramente.

São princípios que regem a previdência social previstos no parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal: (i) universalidade da cobertura e do atendimento; (ii) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; (iii) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; (iv) irredutibilidade do valor dos benefícios; (v) equidade na forma de participação no custeio; (vi) diversidade da base de financiamento. Cite-se ainda o princípio do solidarismo, que não possui previsão expressa na Constituição mas está implícito no inciso I do art. 3º da Carta Maior.

Em termos práticos organizacionais, o único responsável pela gestão da saúde no Brasil é o Ministério da Saúde, que absorveu a rede de atenção à saúde da Previdência, antigo Inamps, e criou o SUS – Sistema Único de Saúde. O Ministério da Previdência é responsável pelas áreas da previdência e da assistência. Administra a concessão de todos os benefícios de natureza previdenciária, através do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, e também do benefício de assistência social (destinado a idosos e deficientes incapazes de trabalhar).

As demais ações de natureza assistencial são geridas pelo SUAS - Sistema Único de Assistência Social. Criado em 2005, o SUAS é um sistema descentralizado e participativo, que tem por função a gestão do conteúdo específico da Assistência Social no campo da proteção social brasileira. O SUAS visa consolidar o modo de gestão compartilhada, o cofinanciamento e a cooperação técnica entre os três entes federativos. O objetivo é que

estes entes, de modo articulado e complementar, operem a proteção social não contributiva de seguridade social no campo da assistência social.

O custeio da seguridade social é de responsabilidade de toda a sociedade, e tem previsão constitucional no art. 195 que expressamente prevê que: “a seguridade social será financiada por toda sociedade de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios”. Restou clara a intenção do legislador constituinte que a sistemática de financiamento procurou estabelecer mecanismos de solidariedade e de estabilização do sistema, afastando a histórica e prejudicial relação entre obrigatoriedade de contribuição e garantia de benefício (FLEURY, 2005, p. 456).

Entretanto, para Strapazzon e Cavalheiro (2013, p. 254) a lógica da proteção da dignidade no modelo brasileiro, derivado do sistema internacional de direitos humanos, parecem não estar em consonância, já que para o direito constitucional brasileiro, sob uma interpretação liberal, prioriza-se o princípio da contribuição em detrimento da efetiva proteção.

Sem prejuízo das perspectivas apresentadas no texto no que se referem ao desenho da seguridade social no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988, importa citar as observações feitas por JULIOS-CAMPUZANO (2009, p. 62) no que se refere a dimensão garantista da Constituição em tempos de globalização, ao afirmar, citando Ferrajoli, que “a eficácia das normas constitucionais está associada à existência de garantias que assegurem sua materialização social”. Por essa razão, o direito hodierno é desafiado pela falta de um sistema amplo de garantias, cuja ausência compromete a eficácia das normas ao se deparar com dificuldades de ordem técnica ou econômica, que não raras vezes, se chocam com a força normativa dos preceitos jurídicos.

Se pode dizer, portanto, que o princípio da universalidade, tal como apresentado no texto constitucional, ainda carece de inúmeras

condicionalidades e da convergência da verdadeira política de inclusão na agenda pública.

A verdadeira seguridade social somente se concretiza pela existência de um pacto social que ultrapassa interesses setoriais e classistas (FLEURY, 2005, p. 459), que permita o desenho de um padrão civilizatório inovador edificado por políticas e instituições de seguridade democraticamente constituídos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto procurou demonstrar que as temáticas relacionadas aos direitos de seguridade social tiveram seus contornos modificados com a passagem do tempo. Os primeiros marcos legais apontam para um direito restrito, segregante, distante do discurso da universalidade que hoje se propaga.

Estudos realizados pelo Banco Central e presentes no Relatório do Grupo Consultivo da OIT apontam para os reflexos de uma desigualdade social elevada, de forma especial a instabilidade política, que aumenta os riscos de investimento num país e compromete, de forma significativa, o seu potencial econômico. Assim, quanto maior o número de insatisfeitos com a desigualdade e a insegurança social, tão mais distante será o consenso político das classes com maiores e menores rendimentos.

As políticas de seguridade social são, muitas vezes, concebidas como excessivamente caras aos Estados instituidores, que acabaram por transferir, como se observa em alguns regimes, o custo e a administração para a iniciativa privada. Entretanto, estudos da OIT apontam que 1,3 bilhão de pessoas pobres no mundo tem pouco ou nenhum acesso aos serviços de saúde, tão somente porque não podem pagar no momento em que necessitam destes serviços.

O discurso hodierno de proteção aos direitos fundamentais, é incompatível com esse aspecto de sujeição do ser humano às condições de

um mercado regular de trabalho, que permite somente aos que gozam de um pleno emprego o acesso aos bens e serviços sociais, razão pela qual, o modelo de seguridade como o social-democrata, por exemplo, busca proteger o ser humano e zelar pela sua dignidade, independentemente de sua vinculação com o mercado formal de trabalho.

Se pode concluir que há diferentes tipos de Estado de Bem-estar, e que cada um desses modelos adotou políticas muito características de combate à pobreza, a inserção da mulher, do jovem e do idoso no mercado de emprego, a forma de reduzir os riscos sociais ou mesmo enfrentar as mudanças demográficas experimentadas pelos países.

A classificação dos modelos de seguridade ultrapassou a análise dos gastos sociais, procurando fazer uma leitura da dinâmica social considerando fenômenos como a mercantilização, a desfamiliarização, taxas de emprego e fecundidade e o mix de provisão em termos de benefícios instituídos pelos Estados.

Pelas linhas gerais apresentadas do modelo Conservador-corporativo, como se verifica, as pessoas em maior situação de vulnerabilidade, sejam jovens sem qualificação profissional ou colocação definida no mercado de trabalho, famílias que adotam uma estrutura onde o homem não é o chefe ou famílias que contam com membros vulneráveis ao desemprego são excluídos dos benefícios ofertados pelo sistema de seguridade. O Estado nem mesmo controla ou se vincula aos fundos de seguridade, razão pela qual se pode afirmar que o direito fundamental à seguridade social não é universal, tampouco promove a desejada segurança social que este tipo de política pública tem como fundamento, pois transfere a gestão dos recursos para um sistema coletivo compulsório eximindo-se da tutela referente ao bem-estar social.

No Brasil o sistema de seguridade é uma mescla de seguro e assistência, e embora já demonstre uma significativa evolução em comparação com os modelos pré-Constituição de 1988, a ideia de universalidade

ainda não goza de efetividade. A interação de regras internacionais e o direito brasileiro reforça o processo inclusivo e robustece a necessidade de se instituir um patamar global de direitos sociais, a fim de promover a inclusão social, econômica e o exercício da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 jun 2015.

_____. DECRETO No 591, DE 6 DE JULHO DE 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em 04 de agosto de 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direitos Humanos e Políticas Públicas. São Paulo: Pólis, 2001. Pág. 05-53.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare state. In: Lua Nova. Rio de Janeiro, nº. 24, 1991.

FLEURY, Sonia. A Seguridade Social e os Dilemas da Inclusão Social. RAP – Revista de Administração Pública 3, n. 39, p. 449-469, maio/jun. 2005.

FONTOURA, Jorge; GUNTHER, Luiz Eduardo. A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT. In: Revista de informação legislativa: v. 38, n. 150 (abr./jun. 2001). Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/689>> Acesso em 21 fev 2016.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição (Die normative Kraft der verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em Tempos de Globalização*. Trad. José Luis bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão: A Reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

OIT – Brasil: Organização Internacional para o Trabalho. *Convenções Ratificadas*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>> Acesso em 20 fev 2016.

OIT – Organização Internacional para o Trabalho. *Piso de Proteção Social para uma Globalização Equitativa e Inclusiva*. Relatório do Grupo Consultivo. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/piso-de-prote-o-social-para-uma-globaliza-o-equitativa-e-inclusiva>> Acesso em 06 fev 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BRANCO, Maurício de Melo Teixeira. *Estrutura da Organização Internacional do Trabalho: Aspectos Histórico-Institucionais e Econômicos*. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Org.). *Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT*. São Paulo: LTr, 2014. Cap. 4. p. 75-82.

PIOVESAN, Flávia. *Democracia, Direitos Humanos e Globalização*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_lglobal.html> Acesso em 17 de nov de 2015.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13 ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos* In: *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 107-185

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

SPOSATI, Aldaíza. Seguridade e Inclusão: bases institucionais e financeiras da assistência social no Brasil. In: LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; FLEURY, Sonia (Org.). Seguridade Social, Cidadania e Saúde. Rio de Janeiro: Cebes, 2010. Cap. 10. p. 173-188. (Coleção Pensar em Saúde).

STRAPAZZON, Carlos Luiz; SAVARIS, José Antônio. A Terceira Fase da Seguridade Social. In: ALEXY, Robert et al (Org.). Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. Cap. 4. p. 497-542.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. Nova Fase dos Direitos de Seguridade Social: Um Recomeço. In: Direitos Fundamentais em Estados Compostos/Carlos Luiz Strapazzon, Mercè Barcelò i Serramalera (orgs.); tradução de: Débora Diersmann Pereira. Chapecó: Editora Unoesc, 2013. Págs. 231 – 263.

TEIXEIRA, Érica Fernandes. Piso Mínimo de Proteção Social Internacional: Análise sobre a Convenção N. 102 e a Recomendação N. 202 da OIT. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Org.). Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT. São Paulo: LTr, 2014. Cap. 34. p. 359-366.

O CUSTO DOS DIREITOS SOCIAIS EM CONTEXTO DE CRISE E A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

THE COST OF SOCIAL RIGHTS IN CRISIS CONTEXT AND THE RIGHT TO HEALTH WARRANTY

Ludmila Kolb de Vargas Cavalli

Resumo: É corrente a noção de que os direitos sociais teriam um custo de efetivação muito superior aos direitos civis, razão pela qual os cortes necessários ao ajuste orçamentário teriam necessariamente de passar pelo setor de seguridade social. Porém, é da mesma forma comum que não se considere o custo, tanto econômico quanto humano, do cerceamento de direitos. Em momentos de crise há diminuição dos recursos estatais, mas, paradoxalmente, é justamente nestes períodos que se revela uma maior demanda por prestações de efetivação de direitos sociais. A restrição de políticas públicas sociais pode significar uma economia imediata aos cofres públicos, com um alto preço futuro, ao passo que o investimento em proteção social e desenvolvimento humano pode se converter em propulsão ao crescimento econômico e estabilização de mercados. O direito social à saúde reflete uma crise dentro da crise, para a qual são necessárias maiores reflexões acerca do custo multidimensional das prestações estatais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Custo dos direitos. Crise. Direito à saúde.

Resumen: Es común la idea de que los derechos sociales tendrían un costo de efectución mucho más alto que los derechos civiles, por lo que los cortes necesarios para el ajuste del presupuesto tendrían necesariamente que pasar por el sector de la seguridad social. Sin embargo, es de la misma manera común que no se tenga en cuenta el costo, económico y humano, de la reducción

de los derechos. En tiempos de crisis, hay una reducción de los recursos del Estado, pero, paradójicamente, es precisamente en estos períodos que se revela una mayor demanda de servicios de realización de los derechos sociales. La restricción de las políticas sociales puede significar un ahorro inmediato a las arcas públicas, con un futuro alto precio, mientras que la inversión en la protección social y el desarrollo humano se puede convertir en propulsar el crecimiento económico y la estabilización de los mercados. El derecho social a la salud refleja una crisis dentro de la crisis, sobre la cual se necesita más reflexión acerca de los costes multidimensionales de los servicios del estado.

Palabras clave: Derechos sociales. Coste de los derechos. Crisis. El derecho a la salud.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende realizar uma reflexão acerca dos custos de efetivação de direitos sociais em face da crise econômica que se abate sobre o Brasil nos dias atuais, em especial relativamente às prestações estatais na área da saúde pública. Toma como impulso à pesquisa a necessidade de se estabelecer uma racionalidade para a distribuição e o arranjo orçamental em época de escassez, desconstruindo premissas usuais aplicáveis ao custeio do sistema público de saúde. Parte-se também da constatação de em épocas de escassez de recursos há forte apelo para a restrição de direitos sociais, em face de seu suposto elevado custo, ameaçando, desta forma, a provisão de verbas destinadas ao SUS – Sistema Único de Saúde.

Serão discutidas as concepções de custo relativamente a direitos civis e sociais e a forma de avaliar o custo de efetivação ou de cerceamento de um direito. Também se fará referência à experiência internacional de enfrentamento de crise, avaliando-se principalmente o posicionamento da Organização Internacional do Trabalho - OIT acerca da redução da proteção social.

O objetivo final do presente trabalho é identificar possíveis rumos para as políticas de saúde pública face à carestia de recursos estatais.

2 QUANTO CUSTA UM DIREITO SOCIAL?

2.1. O CUSTO DOS DIREITOS CIVIS E DOS DIREITOS SOCIAIS

Vivemos em uma sociedade capitalista, e isto é um fato que independe de ideologias, visto tratar-se de mera constatação. No capitalismo quase tudo tem ou pode vir a ter um preço. Portanto, não é nenhuma surpresa que até mesmo os direitos, incluindo aqueles erigidos à categoria de fundamentais, possuam um custo. Não há almoço grátis¹.

Quando se trata da distinção entre direitos fundamentais civis e direitos fundamentais sociais um dos aspectos que costuma se destacar em meio ao debate é a forma de efetivação aplicável a cada categoria. Enquanto a tradição jurídica nos leva à conclusão de que os direitos civis exigem do Estado apenas a garantia de “deixar fazer”, no segundo caso, dos direitos sociais, o Estado assume uma obrigação de efetivamente fazer algo. Assim, cria-se a mitológica a visão de que o Estado se abstém para garantir liberdades e se agiganta em esforços hercúleos para promover prestações sociais. Todo este raciocínio, por sua vez, leva, inevitavelmente, à análise da quantificação dos custos de tais direitos. À primeira vista o “deixar fazer” se mostra muito menos oneroso do que o “fazer”, que envolve prestações materiais imediatamente mensuráveis. Mas esta premissa carece de análise mais apurada.

É certo que as despesas diretamente necessárias à efetivação de direitos sociais se mostram mais expressivas. Porém, mesmo os direitos ci-

¹ A expressão possui origem controvertida, mas pode-se afirmar que foi popularizada por Milton Freendman. O autor inclusive possui uma obra cujo título é *There is no such thing as a free lunch*. O presente trabalho se apropria da expressão considerando-a como parte do repertório dos ditos populares.

vis possuem repercussão econômica, ainda que indireta (SARLET, 2015). O direito ao voto, por exemplo, só poderá ser exercido se o Estado fornecer ao cidadão locais e material de votação, agentes públicos de fiscalização e organização, sistemas de apuração e até o policiamento necessário à segurança de todo o processo. Mesmo nos casos em que o Estado se abstém de atuar, como no exercício da liberdade religiosa, a implicação financeira da garantia ao direito se faz presente, como nos impostos que deixam de ser arrecadados em virtude da imunidade tributária dos templos. Portanto, pode-se afirmar sem sombra de dúvida que os direitos civis também implicam em aportes financeiros do Estado, podendo até mesmo, em alguns casos, superar o custo de efetivação de determinados direitos sociais.

2.2. O DIREITO QUE CUSTA CARO

Firmada a premissa de que todos os direitos possuem alguma implicação econômica, resta indagar quais são os elementos que podem indicar se um direito possui um custo demasiadamente alto. Em palavras mais vulgares, quais são os direitos caros e quais os baratos?

A sociedade de consumo implantou com sucesso no inconsciente coletivo a ideia de que o custo é elevado quando não podemos pagar por algo (artigos de luxo, por exemplo, cujos preços não conhecem limites) ou quando um bem apresenta um valor superior ao que lhe é atribuído usualmente. Estas concepções parecem ter sido transpostas ao plano jurídico, uma vez que no cotidiano da administração pública e até mesmo dos tribunais é comum a assertiva de que não é possível a satisfação de alguns direitos, tendo em vista seu custo elevado. Esta escusa se apresenta frequentemente acompanhada do postulado da “reserva do possível”. A ideia central da teoria é que se o Estado não dispõe de recursos financeiros suficientes, então não pode atender a todas as demandas sociais.

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Pode-se observar, por via oblíqua, que a teoria da reserva do possível implica no reconhecimento de que alguns direitos são considerados excessivamente dispendiosos diante da afirmação de que o Estado não dispõe de meios para custeá-los.

Porém, é de se indagar se as leis da oferta e da procura são realmente aplicáveis a direitos fundamentais, se a valoração de direitos sociais deve seguir as regras de mercado.

O viés definitivo quanto ao valor de um direito pode se encontrar na medida de sua necessidade e urgência. Assim, se determinada prestação estatal não é necessária, os recursos nela empregados podem ser dispendiosos ao orçamento estatal, por comprometer o fornecimento de outros bens cuja necessidade é premente. É o caso da construção de monumentos de embelezamento em cidades com carência de postos de saúde e escolas. Ainda que o valor total da construção seja em parte subsidiado pela iniciativa privada ou contratado abaixo do valor usual de mercado, quando pessoas carecem de atendimento médico e de serviços educacionais qualquer valor dispendido em benfeitorias voluptuárias é elevado.

O exemplo inverso reforça a tese. O tratamento para neoplasias malignas costuma ser de alto custo, seja em relação aos medicamentos empregados, contratação de profissionais especializados ou mesmo aquisição de equipamentos como os destinados à radioterapia. Porém, é de se considerar que o tratamento de tais patologias é uma necessidade inquestionável, revestindo-se também de urgência, uma vez que a demora no atendimento pode levar ao agravamento do quadro. Portanto, a assistência médica ao câncer apresenta um valor compatível com sua relevância social.

De tal análise decorre que o custo dos direitos não deve ser sope-sado em relação à demanda de mercado, mas sim em relação à demanda social.

3 O CUSTO DO CERCEAMENTO DE UM DIREITO

Até o presente momento a análise de custos observou apenas as implicações econômicas diretas decorrentes da realização de direitos. Porém, quando se trata de políticas públicas de efetivação de direitos sociais a valoração do ônus não pode ser meramente contábil e direcionada a efeitos imediatos. A seguridade social, por exemplo, pode ser comparada a uma espécie de investimento, visto que os efeitos futuros da adoção de medidas de caráter protetivo importam em benefícios à coletividade.

A proteção securitária social, longe de se afigurar como um gasto que onera os cofres públicos, deve ser vista como um investimento em pessoas, e, por via oblíqua, em mercados. As alterações neste sistema não podem considerar fatores contábeis puros, mas sim buscar um equilíbrio entre a efetivação de direitos fundamentais e as possibilidades econômicas estatais. (DRAIBE, 1993).

É possível identificar dois principais eixos nestes ganhos: diminuição de despesas futuras e aumento de arrecadação em face do desenvolvimento econômico. O primeiro caso é de fácil ilustração, já que na área da saúde os investimentos em medicina preventiva costumam gerar expressiva diminuição na necessidade de internamentos, cirurgias, uso de medicação e demais tratamentos curativos. Também se verifica nos programas de capacitação de jovens e adultos, fator que pode amenizar as despesas com a concessão de seguro de desemprego e assistência social. O ponto será pormenorizado mais adiante, em que se demonstrará a experiência internacional de incremento à proteção social como elemento propulsor do desenvolvimento econômico. De todo modo,

desde já se revela que é extremamente complexo avaliar o real custo dos direitos sociais, não bastando, para tanto, o uso puro da matemática.

Mais uma vez adotando o caminho inverso para o raciocínio, podemos identificar que o cerceamento de direitos sociais pode trazer elevados custos no que diz respeito ao desenvolvimento econômico e humano.

A economia realizada às custas de cerceamento de direitos e desamparo a riscos sociais, a despeito de aparentemente poupar aos cofres públicos quantias vultuosas, pode se traduzir futuramente em dispêndios superiores. Assim, por exemplo, o trabalhador desempregado, quando desamparado, pode acabar sendo reduzido à miséria, tornando-se dependente da atuação estatal para prover o próprio sustento e o de sua família. No caso das aposentadorias concedidas em valores reduzidos, o que se afigura é a redução do poder de compra dos aposentados, justamente em um período da vida em que os gastos com saúde se elevam. Desta forma, o poder público passa a ter de fornecer mais serviços e medicamentos de forma gratuita nas redes de saúde, pois para um universo cada vez maior de cidadãos estes cuidados tornam-se inacessíveis na via privada.

Portanto, é inegável que a economia resultante da limitação de orçamento quanto aos direitos sociais tem o potencial para se converter em custos futuros, inclusive alcançando as próximas gerações.

A manutenção de políticas públicas de garantia a direitos sociais, longe de se afigurar como fonte de oneração aos cofres públicos, deve ser vista como um investimento em pessoas, e, por via oblíqua, em mercados. De fato, a experiência internacional revela que os investimentos em direitos sociais, mesmo em quando realizados em períodos de crise, podem trazer importantes contribuições à estabilização econômica. Neste sentido, a Recomendação n. 202 da Organização Internacional do Trabalho OIT, apresenta o fomento securitário como resposta ao avanço da inflação, recessão e desemprego. O documento também expõe a ideia de que seguridade possui dupla função: como direito humano, é capaz de reduzir a pobreza, a

desigualdade, a exclusão e insegurança social; como planejamento econômico impulsiona o desenvolvimento e o progresso, fomentando o emprego formal e servindo de instrumento à estabilização do mercado (OIT, 2012). Ressalta-se que o documento foi elaborado também com base em dados de enfrentamento à crise que assolou diversos países europeus a partir de 2008, fornecendo, deste modo, um amplo aparato empírico. Não se trata de defender uma relação de automatismo entre bem-estar social e desenvolvimento econômico, mas sim de afirmar que o primeiro oferece condições de viabilidade ao segundo, algo que até mesmo os críticos desta posição acabam por reconhecer (KERSTENETZKY, 2012).

4 CRISE E DIREITOS SOCIAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE

4.1. DEMANDA POR DIREITOS EM PERÍODO DE CRISE

Como é notório, o Brasil tem passado por uma crise econômica de grandes proporções, em especial desde o início de 2015. Após quase duas décadas de prosperidade e estabilidade, o país voltou a conviver com altos índices de inflação, recessão e desemprego. Somada a tais circunstâncias, uma grave crise institucional se abate sobre a nação, expondo a ruína do orçamento público e a necessidade de revisão dos gastos governamentais.

Mais do que uma bravata de alguns setores conservadores da sociedade, a revisão de políticas públicas de efetivação de direitos sociais passou a ser indispensável para a recuperação do país, inclusive de sua credibilidade frente a investidores internacionais. Os recentes rebaixamentos do Brasil quanto à sua nota de crédito perante agências de classificação de riscos são a prova disso, da repercussão direta do desequilíbrio das contas públicas na captação de investimentos de nossa economia.

Ocorre que períodos de crise trazem à tona um paradoxo na atuação estatal, pois em épocas de escassez o orçamento sofre abalos, mas é justamente nestes momentos que a coletividade mais necessita do amparo do Estado. A questão carece de minuciosa ponderação.

A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. Parece plausível a objeção de que a existência de direitos sociais definitivos - ainda que mínimos - tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível. (ALEXY, 2015).

De fato, o que se constata é que os períodos de crise produzem uma alteração na demanda por prestações de cunho social. Ou seja, em reduzida definição, há menor oferta de recursos estatais, mas há maior procura por proteção social. Neste contexto, não seria equivocado afirmar que a crise econômica torna os direitos sociais mais caros, se tomado o ponto de vista do senso comum e o viés puramente econômico. Por outro lado, se considerada a necessidade e urgência da proteção social em contexto de crise, o custo (não o preço!) dos direitos sociais se mostra menos oneroso em contraste a prestações ou serviços estatais supérfluos (embelezamento, festividades, etc.).

O fato é que a escassez oriunda de contexto de crise altera globalmente a situação das demandas sociais, destacando necessidade e urgência de determinadas prestações estatais em detrimento de outras.

4.2. A MATRIOSKA DA CRISE: DIREITO À SAÚDE

Como na referência às tradicionais bonecas russas, que se aglomeram uma dentro da outra, encontramos na crise econômica estatal um agravamento da já crônica crise existente na prestação de serviços de saúde na rede pública, o SUS. E com os mesmos contornos da primeira boneca-crise de nossa matrioska, a saúde nos revela novo paradoxo.

Em relação à saúde, a palavra “crise” foi usada no passado para indicar que o paciente estava numa condição grave e enfrentando a morte. Nesta altura, convocava-se uma junta - isto é, uma reunião de vários médicos - para debater que tratamento administrar. [...]

Talvez seja por isto que a definição de “crise” se adapte mal à situação em curso, a qual, pelo menos na esfera econômica, parece ser bastante estável. Existe o risco de o termo “crise” estar sendo usado deliberadamente para dar a impressão de que a condição que ora experimentamos só é temporária e que logo seremos capazes de superá-la, utilizando o tratamento apropriado. (BAUMAN; BORDONI, 2016).

Se a crise econômica vigente já nos desafia a conceituá-la quanto à sua perenidade ou transitoriedade, o que se dirá da crise na saúde brasileira, que parece ter se iniciado antes mesmo da formação do Estado? Ainda que se admita uma situação crônica de crise, se a saúde já nela se encontrava, o desequilíbrio econômico estatal apenas trouxe o agravamento de um problema, mas não o criou.

Estes jogos mentais, realizados com base em definições e uso de termos, poderiam conduzir a uma infindável discussão. Não é este o objetivo do presente trabalho, razão pela qual opta-se pela premissa - correta ou equivocada - de que a crise econômica desencadeia em nossa sociedade uma crise na prestação dos serviços de saúde, à medida em que reduzidos os recursos orçamentários para sua efetivação.

Quando se trata da impossibilidade do Estado de prover todas as prestações sociais em face de escassez de recursos públicos, é comum que se fale que existem limite insuperáveis, diante dos quais nem mesmo

as necessidades humanas mais básicas poderiam ser garantidas. Portanto, caberia ao poder público direcionar verbas para alguns setores essenciais em detrimento de outros, frequentemente com implicações inclusive sobre o direito à vida.

Neste quadro de escassez, não há como realizar, *hic et nunc*, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento sócio-econômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. Portanto, não é (só) por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia. A escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras “escolhas trágicas”, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. Melhorar a merenda escolar ou ampliar o número de leitos na rede pública? Estender o saneamento básico para comunidades carentes ou adquirir medicamentos de última geração para o tratamento de alguma doença rara? Aumentar o valor do salário mínimo ou expandir o programa de habitação popular? Infelizmente, no mundo real nem sempre é possível ter tudo ao mesmo tempo. (SARMENTO, 2008).

As chamadas “escolhas trágicas”, embora constantemente invocadas quando da discussão da implementação de prestações relativas ao direito à saúde, não se verificam com a mesma constância no mundo dos fatos. Uma rápida análise das contas públicas demonstra que o Estado brasileiro tem efetuado, por exemplo, grandes aportes financeiros nos setores de esporte e cultura, financiando eventos internacionais como a Copa e as Olimpíadas e festas com artistas famosos, como no Reveillon de Copacabana de 2015. Seria falacioso considerar que um governo capaz de arcar com bilhões para a construção de estádios não teria condições financeiras de garantir a entrega de medicamentos para transplantados, como vem ocorrendo silenciosamente na rede pública de saúde².

² Os fatos aqui mencionados são de conhecimento público e notório, amplamente divulgados pela mídia, razão pela qual optou-se pela ausência de referências bibliográficas. Remetemos o leitor à consulta perante qualquer meio de comunicação, destacando a profusão de notícias quanto a tais temas.

Os casos de real impossibilidade econômica são raros. Os tratamentos capazes de gerar custos estratosféricos são usualmente experimentais ou inovadores, ou ainda realizados em outros países, fugindo completamente à política de saúde delineada na Constituição. Tais situações não devem servir como fio condutor da definição do direito à saúde nem mesmo podem embasar a negativa judicial do acesso ao tratamento medicinal digno.

Ainda que se considere o contexto de crise econômica, há ampla margem de ação na simples revisão dos gastos desnecessários, remanejamento de dotações orçamentárias e redução das verbas destinadas a setores de menor urgência. O Estado se encontra em desequilíbrio, mas não falido nem incapaz de recuperar seu vigor econômico, como nos casos de nações atingidas por guerras, eventos climáticos catastróficos, embargos internacionais e outras situações extremas. Portanto, a simples menção às chamadas “escolhas trágicas” deve ser vista com muitas reservas.

Foi assinalado anteriormente que o custo das prestações relativas a direitos sociais não segue propriamente as regras da demanda de mercado, de oferta e procura, mas sim uma forma de demanda própria, que denominamos de demanda social. As prestações relativas ao direito à saúde seguem esta linha de raciocínio. Ou seja, um medicamento não será caro ou barato, mas de uso necessário e/ou urgente. Podemos ainda agregar à questão de saúde pública um fator que chamaremos de demanda biológica. Trata-se do aumento da procura por determinado tratamento, medicamento ou prestação em virtude de condições naturais, como o advento de epidemias, doenças causadas por eventos climáticos e até mesmo o surgimento de novos patógenos (algo relativamente comum em se tratando de vírus e suas variáveis). Assim, por exemplo, em um ano de inverno rigoroso haverá maior necessidade de leitos hospitalares e atendimento ambulatorial, alterando a dinâmica de distribuição de recursos e,

por consequência, o custo da garantia do direito à saúde. Na insuficiência de tais recursos, poderá se falar – mais uma vez – em crise.

4.2 PECULIARIDADES DO DIREITO À SAÚDE: A VIDA SAUDÁVEL COMO PLATAFORMA PARA O EXERCÍCIO DOS DEMAIS DIREITOS E OS CUSTOS DA NEGATIVA DE TRATAMENTO OU ADOÇÃO DE ALTERNATIVA TERAPÊUTICA MENOS EFICIENTE

Quando se trata do direito à saúde deve-se considerar, ainda que por via oblíqua, como uma garantia do direito à vida e uma premissa para o exercício de todos os demais direitos.

Vale destacar o direito a saúde como direito subjetivo inerente e essencial ao indivíduo, sendo que, ausente este, indubitavelmente restar-se-á anulado ou prejudicado os demais direitos considerados fundamentais. [...]

O direito à saúde está diretamente ligado ao direito à vida e que dada a sua essencialidade também é classificado como um direito da personalidade. Pois, é perfeitamente conclusivo, que se o indivíduo não puder gozar de saúde, outros direitos não lhe despertarão interesse e nem poderão sequer ser exercidos. (SIQUEIRA; FAZOLLI, 2014).

A relevância da garantia do direito à saúde parece bastante óbvia, principalmente se a considerarmos como forma básica de realização da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, causam estranhamento posicionamentos no sentido de que os custos do direito à saúde seriam tão elevados a ponto de que o Estado simplesmente não possa suportá-los. Ora, sem saúde, de que valeria prover até mesmo educação a uma população assolada pelos mais diversos males? Pouca ou nenhuma serventia haveria em fomentar a cultura de um povo enfermo, ou equipar as forças armadas de um contingente capaz de sucumbir às mais variadas patologias.

Mesmo os defensores das análises puramente contábeis para políticas públicas de direitos sociais deixam de avaliar o custo do cerceamento do direito à saúde e das prestações para tal necessárias. Pode-se

redigir uma extensa lista de situações cotidianas na administração pública e até mesmo nos tribunais, em que em nome de uma suposta economia imediata de recursos acaba-se por criar expensas ainda maiores para o futuro. Ilustra-se o ponto com os seguintes exemplos:

a) É comum que municípios destinem recursos insuficientes aos setores de diagnósticos (laboratórios de análises, radiografias, ultrassonografias, ressonâncias magnéticas, etc). A fila de espera por tais serviços costuma ser extensa, fazendo com que pacientes esperem por meses para obter um diagnóstico. Assim, muitas patologias que poderiam ter sido extirpadas com facilidade logo de início acabam se convertendo em casos graves, muitas vezes com sequelas permanentes ou gerando a necessidade de tratamentos mais agressivos e dispendiosos;

b) É comum que medicamentos destinados ao tratamento oncológico sejam de alto custo, implicando em gastos elevados para cada ciclo de tratamento. Mas muitos destes medicamentos oferecem oportunidade de cura ou remissão que os tratamentos convencionais não são capazes de garantir. Quando o poder público se nega a fornecer tais fármacos, sob a alegação de ausência de recursos, acaba por comprometer uma parte de seu orçamento com tratamentos paliativos que também possuem alto custo, se considerado o valor necessário à manutenção da equipe oncológica, aquisição e manutenção de aparelhos como os de radioterapia, e que se prolongarão possivelmente por anos;

c) É também comum em todas as regiões do país que a fila de espera por cirurgias seja extensa e com espera de até anos para atendimentos simples. Existem diversos procedimentos cirúrgicos que oferecem cura para patologias crônicas que envolvem despesas com medicamentos e atendimentos médicos constantes. Assim, a destinação de verbas para a realização imediata das cirurgias poderia reduzir a longo prazo os custos de acompanhamento destes pacientes;

d) Por fim, resta observar que muitos dos tratamentos pleiteados em juízo possuem custo inferior ao valor dispendido com a movimentação judiciária – processo, servidores, advogados, juízes, recursos, perícias, etc), de modo que a grande economia consistiria justamente em proporcionar o amparo medicinal àqueles que necessitam.

Os exemplos elencados são apenas uma amostra de infinitas razões pelas quais o direito à saúde merece tratamento diferenciado quanto à análise de custos. Devem ser avaliados a necessidade das prestações, o dispêndio com as alternativas terapêuticas ou com a falta delas, além do já mencionado custo social envolvido com o cerceamento de direitos e a possibilidade de agravamento da situação de dependência do cidadão frente ao Estado.

A condição vital do direito fundamental à saúde e sua imprescindibilidade na realização da dignidade da pessoa humana nos levam à conclusão de que caros são os direitos que furtam recursos à plena efetivação deste direito social e que, mesmo na impossibilidade de rearranjo orçamentário (leia-se: cortes qualitativos em setores de menor necessidade ou urgência), a manutenção de um sistema público de saúde funcional pode ser garantida por outras maneiras.

Quando afirmamos que o Estado é insustentável por que motivo se coloca sistematicamente em causa o modelo e não se discutem mecanismos de correção? Por que razão a questão é colocada do lado da despesa? Não será necessário mexer nos dois pratos da balança? Não será possível aumentar a receita fiscal? Por que razão a equação não contabiliza o valor da coesão social e da universalização do acesso aos serviços de educação, saúde e proteção social? Por que discutimos a questão segundo uma lógica redutora? (MATA; ALVES, 2013).

5 CONCLUSÃO

Em tempos de crise é grande a pressão para redução dos gastos estatais, especialmente no que diz respeito a políticas públicas de efetiva-

ção de direitos sociais. O discurso neoliberal prega que reside justamente em tais ações governamentais o motivo da ruína orçamentária, dado seu oneroso custo. Mas afinal, quanto custa um direito?

Mesmo após desmistificada a ideia de que direitos sociais são sempre mais dispendiosos que direitos civis, a relação que estabelece o custo de um direito social permanece complexa, envolvendo a avaliação não apenas do modo de implementação dos programas governamentais, mas também o custo social e humano no caso de eventual cerceamento de direitos. Assim, resta demonstrado, por exemplo, que medidas restritivas e austeras na área de segurança social são contraproducentes ao desenvolvimento econômico, a despeito do imediato porém ilusório alívio nas contas públicas.

Migrando a discussão para a efetivação do direito à saúde, é inegável sua condição de prevalência face a outras áreas de atuação do Estado, em face da demanda social envolvida (necessidade e urgência), além da flutuação decorrente de demandas factuais e biológicas. A vida, garantida pela proteção à saúde, é premissa elementar à realização da dignidade da pessoa humana e ponto de partida para a existência dos demais direitos. Assim, negar assistência de saúde para garantir a cultura pode inclusive ser considerada uma medida de extrema violação à isonomia, pois se nega a alguns a proteção à vida para o deleite daqueles que já dispõem de saúde.

Apesar de toda a limitação orçamentária decorrente do contexto de crise econômica vigente, o que se observa no panorama brasileiro é uma ampla possibilidade de rearranjo estatal, mediante redirecionamento de verbas destinadas a setores menos essenciais para a proteção social. Além disso, é válida a discussão acerca da ampliação das formas de custeio dos serviços estatais, uma vez que a Constituição Federal vigente não deixa margem de dúvida quanto à extensão do Estado e de seu forte compromisso com a segurança social.

Conclui-se, assim, que a avaliação do custo de um direito fundamental passa não apenas pela análise contábil, mas também pela pondera-

ção das consequências de seu descumprimento, das expectativas futuras de desenvolvimento econômico e humano e até mesmo pela relevância dos bens jurídicos envolvidos, sendo a área da saúde um dos melhores exemplos da complexidade de tal tarefa.

REFERÊNCIAS

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

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de crise. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

DRIABE, Sônia Mirian. O Welfare State no Brasil: características e perspectivas. Unicamp, Caderno de Pesquisa n. 8, 1993.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. O estado do bem-estar social na idade da razão: A reinvenção do estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MATA, João; ALVES, Nuno. O que dizem as estatísticas sobre a dimensão do Estado, in Políticas públicas para a reforma do Estado, org. Rodrigues, Maria de Lourdes; Silva, Pedro Adão e. Coimbra: Almedina, 2013.

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

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Rev. atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 2, p. 11-53, 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabricio. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE) vol. 2, n. 2 , 2014 .

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: A IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA MAIS MÉDICOS SOB UMA ANÁLISE DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

PUBLIC POLICIES OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EFFECTIVE HEALTH: THE IMPLEMENTATION OF THE PROGRAM MORE DOCTORS IN AN ANALYSIS OF THE WEIGHTING PRINCIPLES

Juliana de Oliveira*
Yuri Schneider**

Resumo: O presente artigo trata da efetivação do direito constitucional à saúde, previsto no art. 196 da CF/88, que prevê que saúde é direito de todos e dever do Estado, por meio de políticas públicas do Estado, representado pelos três entes da federação (União, estados, Distrito Federal e municípios). Mostra aspectos relacionados à criação do SUS na década

* Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), nas Dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, linha de pesquisa Direitos fundamentais sociais: relações de trabalho e seguridade social. É bolsista pelo Programa Uniedu Pós-Graduação do Estado de Santa Catarina. Possui Pós Graduação Universidade do Oeste de Santa Catarina em Direito e Processo do Trabalho (2011), Direito e Processo Civil (2012) e Advocacia Civil e Empresarial (2015). Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2011). Atualmente é Advogada (Oliveira Advogados Associados) e Assessora Jurídica do MUNICÍPIO DE SAUDADES. Atua como docente universitária na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Empresarial, Previdenciário, Administrativo e Tributário.

** Doutor(2013) e Mestre(2006) em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, instituição na qual, também graduou-se em Ciências Jurídicas e Sociais (2000). Professor de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas do Programa de Pós Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Professor de Direito Administrativo e Econômico (Graduação e Pós Graduação) da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - FMP/RS. Professor e Coordenador do Pós Graduação (EAD) em Direito Administrativo no Centro Universitário Otávio Bastos - UNIFEOB/SP. Seus estudos e pesquisas versam sobre Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Direito Econômico e Políticas Públicas. É sócio-fundador da J. Vidor, Schneider & Bastos - Advogados, onde exerce a advocacia e a direção jurídica da área de Direito Administrativo e Econômico/Regulatório, com sede em Porto Alegre/RS e correspondentes em diversas capitais da federação. Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Editor-Associado da Revista Espaço Jurídico - Journal of Law da UNOESC.

de 90, com o intuito de promover condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Além disso, refere-se a última política pública de âmbito nacional com vistas à implementação do direito constitucional à saúde, que é o Programa Mais Médicos, trazendo um aparato dos pontos positivos e negativos do programa. Por fim, pretende-se aplicar a ponderação de princípios, da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy para identificar se o Programa Mais Médicos foi uma norma de política panfletária ou um meio de efetivação do direito social à saúde.

Palavras-chave: direito à saúde. Políticas públicas. Programa mais médicos. Norma política panfletária. Efetivação da saúde. ponderação de princípios.

Abstract: *This article deals with the realization of the constitutional right to health, provided for in art. 196 of CF/88, which provides that health is everyone's right and duty of the state through state public policies, represented by the three federal entities (Union, states, Federal District and municipalities). Show aspects related to the creation of the SUS in the 90s, in order to promote conditions for the promotion, protection and recovery of health. Also, it refers to the last nationwide public policy with a view to implementing the constitutional right to health, which is the More Doctors Program, bringing an apparatus of the strengths and weaknesses of the program. Finally, we intend to apply the weighting principles, Theory of Fundamental Rights of Robert Alexy to identify the More Doctors*

Keywords: *Program was a norm of political pamphleteering or a means of realization of the social right to health.*

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde teve grandes avanços na sociedade brasileira após a constituição de 1988, que salienta a sua importância no exercício da vida digna. Novas descobertas tem possibilitado cada vez mais a melhoria

da qualidade de vida de pacientes com graves doenças, mas, a oferta de tratamentos aos pacientes sem possibilidade de obtê-los por conta própria acaba causando um grande aumento nos custos de saúde da população, tal problemática vem criando uma discussão sobre a responsabilidade e a limitação dos direitos fundamentais referentes à vida e a saúde por parte do Estado, tendo em vista a verba orçamentária destinada à saúde e a insuficiência das políticas públicas criadas para este fim.

Reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de caráter social, tal direito exige do Estado prestações para sua efetividade, por isso considerado como uma política pública a ser alcançada pela República Federativa do Brasil, ou seja, deverá ser garantida a sua efetividade. Ademais, quando aliado ao caráter fundamental social emana diversas consequências em relação às políticas públicas, separação de poderes e o caráter subjetivo das prestações.

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

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

No entanto, tal política pública, além de ser aplaudida, está sofrendo grandiosas críticas, sendo considerada uma política panfletária, fazendo-se necessário a aplicação da teoria do ponderação de princípios de Robert Alexy para identificar se o Programa Mais Médicos foi realmente uma política pública implantada com o objetivo de efetivar o direito social à saúde.

Assim, através de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método hipotético-dedutivo, faz-se necessário discutir acerca da política pública de efetivação do direito constitucional à saúde denominada “Programa Mais Médicos”, que por meio de legislação interna e acordos internacionais, “importou” médicos brasileiros que se formaram no exterior

e também médicos estrangeiros, além de outras medidas, com o fundamento de garantir à população brasileira, principalmente das regiões de periferia, atendimento médico através do SUS – Sistema Único de Saúde nas Unidades Básicas de Saúde.

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

A preservação da vida é uma preocupação constante do ser humano. Assim, em decorrência da necessidade, buscou-se no decorrer da evolução social a proteção do indivíduo, garantindo o amparo frente às adversidades da vida. No entanto, nem sempre a proteção é efetiva, tanto por parte da sociedade quanto do Estado, ficando muitos indivíduos e coletividades desprotegidos e desamparados.

Todo ser humano nasce com direitos e garantias, não devendo estes ser considerados como concessão do Estado, tendo em vista que, *“alguns estes direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros são criados através de certa manifestação de vontade, e outros apenas são reconhecidos nas cartas legislativas.”* (SILVA, 2006). Ainda, é válido ressaltar que as pessoas como um todo devem exigir que a sociedade respeite e garanta sua dignidade e necessidades básicas fundamentais.

Para Dallari (2003), a sociedade deve estar organizada de modo que busque condições que permitam a cada homem e grupo social ter o que precisa para seus fins particulares. A organização da sociedade deve ter uma finalidade, que é visar o bem de todos, bem comum sendo este um conjunto de condições da vida social que melhorem o desenvolvimento da personalidade humana, obtido de forma harmônica e garantindo a liberdade de todos.

Nesse sentido, de acordo com Flávia Martins André da Silva (2006) os direitos fundamentais compreendem um conjunto de direitos e garantias

do ser humano, que tem por finalidade tutelar a dignidade, o respeito à vida, à liberdade e à igualdade para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Partindo dessa prerrogativa, é importante, considerar que os direitos fundamentais, e, principalmente os direitos fundamentais sociais, tem ocupado posição de destaque no contexto constitucional brasileiro.

Os direitos sociais surgiram na crise do Estado liberal, na busca por uma maior igualdade social, dando aos indivíduos prestações sociais necessárias para viver com dignidade. Distingue-se o direito social do direito de defesa, ao ponto que estes representam uma omissão do Estado, uma prestação negativa, enquanto aqueles exigem uma prestação positiva por parte do Estado, assegurando aos indivíduos um mínimo existencial, e pressupõem uma realização de igualdade (ASSIS, 2010).

Esses direitos chamados de sociais passaram a se desenvolver a partir do século XX, quando se percebeu que os direitos individuais não eram suficientes, pois sem as condições mínimas como educação, alimentação e saúde, os direitos individuais não podiam ser exercidos. Assim, observa-se que as dimensões de direitos completam-se, contribuindo todos para a realização da dignidade humana (BARCELLOS, 2012).

Após a segunda guerra mundial, cresce a discussão acerca dos direitos humanos, criando declarações, pactos e organizações para protegê-los. O Estado passa a intervir ativamente tentando diminuir as desigualdades econômicas, assumindo a prestação de serviços fundamentais para todos, surge a necessidade de controlar os recursos disponíveis para se obter um maior proveito, levando a ação do Estado a todos os campos sociais, com o fim da guerra, o Estado precisa intervir mais ainda para restaurar as cidades e readaptar as pessoas (DALLARI, 2003).

Parece aceita a ideia de que para ser denominado direito humano, este precisa preencher algumas condições como a universalidade, a justiça e exigibilidade, ou seja, ser garantido a todos os grupos, ter pleno acesso à justiça, e clareza de quem tem a obrigação de realizá-lo. Existe difi-

culdade no entendimento de que os direitos sociais, econômicos e culturais estejam qualificados nessa categoria. Há quem pense que seria possível exigir do Estado apenas que não maltratam ou dizimar os cidadãos, mas não seria apropriado requerer garantia de um padrão de vida para todos, sendo que tais direitos requerem um aumento consequente nos impostos, sendo um atrevimento requerer a satisfação dos direitos humanos quando não há possibilidades de realizá-los e concretizá-los (BENVENUTO, 2010).

O ordenamento jurídico brasileiro conferiu, após a segunda guerra mundial, a dignidade humana o caráter de princípio fundamental e de norma embasadora do sistema constitucional, tendo assim valor máximo, sendo a dignidade humana dotada de eficácia plena em todas as relações (BERNARDI, 2007).

No Brasil, desde a década de 80, a questão da exclusão social, entre outros fatores, protagonizou debates e enfrentamentos nas agendas internacionais, tornando-se o tema central e exigindo análises setoriais e políticas públicas que considerassem a relação entre a lógica econômica e a coesão social (RIBEIRO, 2010).

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

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

Ademais, a questão social e a insatisfação com o sistema atual da época se constituiu objeto de teorização sobre a institucionalização de um Estado Democrático de Direito, que passou a ser discutido pela As-

sembleia Constituinte Originária, instituída logo após a queda do regime militar ditatorial.

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

Segundo L’Abbate (2010), a soma de forças políticas e sociais resultou em uma conjugação favorável para que a saúde e outros direitos sociais adquirissem o estatuto constitucional no país.

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

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

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

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

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

Segundo teoria desenvolvida por Campos (2006, p. 37), o termo “saúde pública” é entendida como prática social exercitada por inúmeras instituições do aparelho estatal, desde as universitárias até aquelas diretamente vinculadas ao Poder Executivo e diretamente responsáveis pela criação de condições favoráveis ao desenvolvimento econômico a partir da perspectiva do bloco político e economicamente dominante, e ao mesmo tempo, “*encarregadas de administrar a saúde coletiva dentro de limites que facilitem a legitimação deste bloco frente à sociedade.*” (2006, p. 37).

De acordo com ensinamentos de Schwartz (2001, p. 52), “*a saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim a saúde se conecta ao direito à vida.*”

Sarlet (2008) afirma que no âmbito da evolução jurídica brasileira, um dos principais marcos do direito à saúde a serem lembrados é a inserção da saúde como bem jurídico fundamental na Constituição Federal de 1988, na condição de direito e dever fundamental de titularidade universal, isto é, na condição de direito de todos e de cada um e dever do Estado, da sociedade e da própria pessoa para com os outros e consigo mesma.

Há de ser salientando, ainda, que na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde encontra fundamento jurídico em conformidade com os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – Organização das Nações Unidas, que desde 1948 constam na agenda internacional, que em seu art. 25 prevê que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde (ONU, 1948).

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

Reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de caráter social, tal direito exige do Estado prestações para sua efetividade. Ademais, quando aliado ao caráter fundamental social emana diversas consequências em relação às políticas públicas, separação de poderes e o caráter subjetivo das prestações.

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

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

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

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

Quando fala-se em Políticas Públicas do Direito à saúde, deve-se considerar que o Brasil evoluiu muito desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Passamos de uma realidade de Estado Negativo, que nada fazia pela saúde de seu povo para um Estado Positivo, que tem o dever constitucional de garantir a saúde à todos.

De acordo com Bobbio (1992), a concorrência entre os direitos é um dos entraves na sua garantia. O reconhecimento do direito de alguns é o conseqüente suprimento do direito de outros. No que se refere ao direito à saúde, classificado entre os direitos sociais, faz parte do conjunto de direitos mais difíceis de serem protegidos, se comparado aos direitos civis e políticos. O reconhecimento dá saúde como direito universal e integral esbarra no estágio de desenvolvimento insuficiente do Estado para sua garantia.

Os doutrinadores Nogueira e Pires (2004) consideram fundamental o debate acerca do alcance e conteúdo do Direito Social à saúde afirmando que os interesses e a capacidade organizativa dos diferentes grupos que compõem a sociedade fazem surgir o debate e viabilizam a inclusão e efetivação do direito social à saúde de uma forma que a democracia e a universalidade encontrarão abrigo amplo ou, por outro lado, serão extremamente reduzidas.

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

No entanto, conforme afirma Santos (2012), o SUS não nasceu a partir do texto constitucional, mas começou na prática já nos anos 70, ou seja, há mais de 40 anos, a partir dos movimentos sociais e políticos contra

a ditadura militar, em busca das Liberdades Democráticas e Democratização do Estado, que se ampliava e se fortalecia em busca de uma sociedade justa e solidária e um Estado Novo com políticas públicas e proteção dos direitos humanos básicos.

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

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

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

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

A efetiva institucionalização do SUS começou a tomar corpo no início dos anos 90, como resultado dos interesses criados pelos secretá-

rios de saúde municipais, reunidos em Conselho Nacional, com a estratégia de unificação descentralizada do sistema de saúde (STOLZ, 2003).

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

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

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

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

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

Entretanto, mesmo podendo afirmar que há 25 anos o SUS é obrigação legal, a sua implementação com a efetivação do direito social à

saúde, encontra diversas dificuldades, que são verdadeiros obstáculos na transformação do SUS em uma sistema público de saúde de qualidade e universal, realmente comprometido com as necessidades e os direitos da população no que concerne ao seu objetivo: saúde (SANTOS, 2012).

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

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

Como consequências dos obstáculos citados, podemos citar: a) A dificuldade das unidades básicas de saúde e equipes de saúde da família de desenvolver o atendimento na atenção básica; b) a gestão descentralizada nas unidades de saúde não é autossuficiente, pois existe um grande dilema entre evitar a omissão de socorro e a limitação de recursos, com os serviços congestionados; c) precarização da implementação do SUS, que inclui uma população antes excluída, que no entanto, diminuiu a qualida-

de do atendimento das necessidades e direitos da população, devido as equipes e recursos serem escassos, entre outros (SANTOS, 2012, p. 277).

Assim, analisando a trajetória da saúde no período pós constitucional, verifica-se que os problemas enfrentados pelo setor no campo do financiamento, principalmente a insuficiência de recursos, inviabilizam a realização de uma política social mais efetiva (MENDES; MARQUES, 2009).

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

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

Vários fatores contribuem para a violação por parte do Estado, abrangendo todas as esferas federativas, do cumprimento do seu dever de prestação da saúde. Sarlet (2006, p.420), afirma que um dos fatores é o aumento da demanda por parte da população brasileira, enquanto que outro seria a incapacidade do Estado em efetivar tal direito:

De outra parte, a crescente insegurança no âmbito da seguridade social, neste contexto, de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade.

Desta forma, apesar do Estado brasileiro ter criado o SUS com o intuito de efetivar as políticas públicas voltadas a promoção de ações e serviços destinados à área de saúde, sistema este considerado um dos melhores do mundo em sua estrutura e objetivos previstos em sua lei instituidora, muitas dificuldades ainda são encontradas na sua implementação.

Passamos agora à análise dos três principais Programas de Governo/Estado utilizados como políticas públicas que objetivam a efetivação do direito social à saúde.

3.1 PROGRAMA E ESTRATÉGIA DA SAÚDE DA FAMÍLIA

Ao Estado compete garantir os direitos sociais, por meio de políticas públicas, e segundo Castro (2008), o direito à saúde deve ser concretizado integralmente pelo Estado-Providência, que foi criado para a redução das desigualdades sociais, onde o sistema se sustenta e se legitima no fato de que o governo eleito tem um compromisso moral com os menos favorecidos.

A efetividade dos direitos constitucionais pode ser entendida como a concretização de efeitos jurídicos no mundo fático, ou seja, constitui a materialização do Direito. Segundo Barroso (1996, p. 83), a efetividade *“simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.”*

Silva (1998, p. 66), afirma que eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como meta. A eficácia jurídica consiste na capacidade de atingir os objetivos traçados na lei, ou seja, os ditames jurídicos objetivados pelo legislativo, no entanto, uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, ou seja, pode ter a capacidade de gerar efeitos jurídicos, mas não ser efetivamente cumprida no plano social.

Os conceitos de efetividade e eficácia relacionam-se ainda com o de aplicabilidade, ou seja, eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, a eficácia pode ser observada como potencialidade de gerar efeitos

jurídicos enquanto que a aplicabilidade como realizabilidade, por isso são consideradas duas faces da mesma moeda, pois apenas a norma vigente será eficaz (SARLET, 2009).

Portanto, as normas constitucionais para serem efetivas precisam ser materializadas no mundo fático, precisam deixar de ser meras normas formais.

De acordo com Sarlet (2005), a classificação dos direitos fundamentais, segundo a funcionalidade, se dividiriam em: a) direitos fundamentais de defesa e b) direitos fundamentais à prestações, que se subdividem em direitos a prestações em sentido amplo, abarcando os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento, e os direitos a prestações em sentido estrito.

No que se refere aos direitos fundamentais de defesa, ensina o jurista que objetivam a limitação do poder estatal, para garantir ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe conceder um direito subjetivo a evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminar agressões a sua esfera de autonomia pessoal. Trata-se, pois, de direitos negativos, dirigidos a uma conduta omissiva do destinatário (SARLET, 2005).

No que tange aos direitos a prestações em sentido amplo, incluem-se os direitos de proteção, entendidos como posições jurídicas que atribuem ao cidadão o direito de exigir perante o Estado a proteção de bens jurídicos em face de violações de terceiros, e os direitos à organização e ao procedimento, relacionados também à produção normativa, que apresentam caráter residual em relação aos direitos de defesa. Por fim, os direitos a prestações em sentido estrito correspondem aos direitos a prestações sociais materiais, vinculados prioritariamente às funções do Estado Social (SARLET, 2005).

Segundo interpretação da teoria de Ingo Wolfgang Sarlet (2005), conclui-se que o direito à saúde classificava-se como um direito à prestações em sentido estrito, ou seja, vinculado às prestações sociais materiais, vinculado às funções do Estado Social Democrático.

Com o objetivo de materializar de fato os objetivos previstos na legislação do SUS e a necessidade de expandir a oferta de serviços públicos de saúde e a dimensão do déficit de cobertura da população, levaram o Ministério da Saúde em 1994, a formular o Programa da Saúde da Família – PSF, hoje chamado de ESF – Estratégia da Saúde da Família (STOTZ, 2003).

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

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

Não é difícil associar o modelo do ESF com o modelo de medicina de família/comunitária. Evidentemente, para oferecer o pacote mínimo essencial, os médicos especialistas são desnecessários, bem como os investimentos na “*qualificação e modernização da rede de serviços de atenção básica*”. Assim, à época, Fernando Henrique Cardoso, Presidente da república, afirmou que era possível melhorar a saúde sem aumentar o orçamento do SUS (MISOCZKY, 1995, p. 6-7).

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

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

Neste sentido, pode-se afirmar que o Programa de Saúde da Família – PSF, atualmente chamado de Estratégia de Saúde da Família – ESF, foi a primeira grande política pública de efetivação dos objetivos do SUS, que se baseia nas ações e serviços de saúde, que inicialmente priorizou melhorar e expandir os serviços de saúde sem, no entanto, aumentar o orçamento do SUS.

3.2 RECURSOS VINCULADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES E SERVIÇOS DO SUS

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

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

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

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

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

A EC 29/2000 deu nova redação ao art. 198 da CF/88, incluindo os §§ 2º e 3º, entre outros, que em síntese dispõem que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão em ações e serviços de saúde recursos mínimos, que no caso da União será um percentual mínimo de 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro; no caso dos Estados e do Distrito Federal, será o produto da arrecadação dos impostos previstos no art. 155 e dos recursos dos arts. 157 e 159 (I, a e II) e no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos previstos nos arts. 158 e 159 (I, b e § 3º).

Previu-se ainda que lei complementar iria estabelecer os percentuais, os critérios de rateio dos recursos da União e dos Estados, bem como as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

A lei complementar prevista para regulamentar o § 3º do art. 198 foi promulgada somente em 2012. Trata-se da Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, que dispõe “sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo.” (BRASIL, 2012).

Portanto, partindo de uma análise do período pré e pós Constituição Federal de 1988, o Brasil evoluiu significativamente no que se refere ao Direito à Saúde, tendo em vista que antes da Constituição não era dever constitucional do Estado (em todas as esferas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios) assegurar os direitos relativos à saúde e hoje deve

fazer parte das políticas públicas do governo, inclusive com orçamento mínimo a ser destinado para políticas públicas relativas à saúde.

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

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

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

3.3 PROGRAMA MAIS MÉDICOS

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

Em editorial, a Revista Saúde em Debate (2013) afirmou que a suficiência quantitativa das equipes de saúde, quando bem distribuídas, permite atendimento universal da população residente em todo o território nacional, levando a efetivação do direito constitucional à saúde. No entanto, afirmou ser consenso entre os gestores do SUS que entre as categorias de profissionais da saúde, os médicos são os profissionais mais difíceis de prover nos serviços públicos de assistência à saúde, problema este reconhecido inclusive pela população, quando afirma que o principal problema do SUS é a falta de médicos.

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

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

O Programa Mais Médicos foi criado através da Lei 12.871/2013, com o objetivo de ampliar a assistência na Atenção Básica fixando médicos nas regiões onde havia carência de profissionais. O art. 1º da lei prevê a instituição do Programa Mais Médicos com a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o SUS com os objetivos de: a) diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde; b) fortalecer a prestação de serviços de atenção básica em saúde; c) aprimorar a formação médica no país e proporcionar maior experiência no campo da prática médica durante o processo de formação; d) ampliar a inserção do médico em formação nas unidades de atendimento do SUS; e) fortalecer a política de educação permanente com a integração ensino-serviço; f) promover a troca de conhecimento e experiências entre profissionais da saúde brasileiros e médicos formados em instituições estrangeiras; g) aperfeiçoar médicos para atuação nas políticas públicas de saúde do País e na organização e funcionamento do SUS; e h) estimular a realização de pesquisas aplicadas ao SUS (BRASIL, 2013).

Por meio do programa, 14.692 mil médicos passaram a atender a população de 3.785 mil municípios do país, o que equivale a 68% (sessenta e oito por cento) dos municípios do país, além de 34 Distritos Sanitários Indígenas (DSEIs), passando a atender algo em torno de 50 milhões de brasileiros (BRASIL, 2015).

Além do atendimento médico, foi criado um eixo de investimento em infraestrutura, onde serão investidos R\$ 5,6 bilhões para o financiamento de construções, ampliações e reformas das Unidades Básicas de Saúde (UBS) e R\$ 1,9 bilhão para as construções e ampliações de Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) (BRASIL, 2015).

No terceiro eixo de investimentos do Programa, relacionadas à expansão e reestruturação da formação médica no país, segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2015) foi prevista a criação, até 2017, de 11,5 mil novas vagas de graduação em medicina e 12,4 mil vagas de residência médica para a formação de especialistas até 2018, com o objetivo de valorização da Atenção Básica e outras áreas prioritárias para o SUS.

Neste sentido, em síntese, o Programa Mais Médicos faz parte de um amplo pacto de melhoria do atendimento aos usuários do SUS, prevendo investimentos em infraestrutura dos hospitais e unidades de saúde, além de levar médicos para regiões onde há escassez ou ausência total de profissionais (BRASIL, 2015).

Segundo Campos (2013), o Programa Mais Médicos é uma tentativa de responder aos movimentos sociais do ano de 2013. O projeto do programa possui três propostas principais com o objetivo de melhorar a qualidade da política pública de saúde do SUS.

Considerada a mais nova política pública de saúde, o Programa Mais Médicos traz vários aspectos que merecem apoio e outros que infelizmente merecem críticas.

O Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES (2014) afirmou que as medidas do Programa Mais Médicos são necessárias e louváveis,

no entanto, insuficientes para o setor, que necessita de outras medidas de curto, médio e longo prazo.

Campos (2013) defende que merece aplausos a iniciativa de contratação de mais de 10 mil médicos para a rede primária de atenção básica, principalmente àqueles localizados em regiões de grande vulnerabilidade social e sanitária, tanto em municípios médios, pequenos e em periferias de grandes cidades, onde os profissionais habilitados não tinham interesse em atuar.

A extensão da saúde primária, por mais que exista a Estratégia de Saúde da Família em pleno funcionamento, nunca havia sido efetivada plenamente e também nunca havia sido assumida como meta de governo pelos candidatos brasileiros à presidência da república.

No entanto, Campos (2013) afirma que não merece apoio a forma de contrato firmado pelo governo, o qual se configura ilegal e as condições de recrutamento parecem criadas para espantar eventuais candidatos. Inicialmente por se tratar de um contrato provisório, prevendo contratação por três anos, prorrogáveis por mais três, significando que todos os médicos deverão deixar suas atividades para algo que terminará em breve. As contratações precárias são um dos principais problemas enfrentados pelo SUS atualmente, o que poderá conduzir ao fracasso do programa.

Merece ainda apoio a preocupação com a formação de novos médicos, segundo métodos empregados em países com sistemas públicos de saúde, seja com o aumento do estágio na atenção básica ou com o recrutamento segundo normativas compulsórias ou estratégias de indução (CAMPOS, 2013).

Entretanto, merece críticas a intenção de estender-se o curso de medicina para oito anos. Faz-se necessário uma reforma nos cursos de medicina, com o objetivo de formar médicos com formação geral, em clínica e em saúde pública, com estágios práticos nos serviços do SUS, na atenção básica (CAMPOS, 2013). Em vez de acrescentar mais 02 anos aos cursos de medicina, seria mais interessante para o Brasil e sua população, obrigar

as residências, de todas as especialidades, nas unidades básicas de saúde, com supervisão dos professores universitários no local e à distância. Para efetivação desta proposta, bastaria ao MEC e ao Ministério da Saúde alterar as normas de residência médica.

Faz-se necessário que as universidades tenham como objetivo último a formação de profissionais de saúde com perfil para atendimento no SUS, com a finalidade de atender as necessidades da população brasileira.

Ainda, de acordo com Campos (2013), interessante e positiva a iniciativa do programa em ampliar, em torno de dez mil novas vagas, para residência. Inicialmente foram priorizadas as residências para médicos na área da saúde da família e comunidades, além de outros especialistas que faltam no SUS, entre eles: anestesistas, psiquiatras, oncologistas, pediatras, entre outros.

Mas infelizmente, merece críticas esta proposta de ampliação em dez mil novas vagas para a graduação médica. Campos (2013) afirma que o Brasil possui hoje algo em torno de 1,8 médicos para cada mil habitantes; o Canadá, 1,7; a Inglaterra, 2,4; com mais dez mil médicos se formando ao ano, em uma década teríamos um número excessivo de médicos, o que configura um elemento danoso, conforme o que ocorre em Cuba e nos Estados Unidos. Seriam necessárias algo em torno de três e quatro mil novas vagas, preferencialmente na rede de Faculdades Públicas, pois não existe motivo para estimular a abertura de universidades privadas.

Finalmente, cabe-nos fazer uma crítica a intenção governamental em “importar” médicos estrangeiros, em caso dos brasileiros não preencherem a cota necessária. Campos (2013) afirma que se o Brasil adotasse a proposta de realizar-se o primeiro ano de residência, em todas as especialidades, na atenção básica de saúde, haveriam mais sete a dez médicos na rede básica de saúde. Com o atual modelo, consubstanciado na forma de contratação temporária e na ausência de carreira e impossibilidade de remanejamento e promoção ao longo dos anos, parece que se torna ine-

vitável a chamada “importação” de médicos estrangeiros para o Brasil, o que de fato ocorreu no primeiro ano do programa.

A partir da injusta falta de assistência médica e a dificuldade dos gestores em contratar profissionais médicos, é muito positiva a atração de profissionais médicos estrangeiros ao país. No entanto, essa medida deve ter caráter meramente emergencial e com o propósito de atender a demanda atual (CEBES, 2014).

Importante destacar que tem gerado intensas discussões a “importação” dos médicos cubanos para o Brasil, através do programa, tanto sob o aspecto da legalidade da sua presença no Brasil, quanto sobre a forma de pagamento adotada, que se efetiva por meio de repasse financeiro à Organização Panamericana de Saúde (OPAS), conforme determinado no 80º termo de cooperação técnica para desenvolvimento de ações vinculadas ao projeto de acesso da população brasileira à atenção básica em saúde.

No entanto, segundo Clève (2013), a partir de uma análise estritamente jurídica, é possível nos termos do acordo internacional, o exercício da profissão pelos médicos cubanos sem a necessidade da submissão ao Exame Revalida, neste caso, basta a existência de lei ou ato normativo com força de lei.

O Presidente do Conselho Federal de Medicina – CFM, Roberto Luiz D’Ávila (2013) afirmou que as entidades médicas não são contra a criação de estímulos para melhorar a qualidade na prestação de serviços de saúde no interior do país e nas periferias das grandes cidades, pelo contrário, defendem a oferta de condições de trabalho e emprego dignas que tragam benefícios aos pacientes e profissionais.

Segundo D’Ávila (2013), apesar do programa visar garantir as premissas do SUS e do Estado Constitucional – atendimento universal, gratuito e com equidade para a população – ele falha ao oferecer uma solução rasa, de efeito duradouro duvidoso.

A atuação dos médicos cubanos deve ser fiscalizada pelo Brasil, pelas Opas e pelos Conselhos Regionais e Federais de Medicina, sendo que os conselhos não podem recusar o registro do médico intercambista, tendo em vista a existência de ato normativo, com força de lei, regendo sua obrigatoriedade (CLÈVE, 2013).

4 DIREITO À SAÚDE E PROGRAMA MAIS MÉDICOS: UMA ANÁLISE SOBRE A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Robert Alexy, ícone dos defensores da concretização dos direitos fundamentais, idealizador da Lei da Ponderação, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, visando solucionar a colisão de princípios, afirma que a satisfação de um direito justifica a não satisfação de outro (ALEXY, 2008).

Além de resolver as colisões de princípios, a teoria mantém a normatividade dos princípios sem que sejam excluídos do ordenamento jurídico. Entretanto, a obra de Alexy não contém um catálogo de prescrições direcionadas aos intérpretes (MOREIRA, 2013).

Analisar o tema da colisão de princípios fundamentais é o mesmo que reconhecer o caráter normativo dos princípios previstos na Constituição Federal, ou seja, deixar de vê-los apenas como meras recomendações morais.

Inicialmente, faz-se necessário realizar uma distinção entre regras e princípios. Segundo Alexy (2008, p. 85) a distinção entre regras e princípios constitui a base para a compreensão da teoria dos direitos fundamentais.

Bobbio define os princípios como “*normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais*” (BOBBIO, 2003, p. 81).

Para Alexy (2008), as normas podem dividir-se em regras e princípios, porém a diferença é gradual e qualitativa, permitindo distinguir com

precisão as regras e os princípios. Essa distinção proposta por Alexy possui fundamento na dicotomia entre regras e princípios proposta por Dworkin.

Para Dworkin as regras são aplicadas da maneira do tudo-ou-nada, de forma que *“dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”* (DWORKIN, 2002, p. 39).

Já no que se refere aos princípios, Dworkin (2002) afirma que sua aplicação ocorre de uma maneira mais complexa, pois possuem dimensões que as regras não tem, sendo necessária uma decisão particular e a construção de uma linha de interpretação.

Alexy (2008) afirmando que Dworkin não chegou ao núcleo da distinção entre regras e princípios, afirma que os princípios são mandamentos de otimização.

Assim, para Alexy (2008), as regras são mandamentos definitivos, que determinam uma conduta previamente definida, enquanto que os princípios, são mandamentos de otimização, ou seja, ordenam fazer uma coisa na máxima medida possível cuja medida de aplicação deve ser definida pelo julgador, em cada caso concreto.

Em síntese, regras são mandamentos definitivos, enquanto que princípios são mandamentos de otimização (ALEXY, 2008).

De acordo com Alexy (2008, p. 91), havendo conflito entre regras, há critérios objetivos para solução. As regras não possuem a característica da otimização, elas são formuladas de modo a exigir um cumprimento pleno, ou seja, *“são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”*.

Os princípios, por sua vez, não expressam mandamentos definitivos, tendo em vista que somente ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, considerando determinadas condições concretas. Assim, a aplicação de um princípio a um caso concreto não significa que o que ele determina será um resultado definitivo para os casos semelhantes. Assim, é verdadeira a afirmação de que os princípios não possuem

conteúdo de determinação, pois suas razões são determinadas pelas circunstâncias do caso concreto, podendo ser permutadas por outras razões contrárias (ALEXY, 2002).

O autor afirma que o principal critério distintivo entre uma regra e um princípio é a forma como eles se comportam no caso de colisão as regras estão vinculadas à subsunção, enquanto que os princípios à ponderação.

A tese central da teoria dos direitos fundamentais “é que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza e princípios e são mandamentos de otimização.” (ALEXY, 2008, p. 575).

A ponderação, portanto, aplica-se de forma exclusiva aos princípios. Assevera Alexy (2007, p.64) para fundamentar sua tese:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.

Assim, quando houver conflito entre princípios faz-se necessário a ponderação no caso concreto, determinando qual princípio prevalecerá, não excluindo o outro do ordenamento jurídico:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deverá ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. (ALEXY, 2008, p.93).

A estrutura das soluções de conflitos entre princípios constitucionalmente previstos (expressa ou implicitamente) é apresentada por Alexy através da chamada Lei de Colisão, que demonstra que o resultado da ponderação deve ser objeto de fundamentação (ALEXY, 2008).

De acordo com Alexy (2002, p. 92-93), quando um princípio limita a aplicação jurídica de outro a um caso concreto, deve-se estabelecer uma relação de “*precedência condicionada*” entre ambos, ou seja, devem ser indicadas as condições necessárias para que um princípio seja aplicado em detrimento de outro, devendo ser observadas as condições de cada caso concreto.

O princípio que teve precedência irá restringir as possibilidades jurídicas de aplicação do princípio que foi desprezado. No entanto, esta relação de precedência não é definitiva, podendo ser invertida quando as condições do caso concreto forem modificadas (ALEXY, 2004).

Segundo Alexy (2002, p. 93), o peso ou precedência dos princípios é determinado da seguinte forma “*o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto.*”

Nesse mesmo sentido, Steinmetz (2001) afirma que a metáfora do peso utilizada por Alexy deve ser entendida como as razões suficientes para que um princípio preceda outro, não possuindo significado quantitativo.

Alexy (2008) defende que a lei de colisão é válida para solucionar todas as colisões em casos concretos, pois formula um enunciado de preferência condicionada entre os princípios. A formulação desses enunciados é fundamentada através da ponderação de princípios constitucionais.

A definição dos princípios como mandamentos de otimização faz com que eles ordenem “*que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.*” (ALEXY, 2004, p.185).

A ponderação, segundo Alexy (1999, p. 69), exige um princípio mais amplo: o chamado princípio da proporcionalidade, que em sentido estrito abarca os casos em que os custos e sacrifícios não podem ser evitados, tornando-se necessária uma ponderação.

A lei de ponderação é descrita por Alexy (2003, p.136) nos seguintes termos: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.” De acordo com o Autor, a ponderação compõe-se em três fases.

A Lei da Ponderação, exige primeiramente a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, sendo indispensável a identificação de todos os elementos fundamentais da colisão, para evitar distorções durante a ponderação (ALEXY, 1999).

A segunda fase da ponderação, é definida por Alexy (1999) como a realização da ponderação propriamente dita, onde deve ser indicada a relação de primazia entre um princípio e outro.

Por fim, Alexy (1999) traça a última etapa da ponderação como sendo aquela que exige a comprovação de que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. É a fase mais complexa da ponderação, pois deve-se justificar porque uma solução deve prevalecer sobre outra.

No que tange ao direito à saúde, Alexy (2008) afirma ser imprescindível ponderação entre os direitos sociais, inclusive o mínimo existencial e a reserva do possível, uma vez que o direito à saúde de alguns cidadãos podem extinguir o direito de outros devido à escassez dos recursos.

Barroso (2009, p. 13), afirma que em certos casos a observância do princípio da Proibição do Retrocesso Social, traduzido no mínimo existencial, pode levar à violação do princípio da igualdade e mitigar os direitos de toda a coletividade:

Alguém poderia supor, a primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que se contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Barroso (2009, p. 34) afirma ainda que os direitos fundamentais, ao serem exigidos, inclusive por via judicial, podem sofrer ponderações tanto com direitos fundamentais, quanto como princípios constitucionais. Neste diapasão, ensina ainda que *“as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais.”*

Neste viés, possível se faz a aplicação da ponderação de Princípios para identificar se o Programa Mais Médicos é uma política pública de efetivação do direito social à saúde ou uma mera norma panfletária.

5 CONCLUSÃO

O SUS constitui uma política pública cujo princípio fundamental é a consagração da saúde como direito universal. Em razão de seu pequeno curso histórico, encontra-se em estruturação e, por isso, vulnerável a toda sorte de investidas para consagrá-lo ou para abortá-lo em seu fundamento maior (ELIAS, 2004).

O direito à saúde é de máxima importância para o desenvolvimento do ser humano e para uma vida digna, devendo ser respeitado seu grau mínimo a todos os cidadãos, cabendo ao Estado efetivá-lo por meio de políticas públicas que garantam condições saudáveis e dignas ao indivíduo, tratando e prevenindo possíveis enfermidades.

No entanto, o principal problema do SUS não é a falta de profissionais médicos. Trata-se este mais um dos sintomas do descaso na implantação do projeto do SUS, relegados pelos sucessivos governos ao destino de um sistema de baixa qualidade e destinado ao atendimento da população de baixa renda.

Faz-se necessário reafirmar que um dos principais problemas enfrentados pelo SUS é a subordinação do setor da saúde à lógica do mercado financeiro, que se expande minimizando este direito social, tratando

a saúde como mercadoria, distanciando-a dos princípios orientadores do SUS enquanto expressão da saúde como direito de cidadania.

A efetivação da saúde, portanto, em conformidade com os ditames constitucionais, exige providências de várias ordens, a começar pela reforma do Estado para torná-lo capaz de realizar a saúde como direito universal. A consecução desse objetivo exigirá do Estado a formulação de políticas voltadas à desmercantilização da saúde – o que no âmbito mais imediato da assistência médica implica o incentivo a formas não lucrativas, em detrimento das modalidades lucrativas na produção de serviços –, e à busca incessante de novas modalidades de gestão na relação público/privado, capazes de viabilizar a eficácia social do sistema de saúde.

A constituição impõe ainda que este é direito de todos, por tanto, considera-se também direito à igualdade, igualdade de tratamento a todos os cidadãos. Dando especial atenção àqueles que não possuem condições financeiras para arcar com os altos custos de tratamentos. Assim não podemos esquecer, que quando falamos em direito a saúde, falamos da dignidade da pessoa humana e do direito maior de todo ser humano, a vida.

No momento atual, fica difícil identificar se o Programa Mais Médicos possui mais pontos positivos ou negativos, pois foi implantado a menos de dois anos e os primeiros contratos ainda não se encerraram.

No entanto, com o objetivo de dirimir essas dúvidas e controvérsias que surgem na efetivação do direito fundamental à saúde, faz-se necessário aplicar a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, e realizar a ponderação de princípios com a finalidade e identificar se o Programa Mais Médicos se configura uma Política Pública de efetivação do direito à saúde ou uma simples Norma Panfletária, um simples programa de governo com o intuito de minimizar os desgastes políticos.

Certamente o Programa Mais Médicos veio ao encontro do atendimento universal, gratuito e igualitário dos brasileiros, como um meio de

efetivação do direito constitucional à saúde. No entanto, até o presente momento, fica difícil concluir sobre os impactos a longo prazo. Uma coisa é certa: o Brasil precisa do SUS!

Com investimentos adequados e com a coragem necessária para enfrentar os interesses econômicos que recaem sobre o setor da saúde, é possível a consolidação do direito social dos brasileiros à saúde. O SUS, no entanto, precisa de Mais Médicos e de Mais políticas públicas e boa vontade!

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático, Revista de Direito Administrativo n 217, 1999.

_____. Constitutional Rights, Balancing and Rationality, Ratio Juris, v.16, n. 2, 2003.

_____. Constitucionalismo Discursivo. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. El concepto y la validez del derecho. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica, Revista Doxa n 5, 1988.

_____. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ASSIS, L. F. Promoção de políticas públicas e implementação de direitos fundamentais sociais: reflexões sobre o papel do Ministério Público e do Poder Judiciário. Revista do Ministério Público do Trabalho, v. 39, p. 1-1, 2010.

BANCO MUNDIAL. Relatório sobre o desenvolvimento mundial 1993– investindo em saúde. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

BARCELOS, R. A. A profanação do interesse público no Estado Democrático de Direito: por um modelo procedimental de solução das colisões entre interesses públicos e interesses privados. *Fórum Administrativo*, v. 12, p. 61-74, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público. Velo Horizonte: Fórum*, v. 9, n. 46, p. 31-61, 2007.

_____. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7º. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3. 3d. São Paulo: Malheiros, 1998.

BENVENUTO, Jayme. Direitos Humanos e Direito Internacional: Integração e Globalização. 2010.

BERNARDI, S. R. L. W. .A Dignidade Humana e o Direito Fundamental à Saúde. In: Narciso Leandro Xavier Baez e Vicente Barreto. (Org.). *Direitos Humanos em Evolução*. 1ed. Joaçaba: Editora Unoesc, 2007, v. 1, p. 177-196.

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

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

BRASIL, Lei 8.080. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL, Lei Complementar 141. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

BRASIL, Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/mais-medicos>. Acesso em 17 de mai. 2015.

CAMPOS, S.L.F. A responsabilidade na gestão da saúde pública. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública. Departamento de Serviços de Saúde Pública, 2006, 86p. Disponível em: <http://dominiopublico.qprocura.com.br/dp/28451/a-responsabilidade-na-gestao-da-saude-publica.html> Acesso em: 12 jul. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Manual de Direito Previdenciário. 9 ed. Florianópolis: Conselho Editorial, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Sobre os médicos cubanos. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3879, 13 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26703>>. Acesso em: 15 maio 2015.

DALLARI, S.G.; FORTES, RA.C. Direito sanitário: inovação teórica e novo campo de trabalho. In: FLEÜRY, S. (Org.). Saúde e democracia: a luta do CEBES. São Paulo: Lemos, 1997. p.187-202.

DALLARI. Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2003.

D'Ávila (2013). Roberto Luiz. Mais Médicos ou Mais Saúde?. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/09/17/mais-medicos-ou-mais-saude.htm>, Acesso em 15 mai. 2015.

EDITORIAL SAÚDE EM DEBATE. O SUS precisa de Mais Médicos e de Muito Mais! Saúde debate vol.37 no.97 Rio de Janeiro Apr./June 2013. Print version ISSN 0103-1104, Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042013000200001, Acesso em 05 de mai. 2015.

ELIAS, Paulo Eduardo. Estado e saúde: os desafios do Brasil contemporâneo. Revista São Paulo em Perspectiva. vol. 18 no.3 São Paulo July/Sept. 2004, Acesso em <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000300005>

Gastão Wagner de Sousa Campos. A Saúde, o SUS e o programa “Mais Médicos”. 2013. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:oiwgJz2ysqMJ:www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/revista-do-medico-residente/article/download/395/386+&c-d=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 17 de mai. 2015.

FAVARET FILHO, P.; OLIVEIRA, P.J. de. A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde. Rio de Janeiro: UFRJ/IEI, 1989.

ESCOREL, S. Reviravolta na saúde: origem e articulação do movimento sanitário. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1998.

L’ABBATE, S. Direito à saúde: discursos e prateias na construção do SUS. São Paulo-Hucitec, 2010.

MENDES, Aquilas; MARQUES, R.M. Crônica de uma crise anunciada: o financiamento do SUS sob a dominância do capital financeiro. In: Encontro Nacional de Economia Política, 14., 2009, São Paulo. Anais. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: http://www.apufpr.org.br/artigos/trabalho_eroniea_de_uma_crise_anunciada_financiamento_sus_aquilas_mendes_e.pdf. Acesso em: 31 ago. 2010.

MISOCZKY, M.C. A agenda para reformas do Banco Mundial e a política de saúde: algumas notas para reflexão. Saúde em debate. Londrina: Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, 47, jun. 1995, p.4-7.

MOREIRA, Pedro da Silva. O Imponderável direito À saúde: uma discussão jurisprudencial a partir do marco teórico de Robert Alexy. Acesso em: https://www.academia.edu/4819187/O_Imponder%C3%A1vel_direito_%C3%A0_sa%C3%BAde_uma_discuss%C3%A3o_jurisprudencial_a_partir_do_marco_te%C3%B3rico_de_Robert_Alexy. 22.03.2015.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; PIRES, Denise Elvira. Direito à saúde: um convite à reflexão. Cad. Saúde Pública. Rio de Janeiro, p. 753-760, maio-jun, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.

RIBEIRO, Patrícia Tavares. A questão social na história recente: implicações para a política de saúde no Brasil. Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 19-31, 2010.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. SUS, política pública de Estado: seu desenvolvimento instituído e instituinte e a busca de saídas. Revista Ciência & Saúde Coletiva. Artigo apresentado em 20/09/2012, Aprovado em 09/10/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível. In: SAMPAIO, José Adécio Leite(coord.). Constituição e Crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004.

_____. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 15/09/2009, p. 25.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do. A eficácia dos direitos fundamentais. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. André Doederlein. Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Flávia Martins Andre da. Direitos Fundamentais. Boletim Jurídico (Uberaba) , v. 5, p. 5, 2006.

SILVA, Keila; TANAKA, OswaidoYoshimi. Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. Revista Interface: Comunicação Saúde Educação, V.16, n.40, p.249-259, an./ mar.2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

STOTZ, Eduardo Navarro. Trabalhadores, direito à saúde e ordem social no Brasil. Revista São Paulo em Perspectiva. vol. 17 no.1. São Paulo, Jan./ Mar. 2003. Print version ISSN 0102-8839. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392003000100004>. Acesso em 15 mai. 2015.

POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Darléa Carine Palma Mattiello

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar aspectos destacados dos direitos fundamentais sociais, de forma vinculada às políticas públicas inerentes à efetivação de direitos e o papel que a discricionariedade administrativa pode assumir nesse processo. Pretende-se verificar o assunto à luz do direito à educação e suas perspectivas de efetividade, tomando-se por base as necessárias vinculações da concretização do direito à educação e as escolhas realizadas pelos gestores da Administração Pública. O tema é considerado, ainda, de forma vinculada às políticas públicas, dada a estreita relação existente entre políticas e a realização de direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, em virtude da demanda de prestações positivas por parte do Estado com vistas à efetivação de direitos (no presente caso, objetivando-se a concretização do direito fundamental à educação). O trabalho adotou o método dedutivo a partir de fontes bibliográficas e do texto constitucional, analisando, na primeira parte, a relação existente entre as políticas públicas e a efetivação de direitos; na segunda, o direito à educação, inserido no contexto dos direitos sociais; e na terceira parte, os aspectos relacionados à discricionariedade administrativa, a fim de que, por derradeiro e em conclusão, possa ser esmiuçada a relação do instituto da discricionariedade com a efetivação do direito à educação, mediante processos de escolhas, pautadas em conveniência e oportunidade, inseridas nos ciclos de políticas públicas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos sociais. Direito à educação. Políticas públicas. Administração pública. Discricionariedade.

1 INTRODUÇÃO

Os textos constitucionais, via de regra, consagram como fundamentais direitos necessários ao pleno desenvolvimento do Estado e de seu povo. Não à toa, existem previsões basilares na quase totalidade das Constituições consideradas ínsitas à formação e ao desenvolvimento tanto do Estado quanto das pessoas subordinadas à atuação estatal.

Verifica-se a corriqueira atribuição de fundamentalidade nas Constituições, por exemplo, ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à igualdade. Contextos de tempo e local em que tais direitos não sejam consagrados dificilmente irão presenciar desenvolvimento e uma perfeita integração entre povo, estado e governo.

Dentre o rol de direitos assegurados constitucionalmente no Brasil, encontram-se os direitos sociais, previstos como direitos fundamentais e devendo ser prestados a todos sem distinções. O direito social à educação, dessa forma, constitui-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito, uma vez que deve ser prestado e exigido, de forma permanente e indistinta a todos os cidadãos brasileiros, para corresponder aos anseios do povo destinatário da atuação estatal.

A educação é fundamental para o desenvolvimento das pessoas, seja qual for o arcabouço legislativo em que se encontre prevista e/ou o conteúdo jurídico ao qual se vincula o seu exercício. Tendo sido discriminada, portanto, como direito fundamental no Brasil, não pode ter sua prestação mitigada, sob pena de ofender, até mesmo, a própria dignidade das pessoas humanas destinatárias do texto constitucional brasileiro.

Fator importante nesse contexto é que a educação deve assegurada não apenas sob a forma de acesso e permanência nas instituições escolares, mas, sim, como instrumento para fornecer às pessoas conhecimento e opções de escolha, tornando-as aptas a inserção, permanência e respeito no convívio social – conferindo-lhes, portanto, empoderamento.

Oportunidades de escolha e de melhoria de vida são propiciadas pelos direitos sociais, quando prestados e exercidos. Ao mesmo tempo, as dificuldades são diversas e perenes, impondo-se, permanentemente, a veiculação de políticas públicas para que sejam difundidas ações de concretização dos direitos sociais.

Tais oportunidades devem ser asseguradas a todos os que delas necessitam, independentemente dos processos de escolha inerentes à prestação dos direitos sociais. Portanto, ao se falar em direitos sociais – e principalmente no direito à educação – mister se faz mencionar a importância das políticas públicas, que possuem importante papel na realização dos direitos fundamentais.

As políticas públicas, como processos de escolha, dependem sobremaneira das decisões dos gestores envolvidos no respectivo ciclo. Fala-se em discricionariedade, dessa forma, considerando-se que muitas das decisões a serem tomadas para efetivação das políticas subordinam-se ao processo decisório das autoridades.

Nesse contexto, a discricionariedade administrativa encontra-se intimamente ligada à prestação dos direitos sociais veiculados por meio de políticas públicas, impondo-se verificar a estreita relação entre esses institutos. Principalmente, ao se falar no direito social à educação, por ser um dos que mais demanda atuação direta do poder estatal para efetivação.

A partir dessas considerações, situa-se como cerne da presente pesquisa verificar se a discricionariedade administrativa constitui-se em um instrumento hábil para efetivação do direito à educação, sob a ótica das políticas públicas, analisando até que ponto o poder decisório dos gestores pode ser um mecanismo de concretização desse importante direito.

Justifica-se o estudo a partir da importância conferida ao tema pela própria Constituição da República Federativa do Brasil, que, ao prever a prestação do direito à educação para todos, com igualdade de condições e sem distinções, deixa claro que a ofensa ao cumprimento dessas

determinações culminará com a inefetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para resolução do problema de pesquisa, o trabalho adota o método dedutivo comparativo, a partir de fontes bibliográficas e do texto normativo, analisando, a um, a relação existente entre as políticas públicas e a efetivação de direitos (destacando-se, por oportuno, as políticas legislativas); a dois, o direito à educação, inserido no contexto dos direitos sociais; a três, os aspectos relacionados à discricionariedade administrativa, a fim de que, por derradeiro, possa ser esmiuçada a relação entre esses institutos para a concretização dos direitos sociais.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Desde que o Estado passou a agir como interventor das relações sociais, muito lhe foi atribuído no que tange à necessidade de satisfação de prestações positivas, a fim de que se alcançasse, cada vez mais, a melhoria das condições de vida da população subordinada ao poder estatal, por intermédio da aplicação efetiva das normas positivas cogentes.

No desempenho desse papel, o próprio Estado culminou por assumir, para si, obrigações prestacionais com caráter vinculativo, subordinadas a determinações legais e constitucionais. Tais determinações são atribuídas pelo Estado a si próprio, considerando-se que as esferas de atuação estatal manifestam-se com funções administrativas, jurisdicionais e legislativas.

No atual Estado social, as prestações positivas ocorrem, comumente, em decorrência da busca pela efetivação dos direitos constitucionais fundamentais. Para alcançar esse fim, porém, o Estado age não apenas com a prestação dos serviços públicos, mas, inclusive, com a implantação de políticas públicas específicas.

Bucci (1997, p. 90) afirma, nesse sentido, que o Estado social caracteriza-se por um “agir dos governos sob a forma de políticas públicas”,

o que abarcaria um conceito mais amplo que o de serviço público, por incorporar também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados.

Pode ser considerada fundamentação para esse “agir” a expressão adquirida por determinadas esferas de direitos no Estado social, ou seja, a própria existência dos direitos sociais afirma-se como fundamento mediato das políticas públicas e justifica o seu aparecimento.

Uma vez que compete ao Estado realizar as prestações que lhe são atribuídas legalmente¹, os entes públicos devem fazê-lo de forma plena, cumprindo as determinações constitucionais e correspondendo aos anseios da população. Até porque a função estatal de coordenar as ações para a realização de direitos dos cidadãos legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais (BUCCI, 1997, p. 90), o que inclui a prestação dos

serviços públicos e a efetivação de direitos como saúde, habitação, previdência, educação, entre tantos outros.

Assim, é extremamente direta a relação existente entre políticas públicas e a realização de direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, em virtude da demanda de prestações positivas por parte do Estado a serem veiculadas e efetivamente implementadas por meio das políticas públicas.

Fala-se em prestações positivas no sentido de que se imponha um agir do Estado para garantia dos direitos sociais, porquanto a efetivação de direitos não pode dar-se, apenas, por intermédio de normas legais proibitivas de condutas lesivas e passíveis de infligir sanções. Na esteira dessa afirmação, preceitua Arzabe (2001, p.32) que se faz necessária a

¹ Utiliza-se, aqui, o conceito de “lei” lato sensu, da forma mais ampla e genérica possível, abrangendo toda e qualquer espécie normativa hábil a autorizar o agir do Estado, enquanto Administração Pública. É que foi denominado por Juarez Freitas (2009, p. 70) de legalidade temperada, no sentido de que a Administração Pública deve pautar-se no Direito como “uma totalidade aberta, maior que o conjunto de regras legais”, considerando-se que “o conteúdo jurídico, por força da natureza valorativa, transcende o mera e esparsamente positivado”.

existência de leis, regulamentos e medidas públicas de promoção e fortalecimento dos direitos sociais.

E mais: segundo o referido entendimento (ARZABE, 2001, p. 32), os direitos sociais podem somente ser realizados por meio das políticas públicas, pois estas fixam de maneira planejada diretrizes e formas para a ação do Poder Público e da sociedade.

O Estado necessita de ações coordenadas e bem estruturadas, específicas para a resolução de determinada celeuma ou para atingir situações peculiares. Além da previsão teórica de prestações positivas, assim, impõem-se articulações entre as esferas de atuação estatal para que os objetivos sejam alcançados.

Segundo Procopiuck (2013, p. 14), a Administração Pública se coloca como dispositivo executivo a serviço de todo o Estado, que se desagrega em um nível institucional e em um nível operativo. Ou seja, o Estado age como uma extensão da organização política que tem atuação condicionada pelo seu próprio arcabouço normativo geral.

Por isso, se o perfil típico do Estado se define pela composição articulada entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, dificilmente, lograr-se-á êxito na efetivação dos direitos fundamentais sociais sem a esmerada utilização de mecanismos como as políticas públicas.

Em âmbito conceitual, conforme Souza (2007, p. 68), não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Pode-se afirmar, assim, que o termo pode assumir abordagens diferentes conforme venha a implicar em decisões ou em determinadas etapas, que vão desde a tomada inicial das deliberações até a implementação do que fora estipulado.

Trata-se, portanto, no entendimento de Souza (2007, p. 83), do campo do conhecimento que busca integrar alguns elementos, como a própria política pública (*policy*), a política (*politics*), a sociedade política (*polity*) e as instituições que regem as decisões, os desenhos e as implementações das políticas públicas, focalizando seu processo e seus resultados.

Certo é que as políticas públicas constituem-se de atividades cíclicas e interligadas; uma fase depende e influencia na outra, envolvendo a ação de diversos atores em busca do bem estar coletivo. Nesse ponto reside, provavelmente, o índice para o sucesso das políticas: a existência de fases interdependentes entre si, dependendo de diversos atores e ciclos exitosos para que se obtenha a efetivação dos direitos almejada.

Fator igualmente determinante para o sucesso das políticas é o sistema político federativo em que se inserem. Além da estruturação estatal em Poderes autônomos, no caso do Brasil, tem-se uma configuração que confere diferentes autonomias aos entes federativos, quais sejam: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

Assim, complicações podem ser causadas, por exemplo, para a prática de políticas nacionais que dependam da implementação de ações locais ou regionais para o seu êxito. No que tange aos direitos fundamentais sociais, principalmente, verifica-se a necessidade de ações interligadas entre os entes federativos e suas esferas de atuação, residindo, nesse ponto, fator categórico para o (in)sucesso das políticas.

Baptista e Rezende (2011, p. 161) esclarecem que, no caso brasileiro, a configuração do sistema político federativo traz algumas complicações a mais em análise desta natureza. Seria inviável, assim, falar de implementação de políticas nacionais quando estados e municípios exercem ou são chamados a exercer sua autonomia local.

Por essas questões, devem ser possibilitadas análises que reflitam o debate político em questão e que não são simples reproduções de modelos políticos nacionais e universais, importando saber em que contextos se inserem as políticas, suas especificidades e o arranjo que se constitui em cada caso (BAPTISTA; REZENDE, 2011, p. 161). Até porque a ideia de um ciclo da política com as fases delimitadas pode funcionar muito bem para o controle e a definição de políticas que subsidiem a tomada das de-

cisões, mas não tão bem para a verificação do êxito dos processos que foram desencadeados.

Percebe-se assim que, como instrumentos de ação dos governos, as políticas públicas devem acompanhar as necessidades sociais para efetivação dos direitos insculpidos normativamente, com a verificação das potencialidades, necessidades e atribuições políticas federativas locais.

Nos dizeres de Bobbio (2004, p. 203), “direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia”. As políticas públicas, assim, por se constituírem utensílios de efetivação dos direitos sociais, tratam-se também de verdadeiros instrumentos de democracia.

Esse entendimento aproxima-se dos dizeres de Atria (2005, p. 19), para quem é razoável pensar que as características que o direito subjetivo adota são um reflexo importante acerca dos direitos morais que o direito pretende proteger. É a isso que se deve atentar: à possibilidade de o direito acompanhar os fatos sociais, para concretizar, por meio das políticas públicas, o que se faz necessário, de fato, para o pleno desenvolvimento dos cidadãos, destinatários da previsão constitucional dos direitos sociais.

3 O DIREITO À EDUCAÇÃO

Dentre os direitos sociais a serem prestados pelo Estado, merece destaque o direito à educação. Não há como se falar em um Estado evoluído, promotor de igualdade e de bem estar social sem se cogitar avanços no sistema educacional e a efetiva prestação desse direito.

Sobre o direito à educação configurar-se em um direito subjetivo, invocam-se as palavras de Garcia (2004), para quem tanto o direito objetivo como o subjetivo possuem um epicentro comum: a pessoa, natural ou jurídica, que é a titular em potencial das relações jurídicas que se desenvol-

vem no organismo social. Nessa linha de pensamento, enquanto o direito objetivo ocupa uma vertente externa à pessoa, mas a ela direcionada, o direito subjetivo se realiza na própria pessoa, razão de situar o direito à educação como direito subjetivo.

Não à toa, a educação é um dos direitos fundamentais determinantes para o exercício de uma vida digna. Deve ser prestada pelo Estado de forma efetiva e apta a propiciar o efetivo exercício da dignidade, assim considerada como sendo um princípio basilar que não se coaduna com a possibilidade de ponderação.

Pode-se afirmar, por consequência, que a racionalidade e o conhecimento propiciados pela educação são cruciais para o exercício da dignidade da pessoa humana, por ser o homem considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser racional (KANT, 2004). Fornecendo, a educação, autonomia, reforçar-se-ia a lei universal que refuta a utilização do homem como meio para outro fim que não seja ele mesmo.

O direito à educação e o princípio a dignidade da pessoa humana tanto se relacionam que várias declarações de direitos ressaltam a relevância da educação para uma vida digna, assim como a inserem no rol dos direitos fundamentais².

No mesmo sentido, vinculando-se a educação com o princípio da dignidade da pessoa humana, podem ser invocados os dizeres de Haberle (2009, p. 81), ao afirmar que a exata compreensão do que vem a ser o estado de direito depende da existência de um compromisso de sua Constituição com a dignidade humana. A educação, nesse entendimento, contribui ao figurar como norma fundamental do Estado, apta a fundamentar a sociedade já constituída ou por ser constituída.

² No sentido de esclarecer que a dignidade da pessoa humana é ponto central (“núcleo duro”) dos direitos fundamentais para vários povos, consoante explicitado nas várias declarações de direitos, esclarecem Baez e Mozetic (2013) que devem ser examinados os valores propostos com uma visão intercultural, sem o condão de atribuir supremacia de uma nação sobre a(s) outra(s), haja vista a existência de culturas antagônicas que impossibilitaram, até a atualidade, o entendimento global sobre uma categoria universal de direitos fundamentais.

A fundamentalidade é inerente ao direito à educação. Trata-se de direito incluído comumente como dependente de prestações estatais positivas, assim como os demais direitos sociais.

Invoca-se, aqui, a consagrada concepção de Alexy (2015, p. 433-434), para quem os direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação constituem o que é denominado “direito a prestações”, ou seja, os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem a um *status* positivo, em sentido estrito. Em contraponto, viriam os direitos de defesa do cidadão contra o Estado, constituindo-se direitos a ações negativas do Estado.

Na esteira dessa classificação, tem-se as palavras de Sarlet (2012, p. 260), ao afirmar que os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa e os direitos a prestações. Incluem-se, segundo o autor (SARLET, 2012, p. 260), no primeiro grupo os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais (no caso, as liberdades sociais) e políticos; o segundo grupo, por sua vez, integra-se pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos a proteções em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional, dentre os quais figura o direito à educação.

No mesmo sentido, quanto à exigibilidade dos direitos sociais, seu reconhecimento constitucional e a relação com prestações positivas, Abramovich e Courtis (2009, pp. 4-5) sustentam que, por se tratar de direitos que estabelecem obrigações positivas, “su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer”, veiculando a prestação dos direitos sociais a prestações positivas, muitas vezes custosas ao Estado.

Salientam os autores, porém, que os direitos sociais – referindo-se, especificamente, aos direitos à saúde, moradia, educação e seguridade social – não se esgotam em prestações positivas, porque “al igual que

en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos, el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2009, p. 6).

Bucci (1997, p. 90) assevera que os direitos sociais, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, efetivam-se por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes. Assim, somente poderiam ser realizados se forem impostas, a outros, obrigações positivas, incluídos aqui os órgãos públicos.

É intensa a discussão sobre os direitos fundamentais sociais serem considerados unicamente prestacionais. De tal discussão, não pode se afastar o direito à educação, que é fundamental e prestacional por natureza.

Há divergência, ainda, sobre o fato de a educação consistir, ou não, em um direito fundamental (CESAR; VIANA, 2009). A doutrina mais atual reconhece os direitos fundamentais como prerrogativas que o indivíduo tem em face do Estado, abrangendo os direitos individuais, sociais (como o educacional) e políticos.

Entretanto, nada obstantes tais discussões, sob todos os pontos de vista, a educação, longe de ser um enfeite ou o resultado da vaidade das pessoas, possibilita o desenvolvimento ideal da personalidade humana, constituindo-se condição indispensável para a concretização da própria cidadania. Segundo Garcia (2004), com ela, o indivíduo compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a sua integração em uma democracia efetivamente participativa.

No mesmo sentido, manifesta-se Baruffi (2011, p. 149), ao afirmar que a educação é um direito que não pode ser “mera retórica ou simples folha de papel”, pois possui força transformadora. Verificam-se, assim, na

educação fundamentos para as políticas públicas e a resposta que o constituinte deu à sociedade ao inseri-la como direito fundamental social.

Assim, em essência, educação é o passaporte para a cidadania. Além disso, segundo Garcia (2004), é um dos pressupostos para a evolução de qualquer Estado de Direito, pois a qualificação e a capacidade crítica dos indivíduos mostram-se imprescindíveis ao alcance desse objetivo.

Significa dizer que, ainda que concebido como um direito social, ocupando uma segunda geração ou dimensão, a efetividade do direito à educação é imprescindível à própria salvaguarda do direito à livre determinação.

A educação, assim, embora considerada um direito social, é imprescindível à salvaguarda de um direito que, sob um prisma lógico-evolutivo, o antecede na formação do Estado de Direito: a liberdade (GARCIA, 2004), demonstrando que direitos de primeira e de segunda dimensões, sejam definidos como negativos ou positivos, de defesa ou prestacionais, podem – e devem – conviver de forma afinada, indissociável e com nexo de complementaridade.

4 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Ao longo do tempo, processos que objetivam efetivar o direito à educação ganham proporção no Estado brasileiro, definindo modos de ação, envolvendo os mais diversos atores e dependendo das diferentes esferas governamentais. Incluem-se, aqui, determinações que podem se coadunar com a descrição de Sarlet (2012, p. 266), no sentido de estabelecerem programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais.

Esses atos correspondem a uma exigência do Estado Social de Direito, ainda mais quando se trata de efetivação de direitos sociais. No que tange ao direito à educação, especificamente, o papel dos atores das políticas, envolvidos nos processos decisórios, adquire especial relevância,

porquanto se trata de direito que, para ser efetivado, demanda de prestações positivas por parte do Estado.

Nesse sentido, segundo Baruffi (2011, p. 153), para que seja efetivada como um direito fundamental social, a educação necessita não apenas de oferta pelos poderes constituídos, mas, também, de ações necessárias para que o direito atenda às suas finalidades previstas constitucionalmente.

Nesse contexto, os agentes políticos possuem participação decisiva e fundamental, porquanto gestores dos recursos hábeis a viabilizar as atividades previstas. Desde o planejamento à execução das políticas públicas, por meio de planos de gestão governamental, passando pelos programas gerais e setoriais, até alcançar os projetos executivos e as ações de campo a serem desenvolvidas, tudo tem um grau de dependência maior ou menor da atividade governamental.

Assim, pouco se pode encaminhar sem que se identifique uma sensível dependência, ao menos, da participação do Estado, já que este detém o poder decisório acerca da destinação dos recursos públicos. Nessa atividade, o Estado se faz representado pela Administração Pública, que, em última análise, traduz-se na ação de suas pessoas (entes ou entidades), agentes, órgãos, todos embalados pela previsão de variados graus de espectro decisório.

Bucci (1997, p. 96) esclarece que há em comum entre as políticas a existência de um processo político de escolha das prioridades, não obstante suas diferentes acepções, mas as agrupando em um mesmo conceito jurídico, ou seja, o governo elege as prioridades tanto em termos objetivos como no que tange aos procedimentos a serem adotados.

Tudo isso é realizado conforme a mensuração da conveniência da prática de cada ato administrativo e da exata oportunidade com que isso deva se operar – é o que se designa, convencionalmente, de discricionariedade administrativa.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 590), ao contrário do que ocorre com a realização e a proteção dos direitos individuais, a realização dos direitos sociais, por depender de gastos públicos, depende de decisões que extrapolam o simples raciocínio jurídico-formal.

Em um panorama de escassez de recursos, no qual não há verbas suficientes para resolver nem mesmo os principais problemas de saúde, educação e moradia dos indivíduos (realidade que assola muitos países), é necessário que alguém tome a decisão sobre como e onde os recursos públicos serão alocados.

Nesses termos operativos, o Estado confere aos agentes públicos maior potencial decisório e avaliador das balizas da ação discricionária. Daí, mostrar-se fundamental conhecer o papel de tais agentes no contexto da implementação de políticas públicas, a partir da análise do texto constitucional e da legislação correlata aplicável, tomando-se por referência a necessidade de identificação dos fatores determinantes da atuação dos agentes públicos (políticos, administrativos e colaboradores), cada um, a seu turno, exercendo maior ou menor nível decisório, como propulsores de uma imensa engrenagem que é a atividade administrativa.

Por conseguinte, atrela-se o estudo das políticas públicas com os administradores estatais (ou governantes, por assim dizer). Nesse contexto, situam-se os indivíduos, grupos ou organizações que desempenham algum papel do processo de políticas públicas, os quais são denominados *atores*.

Os atores relevantes em um processo de política pública são aqueles capazes de influenciar, direta ou indiretamente, o conteúdo e os resultados da política pública; em meio a esses, figuram os atores governamentais, patamar em que se situam os agentes públicos.

A Administração Pública desempenha suas funções (governo) por intermédio da atuação de agentes públicos. A expressão “agente público”, assim, seria um gênero que abrange as pessoas físicas que prestam

um serviço ao Estado, sob as mais diversas formas de relação (estatutária ou celetista, por exemplo).

Definindo-se agentes públicos como sendo um gênero, pode-se encontrar, como espécie, a categoria dos agentes políticos, em paralelo com os servidores públicos *lato sensu* (estatutários, empregados públicos e servidores temporários) e os particulares em colaboração com o poder público, entre outros, dependendo da classificação doutrinária a ser adotada.

Os agentes políticos são aqueles que possuem funções de direção e de orientação, de exercício geralmente transitório. Sua investidura dá-se, por via de regra, por meio de eleição, originando-lhes um mandato (caracterizando-se, este, pela transitoriedade do exercício das funções). Esses agentes exercem funções políticas como representantes da vontade da coletividade, desenvolvendo atividades de definição das diretrizes e dos planos governamentais.³

Trata-se de atores importantes nos processos decisórios que permeiam quaisquer políticas públicas. São agentes que irão exercer o papel do Estado no sentido de ponderar as necessidades da coletividade, avaliando como e quando serão prestados os direitos sociais, consoante as disponibilidades de instrumentos estatais, valendo-se de conveniência e oportunidade, mas sem se desvincular, em qualquer hipótese, da legalidade em seus atos.

Na esteira do que afirma Sarlet (2008, p. 29), as prestações estatais básicas destinam-se à garantia de uma vida digna para as pessoas,

³ Importante frisar que parte da doutrina administrativa enquadra na espécie de agente político todos aqueles que possuem atribuições decorrentes diretamente da própria Constituição, o que é corroborado pela jurisprudência. É o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), transcrito no Informativo 259, referindo o RE 228.977, de relatoria do Min. Néri da Silveira (BRASIL, 2002). Assim, além dos agentes que exercem função eminentemente política, seriam agentes políticos, ainda, os membros da magistratura, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, os representantes diplomáticos e outras autoridades que atuem com independência funcional no exercício de atribuições governamentais, ainda que estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário. Precipuamente, seriam agentes políticos, segundo essa ampla classificação, aqueles cuja remuneração se dá pelo regime de subsídio. Para os fins do presente estudo, porém, será adotada a definição mais restritiva, considerando-se agentes políticos aqueles caracterizados por exercerem funções políticas como representantes da vontade da coletividade.

constituindo-se parâmetro necessário para a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais. Sustenta-se, assim, que direitos subjetivos definitivos prevalecem até mesmo em face de outros princípios constitucionais, como, por exemplo, o da reserva do possível.

Daí a importância do correto exercício da discricionariedade pelos agentes com poderes decisórios, porquanto de suas escolhas poderá advir maior ou menor grau de efetividade dos direitos sociais. Em sendo, tais direitos, previstos como fundamentais pelo Estado brasileiro, sua não observância acarretará um inadimplemento por parte dos Poderes estatais e uma significativa perda aos cidadãos, que não terão concretizados os direitos necessários à vida digna.

5 CONCLUSÃO

Em atendimento às determinações constitucionais e infraconstitucionais, o Estado brasileiro desempenha uma série de obrigações sociais para com a população. Considerando-se a atuação estatal por meio de atividades administrativas, jurisdicionais e legislativas, políticas públicas são veiculadas nas mais diversas esferas por intermédio do Poder Público.

São inerentes à atuação estatal prestações com caráter vinculativo, subordinadas a determinações legais e constitucionais. No atual Estado social, principalmente, são realizadas muitas prestações positivas, com o objetivo de efetivar os direitos constitucionais fundamentais.

Não obstante se classifiquem os direitos de primeira dimensão como negativos e os de segunda dimensão, como positivos, é necessário que uns complementem os outros para uma verdadeira concreção. O direito à educação, por exemplo, embora vislumbrado tradicionalmente como passível de efetivação com prestações positivas, é essencial para a consagração do direito à liberdade, que se configura com a atuação negativa por parte do Estado, ou seja, com a sua abstenção.

Da mesma forma, o direito à educação relaciona-se intimamente com a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Sob esse ponto de vista, embora seja considerado um direito social, veiculado por meio de um agir positivo do Estado, a efetividade do direito à educação propicia o exercício das liberdades e da dignidade pela pessoa humana, em todos os seus aspectos.

Por tudo isso, é estreita a relação existente entre políticas públicas e a realização do direito fundamental à educação, em virtude da demanda de prestações positivas por parte do Estado a serem veiculadas e efetivamente implementadas por meio de políticas, sejam elas legislativas, administrativas ou, ainda, por meio da jurisdição.

Além de se caracterizarem como instrumentos de ação, envolvendo processos decisórios, ciclos e diversos atores, as políticas públicas possuem como característica acompanhar as necessidades sociais, sendo essenciais para a efetivação do direito à educação. Percebe-se, por exemplo, uma série de medidas adotadas, de forma interligada e complementar, entre União, Estados e Municípios para que se alcancem melhores estatísticas de acesso e permanência nas instituições escolares.

A educação, porém, vai além desses fatores de avaliação; deve constituir-se em verdadeiro e eficaz meio de conhecimento, propiciando opções de escolha para uma vida melhor por todos os cidadãos. Trata-se de direito fundamental, subjetivo, que se reflete em verdadeiro alicerce para o crescimento pessoal, profissional e social, ou seja, um legítimo degrau de acesso à cidadania.

Significa dizer que o direito à educação, quando exercido plenamente, é imprescindível à própria preservação do direito às liberdades, em todos os seus aspectos – embora tenha sido concebido como um direito social, ocupando uma segunda geração ou dimensão.

O Estado possui relevante papel na efetivação desse direito. Para tanto, no cumprimento dos ônus que lhe são inerentes, costuma promo-

ver um “sem-fim” de políticas nas mais diversas esferas. E as políticas públicas, como se sabe, demandam de todo um processo decisório e cíclico, o que culmina por relacioná-las à atividade dos gestores.

Impende-se, especificamente, analisar o papel dos agentes públicos nesse processo, que possuem posição definidora nos ciclos das políticas públicas e que precisam agir, muitas vezes, pautados em atos discricionários. Afinal, nem sempre é possível agir concretizando direitos, por meio de políticas adequadas, sem que isso demande escolhas que não sejam atribuídas à Administração Pública de forma vinculada.

Muitas vezes, é pela conveniência e pela oportunidade que os atores das políticas públicas agem, especificamente quando se trata de autoridades com poderes de administração pública. Assim, a discricionariedade administrativa assume importante papel na realização das políticas idealizadas para a concretização dos direitos sociais.

Quando se trata do direito à educação, é muito comum a proposição de políticas de inclusão, de acesso e permanência nas instituições escolares, de formação de professores; entretanto, não é somente nisso que se cinge a atuação dos gestores. A discricionariedade afeta medidas aptas a garantir a educação não apenas em um aspecto formal, mas, sim, substancial, de forma que se forneça às pessoas conhecimento e opções de escolha, tornando-as aptas à inserção, à permanência e ao respeito no convívio social, a ponto de lhes conferir empoderamento.

Revela-se, nesse mote, o marco determinante da contribuição da discricionariedade administrativa no processo de políticas públicas veiculadas para a efetivação dos direitos sociais e, especificamente, do direito à educação: quanto mais acertadas forem as escolhas, mais estará assegurada a dignidade da pessoa humana, por intermédio do saber.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: Courtis, Christian; Santamaría, Ramiro Ávila. La protección judicial de los derechos sociales. 1ª ed. V&M Gráficas. Quito, Ecuador: 2009. P. 3-29.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselhos de Direitos e Formulação de Políticas Públicas. In: Direitos Humanos e Políticas Públicas. São Paulo: Pólis, 2001. P. 32-43. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/handle/11465/441>. Acesso em: 06.ago.2015.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Claudio Ari (coord.) Os desafios dos direitos sociais. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 56, set/dez 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 9-46.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos Direitos Humanos Fundamentais. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org.). Níveis de efetivação dos direitos fundamentais e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

BAPTISTA, Tatiana W. F.; REZENDE, Mônica. A ideia de ciclo na análise de políticas públicas. In MATTOS, R. A.; BAPTISTA, T. W. F. Caminhos para análise das políticas de saúde, 2011. P.138-172. Disponível em: <http://www.ims.uerj.br/pesquisa/ccaps/wp-content/uploads/2011/09/Capitulo-5.pdf>. Acesso em: 29.out.2015.

BARUFFI, Helder. A educação como um direito social fundamental: positividade e eficácia. In: Educação e Fronteiras On-Line. Dourados/MS, v.1, n.3, set./dez. 2011, p.146-159.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jan.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de jurisprudência n. 259. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 4 a 8 de março de 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo259.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

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

CESAR, Raquel Coelho Lenz; VIANA, Mateus Gomes. Direito à educação no Brasil: exigibilidade constitucional. In: XV Encontro de Iniciação à Pesquisa, 2009, Fortaleza. Encontro de Iniciação à Pesquisa. Fortaleza: Unifor, 2009. v. 1. pp. 1-6. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/linha_educacao?page=22. Acesso em: 04.mar.2015.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. In: Revista Jurídica Virtual. Vol. 5, n. 57. Fev.2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_57/Artigos/Art_Emer_\nson.htm. Acesso em: 03.mar.2015.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed, rev. et ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 45-103.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

PROCOPIUCK, Mario. Origens e Fundamentos da Administração Pública. In: Procopiuck, Mario. Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 10-15.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, setembro/outubro/novembro 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 15 ago.2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: Hochman, Gilberto; Arretche, Marta; Marques, Eduardo. *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FioCruz, 2007, pp. 65-86.

