



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

KELEN CRISTINA GALEGO

**PODER JUDICIÁRIO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS
SOCIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA OPINIÃO DOS
MAGISTRADOS LONDRINENSES**

Londrina
2011

KELEN CRISTINA GALEGO

**PODER JUDICIÁRIO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS
SOCIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA OPINIÃO DOS
MAGISTRADOS LONDRINENSES**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Serviço Social e Política Social da Universidade Estadual de Londrina, como um dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientadora: Profª Drª Sandra Regina de Abreu Pires.

Londrina
2011

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

G152p Galego, Kelen Cristina.
Poder judiciário e efetividade dos direitos sociais : uma análise a partir da
opinião dos magistrados londrinenses / Kelen Cristina Galego. – Londrina,
2011.
140 f.

Orientador: Sandra Regina de Abreu Pires.
Dissertação (Mestrado em Serviço Social e Política Social) – Universidade
Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-
Graduação em Serviço Social e Política Social, 2011.
Inclui bibliografia.

1. Assistência social – Teses. 2. Direitos sociais – Teses. 3. Poder judiciário –
Teses. 4. Políticas públicas – Teses. 5. Direito constitucional – Teses. 6. Direitos
fundamentais – Teses. I. Pires, Sandra Regina de Abreu. II. Universidade Estadual
de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação
em Serviço Social e Política Social. III. Título.

CDU 36:342.7

KELEN CRISTINA GALEGO

**PODER JUDICIÁRIO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA
ANÁLISE A PARTIR DA OPINIÃO DOS MAGISTRADOS
LONDRINENSES**

Dissertação apresentada ao curso de
Mestrado em Serviço Social e Política Social
da Universidade Estadual de Londrina, como
um dos requisitos para obtenção do título de
mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Dr^a Sandra Regina de Abreu Pires
UEL – Londrina – PR

Prof^a Dr^a Silvia Alapanian
UEL – Londrina – PR

Prof. Dr. Antonio Carlos Segatto
UEM – Maringá – PR

Londrina, 09 de agosto de 2011.

DEDICATÓRIA

Ao meu amor Sebastião, por tornar a minha vida mais leve e completamente feliz.

Aos meus pais Luiz e Malvina

AGRADECIMENTOS

Chegando ao fim dessa trajetória, fico a pensar nas muitas pessoas queridas que participaram da construção desse trabalho, seja com valiosas idéias, seja simplesmente manifestando seu apoio e carinho nas (inúmeras) vezes em que eu choraminguei as dificuldades e angústias que são tão comuns em jornadas como essa. São pessoas as mais diversas – familiares, amigos, profissionais – que contribuíram imensamente na superação desse desafio. Desta forma, sendo infelizmente impossível elencar a todas - pois tantas - pessoas queridas, elejo algumas, com o sincero sentimento de extensão àqueles cujos nomes não se encontram a seguir...

Aos meus irmãos e cunhados, que vislumbram em mim uma força que eu mesma desconheço.

Aos meus sobrinhos, cuja ternura e carinho tem um potencial revigorante, que por inúmeras vezes reconstruíram em mim as energias de que necessitava.

À querida orientadora Sandra, que bravamente assumiu o desafio da minha mudança de percurso como pesquisadora e imprimiu sua imensa competência e dedicação nessas páginas. Sou grata pela acolhida carinhosa, pela paciência e zelo a mim dedicados ao longo desse período.

À grande amiga Alexandra, por abrir as portas da sua casa e do seu coração, me acolhendo e apoiando em todas as circunstâncias. Pelas horas de estudo, pelas horas de diversão, pelas horas de filmes, pelas horas de bobeira... Enfim, por ser você: essa pessoa linda, leal, divertida, que fez desse um período inesquecível.

À queridíssima amiga Ana. Você impulsionou muitas mudanças positivas na minha vida, pura e simplesmente por acreditar em mim e incentivar, com uma carinhosa sabedoria, que eu alçasse vôos mais altos.

Aos professores Silvia e Antônio Carlos, pela leitura atenta e valiosas contribuições na qualificação deste trabalho.

Ao professor João Luiz Esteves, pela importante participação na delimitação do objeto deste estudo.

Aos magistrados, que prontamente aceitaram participar desta pesquisa, enriquecendo-a com suas idéias e experiências e contribuindo para a construção de um pensamento que transcende as barreiras disciplinares, em busca de uma realidade mais justa...

Finalmente, agradeço a Deus, por permitir que eu viva, por ter uma família maravilhosa e amigos que por gestos e atitudes verdadeiras, ajudaram-me a caminhar por estradas às vezes íngremes, mas que, ao final, nos levam à realização dos nossos sonhos.

Em política social, antes de perguntarmos – „quanto custa fazer isto?“ – devemos perguntar: „Quanto custa não fazer isso?“

Só assim poderemos vislumbrar o impacto de nossas omissões sobre a realidade pessoal e social daqueles a quem se dirige o nosso trabalho.

(Antonio Carlos Gomes da Costa)

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

(Boaventura de Souza Santos)

GALEGO, Kelen Cristina. **Poder Judiciário e Efetividade dos Direitos Sociais: uma análise a partir da opinião dos magistrados londrinenses**. 2011. 140 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social e Política Social) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

RESUMO

A presente dissertação tem como tema os direitos sociais preconizados na Constituição Federal brasileira de 1988, tomando como base seu artigo 6º. Nele se elenca o rol de direitos que, materializados, garantem aspectos básicos necessários à qualidade de vida dos cidadãos, a saber: o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e infância, à assistência aos desamparados e à alimentação. Como objetivo, tem-se a apreensão e análise do papel que os juízes que atuam nas varas Cíveis e Federais da Comarca de Londrina-PR atribuem ao Estado, em especial ao Poder Judiciário, na garantia da efetividade dos direitos sociais. A partir dele se empreendeu uma pesquisa de natureza qualitativa, realizada por meio de entrevistas semi-estruturadas junto a oito magistrados londrinenses que atuam nas Varas Cíveis estaduais e na Vara Federal. Os resultados apontam a existência de um volume cada vez mais crescente de demanda pelo Poder Judiciário na intermediação de conflitos decorrentes do não-acesso aos direitos sociais, sendo que a demanda mais expressiva refere-se ao direito à Saúde. Além desse, identificou-se que os magistrados apontam falhas ou ausência do Estado como o principal fator que gera a judicialização da questão social, mas que divergem quanto ao papel que o judiciário deve assumir na efetivação dos direitos sociais. São unânimes, porém, na defesa de que os direitos sociais carecem de ações mais efetivas da parte do poder público, situando nessa seara a requisição por um papel mais ativo do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direitos sociais. Poder Judiciário. Efetividade.

GALEGO, Kelen Cristina. **Effectiveness of Judiciary and Social Rights: an analysis from the opinion of the judges of Londrina city.** 2011. 140 f. Dissertation (Master's Degree in Social Work and Social Policy) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

ABSTRACT

This present dissertation has as its theme social rights envisaged in the Federal Constitution from Brasil of 1988, based on article 6. In that article there are the list of rights that materialized, the basics needed to ensure quality of life of citizens, namely: the right to health, education, work, housing, leisure, security, social security, protection of motherhood and childhood, to assist the homeless and feeding. As a target, there is the apprehension and analysis of the role that judges who work in Civil and Federal courts of the District of Londrina attach to the state, especially the judiciary, ensuring the effectiveness of social rights. From it was initiated a qualitative research, carried out through semi-structured interviews with the eight judges who work in Londrina State Civil Court and Federal Court. The results show the existence of an ever-increasing the quantities of demand for the Judiciary for a mediation of conflicts arising from non-access to social rights, and the most expressive demand refers to the Right to Health. Beyond this was identified that the judges point out weaks or absence of the state as the main factor driving the legalization of social issues, but its has been differente on the role the judiciary should take in to ensure the social rights. Not at all the judges agree unanimously that the defense of social rights need more effective actions on the part of the public, reaching harvest that the request for a more active role of the judiciary.

Keywords: Social rights. The judiciary. Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ESTADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.1 CONCEPÇÕES DE ESTADO	15
1.2 RELAÇÃO ENTRE ESTADO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
1.3 GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	34
1.4 OS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO DE BEM ESTAR	45
2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL	49
2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS SOCIAIS	55
2.2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E SOCIAIS BRASILEIRAS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	62
3 ESTADO, DIREITOS SOCIAIS E JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO SOCIAL: A OPINIÃO DOS MAGISTRADOS LONDRINESES.	71
3.1 ESTADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	72
3.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS SOCIAIS	80
3.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO SOCIAL	84
3.3.1 As Situações Mais Frequentes de Judicialização da Questão Social	90
4 O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: AS CONCEPÇÕES EXPRESSAS	97
4.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL	107
4.2 AS DIFICULDADES E AS ALTERNATIVAS VISLUMBRADAS	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	130
REFERÊNCIAS	134
ANEXO	138
ANEXO A – ROTEIRO DE PERGUNTAS	139

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação de Mestrado se constitui em produto de uma pesquisa que teve como objeto a concepção dos magistrados londrinenses acerca da efetividade dos direitos sociais no Estado brasileiro.

De acordo com a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 6º, direitos sociais se referem à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e infância, à assistência aos desamparados e à alimentação. Nesse sentido, abrangem aspectos que se referem a condições básicas necessárias à garantia de qualidade de vida dos indivíduos.

Na perspectiva de Couto (2008), esses direitos sociais são constitutivos de um patamar de sociabilidade e tem papel importante na sociedade contemporânea. Aos discuti-los, a sociedade questiona as formas de relação que são estabelecidas, tensionando o movimento por vê-los reconhecidos em lei, protegidos pelo Estado e, principalmente, explicitados na vida dos sujeitos concretos. Os direitos sociais constituem uma dimensão dos direitos fundamentais e devem ser prestados direta ou indiretamente pelo Estado. São direitos que têm como premissa a igualdade que se dá por meio da expansão da equidade em situações em que esta não exista.

No entanto, a eficácia desses direitos e sua justiciabilidade¹ se constituem, de acordo com Saes (2008), um grande desafio aos operadores do direito, uma vez que a Constituição brasileira consagra uma ampla diversidade de direitos a serem materializados pelo Estado, mas muitos deles não vieram vinculados a políticas públicas para sua implementação, outros o foram de forma precária e insuficiente e apenas alguns vem sendo operacionalizados com maior qualidade.

A escolha do tema se deu a partir de inquietações da autora no campo da prática profissional e também no campo teórico, uma vez que a atuação como assistente social revela uma realidade social cuja tendência é de que direitos constitucionalmente previstos não vêm sendo garantidos ou o vem de forma parcial,

¹ Conforme Saes (2008), justiciabilidade refere-se ao aforçamento estatal dos direitos como contrapartida do monopólio da justiça pelo Estado. É atributo de todo interesse juridicamente protegido, caracteriza todo e qualquer direito e traduz-se no poder de exigibilidade da tutela da justiça.

apontando para uma atuação incompleta do Poder Executivo e culminando em um movimento de judicialização da questão social. Ou seja, parte da contraditória constatação de que, a despeito da considerável e histórica ampliação dos direitos sociais conquistada na Constituição de 1988, o abismo da desigualdade social brasileira nunca deixou de se aprofundar, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário na tarefa de amenizar ou, quiçá, solucionar tal questão. Despertou-nos o interesse pelo tema também a participação nas aulas da disciplina de Serviço Social no Sistema Sócio-Jurídico, ministrada no programa de Mestrado em Política Social na Universidade Estadual de Londrina, que resultou na elaboração do trabalho final acerca do assunto.

Sabemos que os direitos sociais se efetivam por meio de prestações positivas do Poder Público, o que se dá, majoritariamente, por meio de políticas sociais públicas. Sabemos também que o Estado brasileiro, especialmente na figura do Poder Executivo, tem sido inoperante ou tem operado de forma pontual, restrita ou parcial no que se refere à efetivação dos direitos sociais, o que acaba por gerar uma demanda da sociedade por tentar resolver judicialmente essa lacuna – fenômeno aqui chamado de judicialização da questão social.

Desta forma, por judicialização da questão social – ou dos conflitos sociais – denota-se aqui a demanda da sociedade ao Poder Judiciário, na esperança de ver garantida a efetivação da Constituição no tocante aos direitos já positivados e na decisão em matéria de consolidação de políticas públicas e justiça distributiva. Assim, situações de não-acesso a direitos, como por exemplo, o relativo à Saúde – expresso na ausência de vagas, na morosidade ou negativa no agendamento de procedimentos médicos e em outras – têm impellido a sociedade a buscar intervenção judicial na tentativa de fazer valer seus direitos.

Nesse cenário, a figura do magistrado ganha destaque, uma vez que a forma com que esses operadores do direito interpretam os dispositivos constitucionais tem reflexo direto sobre a efetividade dos direitos sociais, pois podem incitar o poder Executivo a desenvolver e aprimorar as políticas públicas. Pautamo-nos também na análise de Dallari (2002) ao afirmar que o juiz recebe do povo, por meio da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que, não raro, afetam diretamente a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de várias pessoas. Tal legitimação, segundo o autor, só ocorre quando os juízes estão

cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Ademais, tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter essas decisões judiciais.

O juiz é, portanto, uma figura essencial e privilegiada no tocante à garantia de acesso a direitos, o que nos despertou o interesse em conhecer o posicionamento e a análise dos mesmos no que concerne à efetividade dos direitos sociais, nisso abrangida a forma pela qual apreendem o papel do Estado na proteção social dos indivíduos. Partindo desse interesse, a presente dissertação buscou conhecer e analisar o papel que os juízes que atuam nas varas Cíveis e Federais da Comarca de Londrina-PR atribuem ao Estado, em especial ao Poder Judiciário, na garantia da efetividade dos direitos sociais.

A investigação que deu origem a presente Dissertação se caracteriza como uma pesquisa de natureza qualitativa, definida por Minayo (2002, p.21-22) como aquela que se preocupa

[...] com um nível de realidade que não pode ser quantificado. Ou seja, ela trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização das variáveis.

Para a realização desta pesquisa elegemos como lócus a Comarca de Londrina, região norte do Estado do Paraná. Sua escolha se deu em função de nosso interesse em focar uma realidade caracterizada por grande diversidade de situações envolvendo e pondo em xeque a efetivação dos direitos sociais, realidade esta que tende a ser mais freqüente em grandes centros urbanos. Assim e na impossibilidade de realizar a pesquisa na capital Curitiba, optamos por Londrina que se constitui na maior Comarca do interior do Estado. Esta Comarca oferecia ainda a vantagem de contar com uma quantidade de juízes, nossos sujeitos de pesquisa, comparativamente maior em relação a outras Comarcas do interior, possibilitando-nos um universo mais diversificado de pesquisados.

Dentre esses magistrados, nos dirigimos aos dez juízes das Varas Cíveis de Londrina, além do único juiz da Vara da Infância e os três das Varas Federais, perfazendo um universo de quatorze possíveis sujeitos. A escolha desses sujeitos baseou-se no fato de que os mesmos atuam com questões relacionadas ao Direito Constitucional, especificamente com os direitos sociais elencados na Carta

Magna, e que as referidas Varas são direcionadas nesse sentido, adequando-se à proposta de pesquisa.

A coleta de dados foi realizada com oito magistrados que se dispuseram a participar da pesquisa e foi concretizada através de entrevistas semi-estruturadas, com nove questões abertas, versando sobre a concepção dos magistrados acerca do Estado e dos direitos sociais; da Constituição Federal de 1988 e do impacto de sua promulgação na efetividade dos direitos sociais; da judicialização da questão social, incluso os fatores condicionantes e situações mais freqüentes identificadas em cada Vara; e do papel do Judiciário na efetividade dos direitos sociais, nisso abrangido o concernente aos princípios de Mínimo Existencial e Reserva do Possível, assim como o entendimento sobre os limites do Poder Judiciário neste campo da efetividade dos direitos sociais e a visualização de alternativas para que a garantia de acesso aos direitos se viabilize.

As entrevistas foram realizadas individualmente no período de outubro a dezembro de 2010, em data e horário previamente agendados com cada entrevistado. Foram gravadas e posteriormente transcritas, dando origem a um material que foi alvo de análise de conteúdo, na modalidade de análise temática, e cujo resultado se apresenta no terceiro e quarto capítulos deste trabalho.

Os principais aspectos teórico-conceituais que serviram de base a esta análise são apresentados no primeiro e segundo capítulos, ambos se constituindo, pois, em produto de revisão realizada na literatura pertinente ao tema.

Nessa perspectiva, o primeiro capítulo tem por foco o Estado Moderno e sua vinculação com a emergência e consolidação dos direitos fundamentais. Desse modo, aborda a constituição e as características desse Estado Moderno, inserindo nisso o pensamento contratualista. Esse primeiro capítulo ainda apresenta uma abordagem específica sobre os direitos sociais, apontados como uma dimensão dos direitos fundamentais, destacando o processo de evolução e constitucionalização dos mesmos. Partindo do pressuposto de que os direitos sociais são concretizados, principalmente, por meio de políticas públicas, também contempla uma explanação sobre a transição do Estado “ordenador” (liberal) para um Estado “provedor” (de Bem Estar Social), no qual a questão social é entendida não somente como um dever moral, mas jurídico, concretizado inicialmente com o modelo de proteção social conhecido como Estado de Bem Estar Social.

O segundo capítulo aborda a construção histórica dos direitos sociais no Brasil, dedicando especial atenção à configuração dos mesmos a partir da Constituição de 1988. Igualmente tendo por premissa que os direitos sociais são concretizados eminentemente por meio de políticas públicas e políticas sociais públicas, o capítulo também tece considerações sobre a realidade brasileira após a promulgação desta Carta Magna, incluindo alguns elementos relativos à judicialização da questão social.

O terceiro e quarto capítulos se destinam à exposição e discussão dos resultados obtidos com a pesquisa efetivada junto aos magistrados de Londrina, conteúdo subdividido tendo em vista uma melhor distribuição do mesmo. Assim e levando em conta os eixos abrangidos no processo de coleta de dados, o terceiro capítulo se centra na concepção dos pesquisados acerca de Estado e de direitos sociais, no posicionamento relativo ao papel da Constituição Federal em termos de ampliação e efetivação dos direitos sociais e no fenômeno da judicialização da questão social. Por seu turno, o quarto capítulo se dirige mais especificamente ao entendimento e posicionamento dos sujeitos da pesquisa no tocante à localização do Poder Judiciário nesta seara da efetividade dos direitos sociais e aspectos a isso correlacionados.

Conclui-se a Dissertação com apontamentos que visam colaborar com o debate em torno da aplicabilidade dos direitos sociais no campo teórico-prático, intentando, como contribuição, oferecer elementos para a compreensão dessa realidade que permeia o cotidiano de profissionais que atuam na defesa desses direitos, em especial, os profissionais de Serviço Social.

1 ESTADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A configuração contemporânea dos direitos fundamentais é resultado de um longo processo histórico, iniciado a partir do século XVIII com as idéias iluministas e com a influência jusnaturalista, tendo como argumento a idéia de que todos os homens, em função da própria condição humana, são detentores de direitos naturais e inalienáveis. Surgem atrelados ao nascimento do Estado moderno que, sob o discurso liberal, teria o objetivo de proteger o indivíduo das arbitrariedades do Estado, limitando a atuação deste. Assim, de acordo com Sarlet (2008), a história dos direitos humanos se vincula à história da formação do Estado Constitucional moderno, cuja essência e razão de ser são o reconhecimento e a proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais do homem.

Partindo desse pressuposto, apresentamos a seguir algumas concepções de Estado e Estado de Direito, na perspectiva de eixo central a partir do qual se desenvolvem as noções de liberalismo e direito, tendo em vista a estreita e indissociável relação entre ambos, destacando ainda sua relação com os direitos fundamentais.

1.1 CONCEPÇÕES DE ESTADO

No entender de Costa (2000), o Estado, como organização humana, é anterior à sociedade moderna capitalista, no entanto, com o capitalismo surge um tipo específico de Estado: o Estado liberal burguês. A autora cita Luciano Gruppi que, na obra *Tudo Começou com Maquiavel*, defende que o Estado liberal tem dois elementos centrais de diferenciação histórica: a autonomia – que indica que o poder do Estado não depende de outro poder superior, como o foi na Idade Média na relação do rei com o poder divino representado pela igreja – e a distinção entre Estado e sociedade civil, que são duas esferas diferenciadas, com atribuições específicas, mas com íntima relação.

A mesma autora complementa que o conceito de Estado é relacionado com a sua legitimidade, sendo que o processo de aquisição da legitimidade, pelo qual foram conferidas suas atribuições, foi o meio pelo qual o conceito de Estado ganhou visibilidade e validade histórica. O Estado é pois, poder político, caracterizado pelo uso da força, ou seja, pelo uso legítimo das armas.

A partir dessa premissa, apresenta-se a seguir algumas teorias sobre a formação do Estado Nacional Moderno que se dá concomitantemente à formulação do ideário do Regime Absolutista, a partir do século XV.

De acordo com Chauí (2005), o primeiro teórico a usar a nomenclatura “Estado”, na forma como o entendemos hoje, foi Nicolau Maquiavel na obra “O Príncipe”, escrita entre 1513 e 1524. Para a autora, Maquiavel introduz o pensamento político moderno ao indicar que o soberano não é uma pessoa, mas o poder político que independe do poder religioso e do poder econômico, ou seja, o soberano não é o governante, mas o Estado. Parte do princípio de que o objetivo da política é a tomada e a conservação do poder e que este não é concedido por Deus, contrariando as correntes de pensamento político de seu tempo, marcadamente de cunho teológico-cristão. Maquiavel, portanto, contribuiu para uma mudança no modo de se pensar e fazer a política em sua época, dissociando a ética política da vida privada e da religião.

Sobre esse mesmo aspecto Montaño e Duriguetto (2010) explicitam que Maquiavel incorporou ao debate político uma distinção entre sociedade e Estado que antes não existia. O Estado deveria ser o espaço no qual atua o ator político – na figura do Príncipe –, tendo autonomia para exercer a coerção e procurar o consenso, desenvolvendo o poder político, criando leis e regulando a ordem social. A sociedade, ao contrário, é entendida por Maquiavel como o espaço privado, no qual são desenvolvidas atividades econômicas, a propriedade privada e onde a família é construída, sendo que nesse espaço o Estado não pode intervir.

No que se refere às discussões em torno da origem do Estado moderno e do constitucionalismo, é fundamental uma referência ao Contratualismo que, para Bobbio (1986), compreende todas as teorias políticas que concebem a origem da sociedade e do poder político a partir do contrato social, ou seja, de um pacto social pelo qual os indivíduos abdicam à liberdade e posse natural dos bens e armas e concordam em transferir a um soberano o poder de criar as leis e aplicá-las.

Por esse contrato social põe-se fim ao estado de natureza, substituindo-o pelo estado social e político. Para o autor, é essa premissa que permite aglutinar os vários pensadores sob a qualificação de contratualistas: todos trabalham dentro de uma mesma lógica que tem como ponto de partida o homem num determinado estado de natureza. Ao descrever o homem em estado de natureza, os contratualistas apontam a necessidade de estabelecimento de uma

sociedade artificial, o Estado Civil, e elaboram um arcabouço jurídico e poder político para esse Estado, que manteria os homens em estado de paz, fundando, assim, a soberania.

Nessa lógica, destacam-se Thomas Hobbes (século XVII), John Locke (final do século XVII e início do século XVIII) e Jean-Jacques Rousseau (século XVIII), três pensadores que se constituem em referência dentro do Contratualismo. Para Chauí (2005), Hobbes e Rousseau apresentam as principais concepções do homem em estado de natureza, ao passo que Locke funda a teoria da propriedade privada como direito natural, sendo o primeiro filósofo a discutir a teoria liberal.

Thomas Hobbes, na obra *Leviatã*, mostra o Estado como instrumento de representação, sendo que a principal característica do estado de natureza é a existência de um desejo perpétuo de poder pelos homens. Em sua perspectiva, o homem é naturalmente ruim, deseja a glória, a fama e o poder, mas tem medo, vivendo por isso em estado de guerra de todos contra todos. Para sair do medo, a esperança de não morrer o leva à criação de um Estado artificial. “É essa situação de guerra permanente que faz com que os homens considerem útil sair do estado de natureza por razões de segurança (a busca da paz) e para conservação da vida” (MONTAÑO; DURIGUETTO, 2010, p. 24).

Esta concepção do Estado como instrumento de representação é uma das principais características apontadas por Hobbes para o Estado. Para o pensador, ele é a representação da maioria: representante das vontades de cada um com cada um dos homens. Essa condição é obtida porque o homem, na qualidade de maioria, delega responsabilidades ao Estado. Desta forma, o Estado é absoluto, mas só tem validade se for uma representação de cada um com cada um dos homens, permitida pelo pacto social (contrato).

Segundo Montañó e Duriguetto (2010), John Locke também se preocupou com o formato ideal a ser assumido pelo poder político para garantir paz, segurança e liberdade da esfera privada, enfatizando neste formato a finalidade de garantir a propriedade privada. Para Locke, o fundamento da propriedade é o trabalho, sendo que nessa perspectiva os homens tornam-se proprietários à medida que transformam o estado comum da natureza, objetivando sua subsistência e satisfação. De acordo com os referidos autores, para Locke a passagem do estado

de natureza para a sociedade política se faz mediante um contrato social, com o objetivo de assegurar e conservar o direito natural à propriedade:

Diferentemente de Hobbes para quem a propriedade inexiste no estado natural, sendo incluída, após o contrato social, pelo Estado na sociedade civil, para Locke a *propriedade* já existe no estado natural e, sendo uma instituição anterior à sociedade civil ou política, é *um direito natural* do indivíduo, a partir de seu trabalho. (MONTAÑO; DURIGUETTO, 2010, p. 26)

Concordando com esta análise, Chauí (2000) afirma que para tecer o entendimento do poder político e suas origens liberais, Locke parte da análise da propriedade privada como um direito natural, um atributo divino, que é legitimado pelo trabalho. Como direito natural entende o direito à vida, à liberdade e aos bens necessários à preservação de ambas – bens estes adquiridos por meio do trabalho. Em sua análise, o Estado existe com a mesma finalidade que para Hobbes, mas a principal delas é a preservação da propriedade privada.

Assim, John Locke o direito de propriedade figura como a base da liberdade humana. Esse elemento de seu discurso contribui para que Locke seja conhecido como o grande teórico da sociedade burguesa, contribuição acrescida so fato de que suas teorias sobre a constituição do Estado influenciaram Montesquieu na tese da separação dos poderes.

Tecendo suas teses em torno do consentimento do homem e da confiança deste no Estado, o pensador assenta seus argumentos em dois grandes pilares: a liberdade e a igualdade, sendo que a segunda existiria para impor limites à primeira. Sua teoria do consentimento se pauta na legitimidade do Estado, lança as bases para o pensamento liberal e inaugura uma finalidade da teoria política: a consolidação do Estado de Direito. Sendo assim, o pensamento liberal inaugurado por ele está relacionado aos argumentos que defendem o Estado Democrático de Direito.

Essa idéia é apoiada por Sarlet (2008). Aponta que Locke deu prosseguimento à concepção contratualista hobbesiana de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade e, por conseguinte, lança as bases para o pensamento liberal individualista e para o jusnaturalismo do século XVIII que “desaguou no constitucionalismo e no

reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos, considerados como limites ao poder estatal” (SARLET, 2008, p. 47).

No que concerne a Jean-Jacques Rousseau, Montaño e Duriguetto (2010) afirmam que sua concepção acerca das relações entre Estado e sociedade civil é radicalmente contrária àquela defendida por Hobbes e Locke. Apesar de seguir o mesmo raciocínio no que se refere à premissa das características humanas num estado de natureza hipotético, para Rousseau, no estado de natureza os homens são felizes e vivem em paz. Essa felicidade e paz ocorrem porque nesse estado os homens não têm outras necessidades senão aquelas que podem ser satisfeitas pelo contato com a natureza.

Esse estado de paz é corrompido pelo processo de socialização e a consequente instituição da propriedade privada. Dessa forma, para Rousseau, é a instituição da propriedade privada que dá origem à desigualdade de acesso à riqueza, à rivalidade e à concorrência, tornando o egoísmo a motivação da vida em sociedade. Para contrapor essas condições de desigualdade e opressão desencadeadas pelo processo de socialização, o pensador propõe a instituição de uma ordem política que possibilite uma distribuição mais equitativa da riqueza e da propriedade. O fundamento da ordem e da legitimidade sociopolítica é um contrato social no qual cada indivíduo se submete à vontade geral, entendida como o que

[...] traduz o que há de comum nas vontades individuais e não a simples soma de vontades particulares ou da maioria. O que dá suporte à vontade geral é, pois, o interesse comum, que é entendido como o interesse de todos e de cada um enquanto componentes do corpo coletivo. É com base no interesse comum que a sociedade deve ser governada. (MONTAÑO; DURIGUETTO, 2010, p. 29)

Costa (2000) destaca que Rousseau questiona o direito à propriedade individual e critica o Estado, qualificando-o como intervenção do rico contra o pobre. Segundo a autora, Rousseau colocou a igualdade perante a lei e a igualdade jurídica como a base de uma sociedade democrática, na qual o poder deveria emanar do povo, defendendo ainda que a igualdade tem um fundamento econômico e social, além dos aspectos jurídicos e legais. Também afirma Costa (2000, p. 18) que

Assim como para Locke, a legitimidade do Estado para Rousseau estaria no contrato que o fundava, porém colocava que era a ignorância do povo que fazia com que o Estado fosse aceito. Propunha a educação pública como caminho para construir uma sociedade democrática, onde o poder da maioria fosse respeitado.

A mesma autora assinala que Rousseau aponta o trabalho alienado, mostrando que a possibilidade de sair dele somente se daria por meio da instituição de outro tipo de sociedade. Ressalta-se que esses argumentos se alinham com o socialismo utópico que Marx toma como uma de suas fontes quando de suas formulações acerca do comunismo.

Da exposição sobre as teses desses três pensadores é possível afirmar, como o faz Bobbio (1986), que todos os contratualistas veem no contrato um instrumento de emancipação política do homem, preservando a estrutura social baseada na família e na propriedade privada e mantendo uma distinção entre o poder político (governo) e o poder social (sociedade).

Detalhando suas considerações acerca de Hobbes e Locke, Bobbio (2006) afirma que a filosofia política de Hobbes é um ícone na convergência entre ordenamento político e poder estatal, podendo ser considerada a primeira teoria do Estado Moderno e a mais significativa. Isso se dá porque, na perspectiva hobbesiana, a passagem do estado de natureza para o Estado civil (ou seja, do não-Estado para Estado) representa a passagem do Estado não-jurídico para o Estado jurídico, fundado num pacto pelo qual os indivíduos se submetem a um só soberano, que é a única fonte do Direito Positivo. Quanto a Locke, assinala que nele a passagem do estado de natureza para o Estado é representada pela passagem do Direito Privado para o Direito Público: de um direito ainda imperfeito e não protegido, pela ausência de um poder capaz de dirimir imparcialmente as controvérsias, para um direito protegido e perfeito.

O fato comum aos três pensadores é que da necessidade de associação resulta a necessidade de organizar uma instância reguladora da vida social e isso se dá com a criação de conjuntos de regras comuns a todos; de regras que direcionem a vida e as ações de todos. Desta forma, como destaca Costa (2000), a discussão dos direitos naturais e do Estado político abriu caminho para a discussão da legitimidade do Estado na democracia moderna.

Outro elemento comum apontado por Bobbio (2006) é que os mesmos são exemplos de que na história medieval e moderna o contrato é parte

fundamental de um processo político que leva ao Constitucionalismo e à necessidade de limitar o poder do governante por meio de um documento escrito, no qual estejam estabelecidos os respectivos e recíprocos direitos-deveres.

Há, todavia, outro elemento comum. Não obstante os questionamentos advindos de Rousseau, não há nestes três pensadores uma perspectiva crítica em relação ao Estado, seus fundamentos e sua funcionalidade econômica e ideo-política aos interesses da burguesia como classe social, a qual, já detendo domínio econômico, ascende à classe politicamente dominante ao final do século XVIII. Esta lógica analítica, que põe em xeque as bases do contratualismo e, portanto, o pensamento dos três autores citados, foi exemplarmente desenvolvida por Karl Marx.

Como precedente a Marx, Costa (2000) lembra que Hegel, no século XIX, traz a discussão sobre o Estado e a sociedade civil, trabalhando com o conceito de Estado como efetividade da idéia ética, sendo este um conceito para o qual o Estado existente deve sempre tender. Ou seja, para ele, o Estado é a razão objetivada na história, uma eticidade que funda a sociedade civil. Por essa lógica do Estado fundar a sociedade civil e de configurar-se como conceito da eticidade e de unidade do universal, Hegel situa a Constituição como um mecanismo necessário para evitar uma desfiguração do Estado. Sua outorga deve ser efetivada pelo Estado na figura do monarca.

Ainda para Hegel o Estado precisa da Constituição para regular sua ação, aspecto este destacado por Costa (2000). Há nele a noção de regulação do Estado frente aos interesses privados que ocorrem na sociedade civil e a contenção do próprio Estado, que é limitado pelas normas éticas da Constituição.

A autora discute também as idéias de Karl Marx, partindo da premissa do seu caráter de classe. Destaca que Marx inicia com a crítica à Filosofia do Direito de Hegel, na qual aponta que não é o Estado que funda a sociedade civil, mas a sociedade civil que cria o Estado e o legitima. Assim, Marx contestou o conceito de Estado proposto por Hegel, ao confrontá-lo com o Estado liberal existente.

É visível que o posicionamento de Hegel em relação ao Estado como instância reguladora dos interesses individuais e, portanto, ideologicamente neutro, é convergente com o posicionamento dos contratualistas e este é o ponto central das críticas de Marx a ele. Para Marx, o Estado burguês não representa o

interesse geral, mas o de classe, o que significa os interesses da propriedade; dos detentores do capital. Em sua concepção, o Estado é um instrumento da classe dominante, que assim se constitui por ser detentora dos meios de produção e de exercer controle sobre estes.

Este é, segundo Bottomore (1983), um dos aspectos mais respeitáveis da obra de Marx, ao qual se associa a defesa de que uma das funções mais importantes da vinculação do Estado com a classe economicamente dominante é a de assegurar a estabilidade da ordem social favorável aos interesses desta.

Nesse sentido, a base da sociedade é o modo de produção que, na sociedade burguesa, se assenta na divisão de classes, a qual, por sua vez, se origina da relação entre produção coletiva da riqueza *versus* apropriação privada pelos detentores dos meios de produção. É essa divisão em classes e a necessidade de manutenção de uma ordem social que favoreça a consecução dos interesses dos detentores dos meios de produção que dá origem ao Estado como “comitê executivo da burguesia”. Para Marx, na sociedade capitalista a democracia será sempre restrita, em função da exploração do capital sobre o trabalho, sendo que a função do Estado na mesma será sempre a de assegurar o regime de propriedade privada dos meios de produção, de modo que a regulação social que compete a ele tem como diretriz a manutenção da ordem capitalista.

Partindo desse pressuposto, não acredita na democracia burguesa e em sua capacidade de possibilitar a emancipação humana, o que só seria possível em uma nova ordem social – o comunismo. Essa lógica se mostra presente na seguinte afirmativa acerca da construção histórica da social-democracia e de seu fundamento na divisão de classe:

Quebrou-se o aspecto revolucionário das reivindicações sociais do proletariado e deu-se a elas uma feição democrática; despiu-se a forma puramente política das reivindicações democráticas da pequena burguesia e ressaltou-se seu aspecto socialista. Assim surgiu a social-democracia. (...) O caráter peculiar da social-democracia resume-se no fato de exigir instituições democrático-republicanas como meio não de acabar com dois extremos, capital e trabalho assalariado, mas de enfraquecer seu antagonismo e transformá-lo em harmonia. (MARX *apud* COSTA, 2000, p. 22)

Essa afirmativa reforça, pois, o entendimento de Marx de que o Estado Burguês apresentará, sempre, uma subordinação aos interesses

dominantes. No entanto, cumpre destacar que na tradição que se origina a partir de Marx há nuances diferenciados quanto ao alcance desta subordinação, bem como interpretações distintas acerca do posicionamento de Marx e Engels sobre isso.

Uma dessas interpretações é a advinda de Antônio Gramsci, para quem essa subordinação não é total: seu alcance e o da dominação de classe dependem do estágio das relações sociais. Para Bottomore (1983), a principal contribuição de Gramsci ao pensamento marxista teria vindo da defesa de que a dominação da classe dominante nas sociedades mais desenvolvidas é concretizada muito mais pelo consenso do que pela coerção, o que permite às classes dominadas alguma “margem de manobra” e faz com que o Estado também seja atravessado pelos antagonismos de classe.

Em outras palavras, no pensamento de Gramsci quanto mais as sociedades se complexificam, mais a manutenção da ordem burguesa e a consecução dos interesses dominantes depende do acionamento de mecanismos capazes de estabelecer e manter um consenso político-ideológico em torno desses interesses. Isso não significa a inexistência de mecanismos mais coercitivos ou repressivos, mas seu acionamento pelo Estado no sentido de garantir legalmente a disciplina quando o consenso espontâneo fracassa, em especial em momentos de crise de hegemonia.

Como se percebe, em Gramsci, essas duas funções são exercidas pelo Estado, na medida em que em sua concepção – a de Estado Ampliado – o mesmo abrangeria as duas esferas essenciais da superestrutura: o Estado em sentido restrito (ou sociedade política) e a sociedade civil. Essas duas esferas exercem funções diferenciadas, mas concomitantes, na organização da vida social e na articulação do poder, de forma a reproduzir ou promover um determinado modo de pensar (concomitante a um modo de produzir), correspondente aos interesses de uma das classes sociais fundamentais. Assim, como afirma Pires (2003, p. 59),

No âmbito da sociedade civil, a função é de exercício da hegemonia mediante direção política e obtenção do consenso social, função esta desempenhada por seus portadores materiais que são os aparelhos privados de hegemonia: o conjunto de mecanismos ou organizações responsáveis pela difusão e reprodução de ideologia, como igreja, escola, partidos políticos, sindicatos e outros. Por seu turno, a sociedade política abrange o conjunto de mecanismos e organizações cuja função é obter ou conservar a dominação pela via

da coerção: os aparelhos coercitivos/repressivos de Estado ou Estado-coerção como os tribunais e o aparato policial-militar.

Complementa a autora que em Gramsci o Estado Ampliado é uma construção histórica, produto do desenvolvimento das forças produtivas e da socialização da política (ampliação da participação das massas na vida política), com o conseqüente fortalecimento da sociedade civil. É este caráter histórico e a configuração que assume a sociedade civil em dada organização social que permite um maior predomínio do Estado-Coerção ou de um Estado mais hegemônico-consensual. Dito de outro modo, em sociedades nas quais o

o estágio de desenvolvimento do capitalismo ainda não permitiu o avanço nos processos de socialização da política e ainda não há uma firme e articulada organização das massas, assiste-se a um predomínio do Estado-coerção. No contraponto, se a sociedade civil é forte e organizada [...] a tendência é do predomínio de mecanismos consensuais. O que determina se um Estado é mais hegemônico-consensual ou mais coercitivo é justamente o grau de autonomia relativa ou de predominância que a sociedade civil conseguiu estabelecer, autonomia e predominâncias estas que são dependentes tanto do grau de socialização da política alcançado como da correlação de forças existente entre as classes que disputam a hegemonia. (PIRES, 2003, p. 62)

Em síntese, a contribuição de Gramsci na discussão acerca do Estado é fundamental, uma vez que põe em relevo o papel do mesmo na organização do consenso social necessário à formação ou reprodução de um determinado modo de pensar que, sendo correspondente a um determinado modo de produção *stricto sensu*, tem a capacidade de reforçá-lo ou de subvertê-lo, inaugurando uma nova ordem social.

Segundo Bottomore (1983, p. 136), essa legitimação ou não do pensamento dominante tem despertado o interesse de diversos estudiosos marxistas nas últimas décadas, sendo que a principal questão é a de “até onde o Estado, em regimes capitalistas democráticos, pode cumprir sua tarefa de obter o consentimento em circunstâncias de crise e recessão [...]”, já que nestas circunstâncias ele teria, ao mesmo tempo, que atender as reivindicações populares e as necessidades do capital. O argumento é que a crescente incompatibilidade entre as exigências do capital e as reivindicações populares provocaria uma crise difícil de ser resolvida nos regimes capitalistas democráticos. Outra questão é sobre a forma

com que se manifesta o caráter de classe do Estado e como ele pode ser apropriado, ou não, em prol da consecução dos interesses das classes subalternas. Essas questões e outras afins permanecem no cenário de debates marxistas, estando ainda longe de serem esgotadas.

Quanto ao Direito, afirma Bobbio (1986) que dentro desse universo da tradição marxista ele, como ordenamento normativo, tem um significado estreitamente relacionado à teoria de Estado. Abrange um conjunto de normas de conduta e de organização e tem por objetivo regulamentar as relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social: relações familiares, econômicas e políticas, além dos modos como esses grupos reagem à violação dessas normas. Tem como objetivo ainda impedir ações que possam levar à destruição da sociedade e, portanto, contribuir para a manutenção da ordem social. Nesta medida, para Bobbio (1986, p. 349),

a conexão entre Direito e política torna-se tão estreita, que leva a considerar o Direito como o principal instrumento através do qual as forças políticas, que têm nas mãos o poder dominante em uma determinada sociedade, exercem o próprio domínio.

Para o autor, a filosofia política e jurídica que acompanha o nascimento do Estado Moderno tem consciência dessa conexão entre Direito e Política. Para ele, ela estaria presente em pensadores como Locke, Hobbes, Rousseau, Kant, Hegel, Marx e até em Max Weber e Hans Kelsen que, por vias distintas, buscam interpretá-la. Também para o autor, tais reflexões evidenciam a estrutura jurídica e o poder político, o ordenamento e a força coativa, e todos os instrumentos que dizem respeito à organização da força para alcançar determinados fins, unificando Direito e Estado em duas faces da mesma moeda.

Desta forma, uma característica que permeia as várias teorias do Estado moderno é a idéia do processo de convergência entre Estado e Direito. Nessa perspectiva, há uma tendência de “estatificação” do Direito e de “juridificação” do Estado, no sentido de que

de um lado, o Direito é considerado do ponto de vista do Estado ou do ponto de vista do poder soberano – que é ponto característico do poder do Estado -, de onde parte, [...] o Estado é considerado do ponto de vista do ordenamento jurídico, ou seja, como uma complexa rede de regras, cujas normas constitucionais, escritas ou não escritas, são o teto e o fundamento, e as leis, os regulamentos,

as providências administrativas, as sentenças judiciais são os vários planos [...] do ordenamento jurídico dessa estrutura piramidal [...] e enquanto tais são aceitos como poderes legítimos (BOBBIO, 1986, p. 349)

Esse processo de convergência entre Estado e Direito resultou, conforme o autor, na redução do Direito à condição de Direito Estatal e do Estado à de Estado Jurídico. Apoiada nessa perspectiva, Alapanian (2008) afirma que a vinculação entre Estado e Direito se refere a uma relação de interdependência, na qual o Estado faz uso do Direito como instrumento para sua ação política, mas, ao mesmo tempo, tem essa ação regulada e limitada pelo próprio Direito.

Na análise da autora, é necessário compreender a lógica e o funcionamento do Estado para compreender a atuação do Direito na contemporaneidade. Para tanto, recorre à análise de Norberto Bobbio no tocante ao Estado, a qual indica que o uso da força, ainda que apenas em última instância, é o que caracteriza o poder político, uso esse legitimado socialmente. Por conseguinte, este é um poder soberano e quem o detém caracteriza-se como a classe dominante em dada sociedade.

Nessa perspectiva, a autora constata que da união entre Direito e política e dessa conjuntura na qual o Direito não pode existir sem estar fundamentado no poder da força física, e o poder político não pode prescindir de sua legitimação “através do sistema de normas, é que nasce o conceito de Estado de Direito” (ALAPANIAN, 2008, p 36). Sob essa análise, o Estado de Direito tem suas raízes fundamentadas na noção de liberdade individual e, tendo por conteúdo um regime político baseado na ideologia liberal, foi chamado de Estado Liberal de Direito.

Abordando este Estado Liberal, La Bradbury (2006), recorrendo à análise de José Albuquerque Rocha e Carlos Ari Sundfeld, cita como suas características a não-intervenção do Estado na economia; a vigência do princípio da igualdade formal; a adoção da teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu; e a supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia dos direitos individuais fundamentais.

Acrescenta que a passagem do chamado Estado Absolutista para o Estado de Direito acontece com a participação popular, em meio ao surgimento do constitucionalismo. O movimento que objetiva a construção desse novo modelo de

Estado tem como premissa o resguardo dos interesses mercantis da burguesia, sendo que, de acordo com Zanella (2007), o processo de racionalização do Estado que daí decorre implica o reconhecimento dos direitos naturais do homem, que estariam a salvo em face da limitação do poder do Estado.

Nesse contexto histórico de mudança nos fundamentos da origem do poder e consagração do Estado de Direito, Darcísio Corrêa (*apud* ZANELLA 2007) lembra que a concepção de um poder fundamentado em um príncipe absoluto, cuja vontade personificava as leis, deu lugar à perspectiva democrática de um poder fundamentado na vontade popular, concretizada por meio de um aparato jurídico impessoal: o Estado de Direito.

É sob este prisma que La Bradbury (2006) apresenta algumas características que diferenciam o Estado Liberal de Direito do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.

Para o autor, o Estado Liberal de Direito foi institucionalizado após a Revolução Francesa, sendo o primeiro regime jurídico-político que materializou as mudanças nas relações sociais e econômicas, colocando de um lado os capitalistas (burgueses em ascensão) e de outro a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em decadência). Nesse período, a burguesia era detentora do poder econômico, sendo a realeza e a nobreza detentoras do poder político. Assim, o princípio da não-intervenção na economia, defendido pelo Estado Liberal, tratou-se de uma estratégia da burguesia para evitar a ingerência dos antigos monarcas e senhores feudais nas estruturas econômicas, afiançando a liberdade individual para a expansão de seus empreendimentos e garantia de lucro. Nascia então, o conceito de auto-regulação do mercado, cuja premissa é a mínima intervenção estatal na economia, numa perspectiva que apregoa a ordem natural da economia de mercado, o “Estado Mínimo”.

A defesa do princípio da igualdade é, segundo La Bradbury (2006), outra característica do Estado Liberal. No entanto, essa defesa é limitada à igualdade formal, na qual se busca a submissão de todos perante a lei, sem o risco de discriminação de classes. O autor lembra que essa defesa da igualdade se trata de outra estratégia da burguesia, já que o sistema feudal era composto por vários estamentos sociais, a que correspondiam diversos ordenamentos jurídicos. Tal estrutura permitia a existência de diversos textos legais, representando que a lei e a jurisdição eram distintas, conforme o segmento social a que se dirigiam. Como

resultado, a realeza e a nobreza detinham uma série de privilégios, em detrimento da burguesia discriminada – daí a necessidade de se garantir a igualdade formal por meio de um único ordenamento jurídico. Surge, então, a figura do Estado de Direito e a Constituição, que limitava o poder do governante.

Já o Estado Social de Direito nasce a partir da falência do modelo anterior no que concerne à garantia da proteção social aos cidadãos, uma vez que, de acordo com o mesmo autor, a igualdade tão-somente formal do Estado Liberal não fez senão propiciar o crescimento do capitalismo e o conseqüente agravamento das expressões da questão social. A conjuntura de intensa exploração do trabalhador, exposto às mais precárias condições de trabalho, de renda e de vida, desencadearam diversas revoltas. A reivindicação de melhores condições de vida aos trabalhadores trouxe no bojo a necessidade de garantia de igualdade real entre os cidadãos e a conseqüente necessidade de a classe dominante instalar sistemas de proteção social afirmados legalmente, para a garantia da manutenção do próprio capitalismo².

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, tem como base a premissa de que a igualdade material não será atingida sem a devida participação da população nas decisões. Buscando inspiração em Paulo Bonavides, La Bradbury (2006) lembra que o Estado Social não conseguiu garantir a justiça social, tampouco a participação efetiva do povo no processo político. Exemplos desse não atendimento aos anseios democráticos é o surgimento, em curto período, de regimes extremos como os observados na Alemanha nazista, na Itália fascista, na Espanha franquista, entre outros países que viveram esses antagonismos em seus sistemas políticos.

A partir da necessidade de sanar essas deficiências surge o Estado Democrático de Direito que, na perspectiva de Ivo Dantas (*apud* LA BRADBURY 2006), concilia as duas principais máximas do Estado contemporâneo: a origem popular do poder e a legalidade. No entanto, conforme a crítica de Faria (1989), no Estado Democrático de Direito a perspectiva liberal permanece profundamente arraigada, sendo difícil distinguir conceitualmente os limites do liberalismo e da democracia nesse modelo de Estado.

² Esse processo será mais aprofundado nos itens a seguir.

Zimmermann (2002), por sua vez, considerando uma correlação entre os ideais de democracia e a limitação do poder estatal, aponta algumas características básicas do modelo de Estado Democrático de Direito: a soberania popular, que é manifestada por meio de representantes políticos; uma sociedade que tem por base uma Constituição escrita e que reflita o contrato social estabelecido entre todos os membros da coletividade; um respeito ao princípio da separação dos poderes – instrumento de limitação do poder governamental; o reconhecimento dos direitos fundamentais e inalienáveis; igualdade de todos perante a lei, o que corresponde à ausência de privilégios de qualquer espécie; responsabilidade do governante e temporalidade e eletividade para os cargos públicos; pluralidade partidária; e a Lei se sobrepõe à própria vontade governamental.

Percebe-se nesta breve exposição sobre as características apontadas como pertinentes a cada um dos modelos de Estado a reafirmação quanto à vinculação estreita entre o Estado moderno e os direitos fundamentais do homem. Como apontado no início deste capítulo, esses direitos surgem atrelados ao nascimento do Estado Constitucional moderno. A seguir aborda-se mais detalhadamente esta vinculação.

1.2 RELAÇÃO ENTRE ESTADO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são resultado do processo histórico de desenvolvimento das relações sociais, marcado, num primeiro momento, pela consolidação de um novo modo de produção e pela afirmação de um novo tipo de organização social a ele correspondente, trazendo novas exigências e novos valores. Nesse contexto, o bem-estar econômico e social configura-se imperioso no que se refere à consolidação do sentido de cidadania e de democracia nascentes, isto é, compatíveis com essa nova ordem sócio-econômica e política.

Tecendo considerações sobre o processo histórico de reconhecimento dos direitos fundamentais, Sarlet (2008) expõe uma distinção necessária entre esses e os direitos humanos: a expressão “direitos humanos” se aplica em relação aos documentos de direito internacional, pois se referem às

posições jurídicas conferidas ao ser humano como tal, independentemente da sua vinculação com determinada ordem constitucional. Dizem respeito, portanto, a uma validade universal, em todos os povos e tempos. Já os direitos fundamentais se referem àqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados no campo do direito constitucional de determinado Estado. Nesse sentido, o autor recorre à análise de Otfried Hoffe, o qual afirma que os direitos humanos remetem ao ser humano como tal, enquanto os direitos fundamentais – positivados nas Constituições – são conferidos às pessoas como membros de um ente público concreto.

Complementa o autor que a discussão acerca dos direitos é intrinsecamente relacionada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, no contexto da transição do Estado Liberal para o Estado Social. Estas transformações foram geradas, pois, no próprio movimento histórico-social, destacando-se o acelerado processo de industrialização, o impacto tecnológico e científico na vida cotidiana, o processo de descolonização, entre outros.

Diretamente sobre o referido processo histórico de reconhecimento dos direitos fundamentais, Sarlet (2008) cita a análise de K. Stern que assume a lógica de existência de gerações ou dimensões na evolução histórica dos mesmos. A partir dessa análise, aponta três etapas de evolução anteriores ao reconhecimento das gerações de direitos fundamentais: pré-história, fase intermediária e fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

O autor situa a pré-história na antiguidade, esclarecendo que, apesar de não ser nesse período que surgem os direitos fundamentais, o mundo antigo inspirou a construção das idéias-chave que influenciaram a edificação do pensamento jusnaturalista e a concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é portador de direitos naturais e inalienáveis. Desta forma, valores como a dignidade humana, a liberdade e a igualdade entre os homens têm suas raízes no pensamento filosófico clássico, especialmente na filosofia greco-romana e no pensamento cristão.

A fase intermediária corresponderia ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e à afirmação dos direitos naturais do homem. Inicia-se a partir do século XVI, mas encontra seu ápice nos séculos XVII e XVIII, quando a

doutrina jusnaturalista, por meio das teorias contratualistas, tem seu ponto culminante de desenvolvimento. É nesse período, conforme o autor, que ocorre um processo de laicização do direito natural, atingindo seu apogeu no iluminismo, de inspiração jusracionalista.

Sarlet (2008) prossegue a análise do processo de afirmação dos direitos humanos e o reconhecimento deles nas primeiras declarações do século XVIII, assinalando que tal processo foi acompanhado de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados antecessores dos direitos fundamentais. Nesta medida, é importante lembrar que, de acordo com ele, a positivação dos direitos fundamentais é resultado de um processo dialético entre o progressivo desenvolvimento das técnicas, de seu reconhecimento no campo do direito positivo e da paulatina afirmação na esfera ideológica das discussões em torno da liberdade e da dignidade humanas.

Aponta a Inglaterra do século XIII como marco ao emitir o principal documento referido por todos os que estudam a evolução dos direitos humanos: a *Magna Charta Libertatum* – pacto firmado em 1.215 pelo Rei João Sem Terra com bispos e barões ingleses. Esse documento serviu de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e o direito à propriedade. De acordo com a revista ADUEL (2006), entre os dias treze e quinze de junho daquele ano, reuniram-se em Runnymede, barões, bispos, arcebispos, clérigos, cavaleiros e outros com o objetivo de impor exigências para encerrar a guerra entre alguns barões e o rei. Ao concordar com essas exigências, assinando o documento denominado Magna Charta, o Rei nada mais fazia do que tentar salvar o seu reino.

Sarlet (2008) afirma que apesar de ser considerado o documento mais importante da época, a *Magna Charta Libertatum* não foi o único, nem o primeiro, lembrando que já nos séculos XII e XIII foram outorgadas cartas de franquia e forais pelos reis portugueses e espanhóis. Esses documentos foram outorgados pela autoridade real, em um contexto marcado pela desigualdade e no qual os direitos de cunho estamental eram priorizados, o que, na prática, privava a grande maioria da população do acesso e gozo a seus direitos, servindo apenas para garantir alguns privilégios feudais aos nobres ingleses. O autor lembra ainda que foi o entrelaçamento da secularização do direito natural e a individualização dos privilégios estamentais que garantiram a formação dos direitos naturais.

Cumprir destacar, no entanto, conforme a Revista da ADUEL (2006), que é provável que a *Magna Charta Libertatum* constitua-se no primeiro documento moderno no qual os poderes de um Rei são delimitados e, concomitantemente, são estabelecidas regras e leis para todo um país, retratando o rompimento com o sistema feudal e lançando as bases para a estruturação do Estado Moderno. A mesma revista destaca que a *Magna Charta* reflete o conflito entre as classes sociais pela apropriação do excedente econômico, conflitos esses que impõem a necessidade de adoção de ordenamentos jurídicos. Portanto, é um documento que demonstra que os direitos não são concessões, mas resultam da luta contra a tirania.

De qualquer modo, à Magna Charta sucedem vários documentos que se configuraram, ao longo da história, como avanços no processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais. Sarlet (2008) apresenta alguns desses principais documentos que, no conjunto, dão início à terceira fase de desenvolvimento desses direitos. Dentre eles, menciona a Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, documentos que disputam a condição de “paternidade” dos direitos fundamentais, na medida em que os mesmos marcam a transição dos direitos de liberdade ingleses para os direitos constitucionais, ou seja, assinalam a passagem de direitos ainda pontuais (Inglaterra) para a uma situação de reconhecimento de direitos generalizada.

Para o autor, de igual importância foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, resultado da revolução que provocou a queda do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França. Nessa Declaração, segundo Sarlet (2008, p. 51), é “incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial de Rousseau e Montesquieu”³.

³ O francês Charles de Secondat Montesquieu, na obra *Do Espírito das Leis*, sistematizou o princípio da Separação dos Poderes, pelo qual assinala a necessária distinção entre legislativo, executivo e judiciário. De acordo com Bonavides (2003), a obra resume o princípio constitucional de maior voga e prestígio de toda a idade liberal, sendo o instrumento mais poderoso e rígido de proteção e garantia das liberdades individuais. Bonavides (2003) afirma ainda que esse princípio auferiu grande prestígio à doutrina constitucional do liberalismo em função da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais e dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia em contraposição ao antigo poder das realezas absolutas. Essa divisão de poderes é funcional à sociedade liberal por equilibrar as forças na sociedade de modo a evitar que haja um poder preponderante. Em complemento à análise da separação dos Poderes no contexto brasileiro, Justen Filho (2005) aponta que é correto afirmar a existência de cinco Poderes, uma vez que nem o Ministério Público nem o Tribunal de Contas podem ser considerados como integrados em um dos outros três Poderes.

Ao evidenciar importância desta Declaração, o autor se refere também às diversas declarações de direitos dos povos americanos que, paulatinamente, foram acolhendo e positivando os direitos naturais em seus textos, destacando a influência recíproca entre ambas. Afirma ainda que

Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens e não apenas de uma casta ou estamento. (SARLET, 2008, p. 51)

Discutindo a questão, o professor Paulo Bonavides (2003) destaca que a concepção de universalidade dos direitos aparece pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e que esse documento tinha como destinatário todo o gênero humano, constituindo-se na mais abstrata das formulações solenes já feitas acerca da liberdade. Em contrapartida, as declarações dos ingleses e americanos podiam ganhar em concretude, mas eram restritas a uma camada social privilegiada – os barões feudais – ou, quando muito, a um povo ou sociedade que se libertava politicamente, como as antigas colônias americanas. Na Declaração Francesa, os direitos do homem ou direitos de liberdade eram considerados naturais, inalienáveis, sagrados, imprescritíveis, fortemente relacionados à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão.

O mesmo autor, ao discutir a teoria dos direitos fundamentais, destaca que tais direitos têm como função básica criar e manter os pressupostos elementares da vida em relação à liberdade e dignidade humanas, sendo que os direitos fundamentais constituem-se naqueles que o Direito vigente qualifica como tais. Sob este prisma, cita Carl Schmitt que estabeleceu dois critérios de caracterização dos direitos fundamentais. O primeiro apregoa que podem ser assim caracterizados todos aqueles nomeados e especificados no instrumento constitucional. Já no segundo critério, direitos fundamentais são aqueles que têm na Constituição um grau elevado de segurança, sendo imutáveis ou passíveis de mudança apenas por meio de emenda constitucional. Em resumo, para esse autor, os direitos fundamentais são

Os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. [...] numa acepção estrita são unicamente os direitos de liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao

conceito de Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável. (BONAVIDES, 2003, p. 561)

Ainda segundo Bonavides (2003), o lema revolucionário francês do século XVIII exprimiu em três princípios todo o conteúdo dos direitos fundamentais, indicando, inclusive, a seqüência de sua institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Esse raciocínio se encontra presente na análise de alguns autores sobre a seqüência conhecida como gerações ou dimensões de direitos fundamentais, o que passamos a resumir.

1.3 GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme exposto, a literatura sobre a temática é uníssona em dividir a história dos direitos fundamentais em períodos, denominados por alguns autores, a partir do critério de ordem cronológica de aparecimento e reconhecimento, como “gerações de direitos”. Um dos autores que adotam essa perspectiva analítica é Bonavides (2003, p. 563), para quem tais gerações traduzem “um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta”, substituindo a universalidade abstrata presente no jusnaturalismo do século XVIII.

De modo detalhado, Bonavides (2003) aponta que os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade. Correspondem aos direitos civis e políticos, sendo os primeiros a constar em instrumento normativo constitucional. Em termos cronológicos, correspondem à fase inaugural do constitucionalismo ocidental. Segundo o autor, cada país constitucional desenvolveu o processo de reconhecimento desses direitos conforme sua dinâmica interna, permeada por avanços e retrocessos, mas ao longo da história, foi conferida máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder. Nessa linha ascensional, os direitos de primeira geração “já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda extensão” (BONAVIDES, 2003, p. 563)

Esses direitos têm como premissa um posicionamento negativo do Estado e, como titular, o indivíduo. Nas palavras do referido autor, são direitos

oponíveis ao Estado, traduzidos como faculdades da pessoa, sendo a subjetividade seu traço mais característico. Na ordem dos valores políticos, ressaltam a nítida separação entre sociedade e Estado. São direitos que, por igual, “valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil.” (BONAVIDES 2003, p. 564).

Embora também obedecendo ao critério de ordem cronológica de aparecimento e reconhecimento dos direitos fundamentais, Sarlet (2008) opta por não utilizar o termo “gerações” de direito. Prefere utilizar a expressão “dimensões” de direitos fundamentais na doutrina moderna, considerando que “gerações” indicaria a possibilidade de uma interpretação errônea da classificação, uma vez que poderia sugerir a idéia de substituição de uma geração por outra, o que não corresponderia à realidade. Entretanto, trata-se de uma diferenciação apenas nominal, uma vez que o objeto da análise é o mesmo.

Para Sarlet (2008), não há como negar o caráter progressivo, acumulativo e de complementaridade dos novos direitos fundamentais. A partir disso, defende que os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles de cunho “negativo”, pois se caracterizam por uma abstenção e não por uma conduta positiva do Estado. Constituem-se em produto do pensamento liberal burguês do século XVIII, de cunho estritamente individualista, e têm notória inspiração jusnaturalista, assumindo particular relevância o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. São complementados por um leque de liberdades e pelos direitos relativos à participação política, revelando a particular relação entre os direitos fundamentais e a democracia. Enquadram-se nessa categoria o direito de igualdade (entendido como igualdade formal) e algumas garantias processuais. Em síntese, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os chamados direitos civis e políticos, que, para La Bradbury (2006), correspondem ao Estado Liberal de Direito.

Já os direitos fundamentais de segunda geração são relacionados por La Bradbury (2006) ao nascimento do Estado Social de Direito. Dizem respeito aos direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, e, conforme Bonavides (2003), dominaram o século XX na mesma proporção que os direitos de primeira geração dominaram o século precedente. Têm como palavra-chave a igualdade material e foram introduzidos no constitucionalismo das diferentes formas de Estado

Social como resultado da constatação da ineficácia do liberalismo no que se refere à proteção social.

Compartilhando da mesma lógica argumentativa, Sarlet (2008) afirma que os direitos de segunda geração surgem a partir da industrialização – contexto no qual houve impactante agravamento da questão social – e a constatação, no decorrer do século XIX, de que o reconhecimento formal de liberdade e de igualdade não eram suficientes para a garantia de sua efetividade. Esta situação fomentou a emergência de movimentos reivindicatórios que exigiam do Estado medidas que viessem ao encontro do atendimento de necessidades sociais dos trabalhadores.

Desta forma estabelece-se uma dimensão positiva, pela qual não existe mais uma liberdade *do e perante o Estado*, mas uma liberdade que só existe *por intermédio do Estado*, que outorga aos indivíduos, entre outros, serviços de saúde, de educação e de assistência social. Revela, pois, uma transição das liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas. Nascem, pois, sob a égide do princípio da igualdade e têm como marco distintivo o aspecto “positivo”.

Bonavides (2003) aponta que, num primeiro momento, pairaram apenas no campo ideológico, sendo introduzidos nas constituições de cunho “marxista” e também no constitucionalismo da social-democracia, como é o caso da Constituição de Weimar. No entanto, é no segundo pós-guerra que ganham visibilidade e concretude. Complementa que, de início, tais direitos, por exigirem do Estado uma gama de prestações positivas (materiais), tiveram eficácia duvidosa, passando, décadas depois, a se materializar com maior efetividade e terem garantidas em algumas Constituições sua aplicabilidade imediata. De qualquer modo, defende Bonavides (2003, p. 567) que

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculados materialmente a uma liberdade “objetivada”, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser “criados”, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração.

O mesmo autor lembra que a busca por esses pressupostos condiciona o eixo normativo em torno do qual se direcionam não somente as

Constituições, mas uma grande parte da legislação dos direitos fundamentais das últimas décadas – fenômeno que denomina de uma nova universalidade dos direitos fundamentais. Nessa lógica, os direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos numa perspectiva de globalidade e como chave para a libertação material do homem. Entretanto, os direitos de segunda geração não englobam apenas os de cunho positivo. Abarcam também liberdades sociais como sindicalização, greves e reconhecimento de outros direitos sociais aos trabalhadores: férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho e outros.

Assim, os direitos fundamentais de segunda geração dão origem aos chamados direitos sociais, os quais, por sua vez, são concretizados através de políticas sociais. Estas devem se ocupar da provisão de bens materiais e de contribuir para a efetivação do direito à autonomia, à informação, à convivência familiar e comunitária, entre outros. Nesse sentido, a efetividade dos direitos sociais só é plausível quando da existência da intervenção do Estado.

Outro aspecto é que os direitos sociais pressupõem um mercado já estabelecido e desenvolvido e, por isso, só são inteligíveis no contexto do capitalismo, principalmente a partir da expansão da indústria. Dizem respeito à garantia de condições de trabalho e remuneração, condições dignas de saúde, educação, segurança econômica, além de garantias previdenciárias e assistenciais.

Assim como Bonavides (2003) e Sarlet (2008), Krell (2002) também argumenta que os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim através dele, exigindo prestações materiais do poder público. Assim sendo, se constituem dentro de um modelo de Estado que tende a ser cada vez mais social, priorizando os interesses coletivos em detrimento dos interesses individuais. Complementando essa idéia, Esteves (2007, p. 23) afirma que:

Somente a partir do início do século XX, depois de esgotado o modelo liberal de economia e das lutas populares empreendidas desde meados do século XIX na Europa, é que os direitos que tinham por objetivo o bem-estar da coletividade e não mais, ou tão-somente, do indivíduo começam a ser declarados e positivados até adquirirem status de vinculação jurídica do Estado em relação à sociedade e ao indivíduo.

Partindo igualmente do entendimento de que os direitos sociais se concretizam mediante diversos tipos de prestações, exigindo a colaboração dos

poderes públicos na satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, Peláez (*apud* SAES, 2008) os qualifica como tradução de um imperativo ético de alcance universal: o resgate de todos os homens da fome, da miséria e da ignorância.

Para o autor, os direitos sociais, consagrados no início do século XX e incorporados nas constituições no contexto do pós-guerra, se estendem para além da igualdade formal: correspondem a um direito de preferências, discriminatório para a correção da desigualdade material. A isso Saes (2008, p. 66) acrescenta:

Constituem, em verdade, direitos de 'igualdade proporcional', pois nem sempre a justiça requer a igualdade aritmética de Pitágoras, mas a proporção geométrica proposta por Aristóteles, sobretudo em sede de Justiça Social em que o 'justo' deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo.

No bojo da discussão, o autor introduz o termo "direitos de crédito", com ele significando o direito do indivíduo em relação à coletividade. Isto é, "direitos de crédito" se referem à possibilidade de seu titular exigir do Estado uma conduta prestacional positiva voltada à disponibilização de bens e serviços essenciais que garantam o atendimento às suas necessidades, quando este não é capaz de supri-las por si mesmo.

Ainda que não utilizando esse termo, Esteves (2007) faz referência a essa possibilidade de exigência. Lembra que esses direitos foram consagrados nas constituições, embora não da mesma maneira em todos os países. No entanto, o mais importante é que nesse processo criaram-se obrigações legalmente definidas que incitam o Estado a operar positivamente. Estas obrigações se convertem em exigibilidades formais que, quando não ofertadas, podem ser requeridas pelos indivíduos e grupos nos tribunais.

Sob este prisma da consagração diferenciada desses direitos nas constituições, Saes (2008) aponta como primeira Constituição a Jacobina de 1793, destacando que nela se positivou o direito ao trabalho, à educação e à assistência nos casos de pobreza. Aponta também a Constituição Mexicana de 1917 que é considerada a primeira a consagrar os direitos sociais fixados numa declaração ideológica de direitos humanos, econômicos e sociais, declaração esta formulada em um contexto de processo revolucionário e dirigida a propor uma nova ordem societária baseada no trabalho. Aponta ainda a Constituição de Weimar (República Alemã) que, em 1919, consagrou amplamente os direitos sociais, conjugando

ideologicamente a concepção liberal com a concepção social. Esta Constituição é considerada um marco do constitucionalismo social.

Outro importante marco citado pelo autor para a constitucionalização desses direitos é a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Promulgada em 1948, no pós Segunda Guerra Mundial, ela sinaliza um novo passo na evolução dos direitos fundamentais, ao evidenciar que o reconhecimento dos direitos de primeira geração não foi suficiente para garantir um mínimo de bem-estar e de qualidade de vida a todos os indivíduos.

Bobbio (1992, p. 27) lembra que essa Declaração representa a manifestação do consenso geral acerca de sua validade, podendo ser entendida como “a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”. Sua referência é à sensibilização mundial em torno das atrocidades cometidas na II Guerra e à certeza dos diversos países de que se era necessário pensar em garantias legais que prevenissem a repetição daqueles crimes contra a humanidade. Lembra ainda que quanto mais aceito um determinado valor maior é o seu fundamento – daí a importância de a Declaração ter sido assinada e aceita por 48 países com as mais variadas crenças e culturas. Reforçando esse posicionamento, afirma que,

Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. [...] Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns. (BOBBIO, 1992, p. 28)

Por essa razão, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é considerada um dos principais expoentes na afirmação dos direitos sociais, tendo por idéia central o reconhecimento da dignidade e valor da pessoa humana, valores esses, que, conforme Zanella (2007) estão presentes em todos os artigos do documento. O autor aponta ainda que, no corpo da Declaração, o grupo dos direitos individuais abrange o direito à vida, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o direito à nacionalidade, o valor central da família, o direito de propriedade, a liberdade de consciência e de expressão do pensamento, a liberdade de reunião e de associação, o direito de participação na vida política, entre outros.

Já no que se refere aos direitos sociais, estão assinalados o direito à segurança social, ao “trabalho e salário justos”, o direito de repouso e lazer, à saúde, a um nível de vida suficiente, à educação, ao ensino e à cultura.

Outro aspecto da declaração, apontado por Bobbio (1992), diz respeito ao fato dela ser, ao mesmo tempo, universal e positiva. Universal porque passa a ser sua destinatária toda a humanidade e não o indivíduo pertencente a um ou outro Estado específico. E, positiva, porque prevê que os direitos nela contidos não são apenas ideológicos, mas devem ser efetivados e criados mecanismos até mesmo contra o Estado, caso os tenha violado.

Na perspectiva de Saes (2008), com a falência do modelo liberal de Estado, no final do século XIX, e com o agravamento das expressões da questão social, decorrentes do processo de industrialização, bem como frente às pressões das classes trabalhadoras, os estados se viram obrigados a estabelecer um sistema de proteção social que atendesse às demandas dos trabalhadores e que fosse, ao mesmo tempo, capaz de manter o capitalismo operante, evitando o fortalecimento do comunismo latente. Nesse sentido, verifica-se que os direitos sociais correspondem à “evolução do Estado de Direito de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, incorporando-se à maior parte das Constituições do segundo pós-guerra” (SARLET, 2008, p. 217).

Outra questão discutida por Bonavides diz respeito à concepção de objetividade e de valores relativos aos direitos fundamentais, que conferiram um sentido novo atribuído aos princípios da igualdade e da liberdade, “deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir [...] uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado” (BONAVIDES, 2003, p. 569).

Em articulação com isso, é necessário destacar que, da mesma forma que os direitos de primeira geração, os direitos sociais de segunda geração se reportam à pessoa individual e não podem ser confundidos com os direitos coletivos ou difusos de terceira geração. Estes correspondem à reivindicação das classes mais atingidas pelas mazelas da exploração do capital, principalmente da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava – e ainda caracteriza – as relações com a elite empregadora.

Sob este ângulo, Sarlet (2008) defende que os direitos fundamentais de terceira geração/dimensão têm como principal característica o fato de se

desprenderem da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação). São, portanto, direitos de titularidade difusa ou coletiva, tratando-se, entre outros, do direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e à comunicação. Trata-se também do direito ao meio ambiente e qualidade de vida, como afirma abaixo:

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida ou indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia de proteção. (SARLET, 2008, p. 55)

Com essas características, pode-se dizer que os direitos fundamentais de terceira dimensão se referem a novas reivindicações e necessidades humanas, geradas pelo progresso tecnológico, pelas conseqüências do pós-guerra, entre outros. São denominados usualmente como direitos de fraternidade ou solidariedade, em face de sua implicação universal ou transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em âmbito mundial para sua efetivação. No que se refere à positivação, adverte o autor que ainda não houve reconhecimento dos mesmos nas Constituições, mas somente nos tratados e acordos internacionais.

Também tratando desses direitos, Paulo Bonavides (2003) destaca que os mesmos surgem da consciência de um mundo imerso na desigualdade entre povos e nações, fazendo com que se busque uma concretude para o ideal de fraternidade:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. [...] emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2003, p. 269)

De modo compatível com Ingo Wolfgang Sarlet, o autor cita Karel Vasak que identificou cinco direitos de fraternidade, ou de terceira geração: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Lembra, no entanto, que se trata de um processo dinâmico, sendo possível que haja outros direitos de fraternidade em processo de desenvolvimento, podendo essa relação se alargar na medida em que o processo universalista se desenvolva.

Bonavides (2003) também aponta para uma tendência, ainda não reconhecida na literatura e na jurisprudência internacional, quanto à existência de uma quarta geração de direitos fundamentais. Argumenta que, contrariamente à expansão mundial do neoliberalismo, acompanhada da globalização da economia e do que decorre uma ofensiva em direção à despolitização, essa quarta geração é resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde à última fase de institucionalização do Estado Social. Para ele, a quarta geração diz respeito ao direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo e é a única que verdadeiramente interessa aos povos da periferia. Em suas palavras,

A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. [...]. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual. (BONAVIDES, 2003, p. 571)

O autor segue sua reflexão concluindo que os direitos de segunda, de terceira e de quarta geração não se interpretam, mas concretizam-se e é dessa concretização que depende o futuro da globalização política, sua legitimidade e seus valores de libertação.

A partir desta explanação, reitera-se, como o faz Sarlet (2008), que os direitos fundamentais resultam de um processo dinâmico e dialético, sendo fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de violação de bens fundamentais e elementares do ser humano. Por outro lado, o mesmo autor tece uma crítica à tendência doutrinária de se apontar a existência de novas

dimensões de direitos sem que as demais tenham sido satisfatoriamente implementadas. Para ele, o problema da efetivação dos direitos fundamentais é inerente a todas as dimensões de direitos, pois demandam esforços integrados de todos os Estados e povos. Ainda que os direitos de primeira dimensão sejam mais fáceis de serem implementados e mensurados, permanecem na contemporaneidade a violação e deturpação da vida e das liberdades mais elementares em diversos povos.

No entanto, não nega a relevância das novas dimensões de direitos para o progresso da humanidade. Lembra que, consideradas individualmente, as primeiras dimensões têm relação direta com os ideais da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – contudo, tal tríade se torna incompleta se não for priorizado e preservado o principal de todos os direitos, qual seja, o direito à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O mesmo autor ainda lembra que a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, lançou as bases do núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa: a noção da limitação jurídica do poder estatal, por meio da garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais integram a essência do Estado constitucional, juntamente com a definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder e não são, portanto, apenas parte da Constituição formal, mas elemento nuclear da Constituição material. Diz Sarlet (2008, p. 68): “Podemos afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais, assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente”.

Também em Bobbio (1983) se vê a afirmativa de que a Declaração dos Direitos Humanos é um marco, um dos momentos centrais do desenvolvimento e conquista do constitucionalismo moderno. Em vista disso e apresentando coincidência com Sarlet (2008), entende-se que os direitos fundamentais são a base do Estado Constitucional, havendo íntima relação entre aqueles e a noção de Constituição e Estado de Direito.

Em síntese, os direitos fundamentais são considerados condição *sine qua non* do Estado constitucional democrático; passam a ser o fundamento de um Estado que, no exercício do seu poder, está condicionado aos limites impostos pela constituição. Para o autor, constituem, sob essa perspectiva, para além da sua

função limitativa do poder, critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, uma vez que o poder se justifica pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é intimamente ligada à idéia de direitos.

Recorrendo a Joaquim José Gomes Canotilho, o mesmo Sarlet (2008) discute que os conceitos de direitos fundamentais – e direitos humanos – e de soberania popular seguem até hoje determinando e condicionando a auto-evidência normativa do Estado Democrático de Direito. Nessa ótica, os direitos fundamentais são considerados elementos da ordem jurídica objetiva. Nas palavras do autor, “[...] importa reconhecer que a dimensão valorativa dos direitos fundamentais constitui noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e importância num Estado de Direito que efetivamente mereça ostentar este título” (SARLET, 2008, p. 70).

Novamente, também em Bobbio (1992) se vê a defesa dessa agregação entre direitos fundamentais e Estado Democrático de Direito. Contudo, o autor destaca dois outros elementos que são fundamentais à discussão: o primeiro, já evidenciado, diz respeito ao caráter histórico dos direitos, e, o segundo, à questão da efetividade dos mesmos.

Corroborando a trajetória histórica antes mencionada no tocante aos direitos sociais, o autor ratifica que os mesmos começaram a ser referendados após a Primeira Guerra, mas complementa que o elenco de direitos se modifica de acordo com as condições históricas e com as necessidades e interesses em jogo, principalmente daqueles que detêm o poder, além da evolução técnica e tecnológica que possibilita sua efetivação. Para Bobbio (1992), não existem direitos fundamentais por natureza, já que as necessidades humanas variam impulsionadas por fatores determinados pela conjuntura sócio-histórica.

Acrescenta que tais direitos expressam o amadurecimento de novas exigências e valores societários, como os de bem estar e da igualdade. Em sua concepção, esta igualdade não é apenas formal, podendo ser chamada de liberdade *por meio* do Estado, numa ótica que considera que a liberdade é condição para a consolidação da igualdade. Em suas palavras,

o campo dos direitos sociais [...] está em contínuo movimento: assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução

industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes nem de prever (BOBBIO, 1992, p 34)

Partindo desse pressuposto, defende que mais importante do que fundamentar os direitos do homem e suas categorias, é protegê-los; é garantir que não fiquem apenas no plano formal e que acompanhem as mudanças pelas quais as demandas humanas e sociais passam.

Nessa proteção ou garantia insere a questão da efetividade desses direitos, denunciando que entre os argumentos utilizados pelos mais reacionários em todo o mundo contra os direitos do homem, o principal deles diz respeito à sua inexecutabilidade. Nestes termos, aponta que os acordos são obtidos facilmente quando se trata de enunciar tais direitos, pouco se considerando o poder de convencimento dos seus fundamentos. Entretanto, quando se trata de concretizá-los, emergem várias ressalvas e reservas, ainda que o fundamento de tais direitos seja inquestionável. O mencionado autor declara suas inquietações quanto à questão dos direitos do homem – aí incluídos os direitos sociais – com o seguinte discurso:

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 1992, p. 25)

1.4 OS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO DE BEM ESTAR

Em diversos países de capitalismo avançado foram criados sistemas de proteção social voltados ao atendimento das necessidades imediatas dos trabalhadores e a garantir-lhes segurança futura nos casos de intercorrências como doenças, acidentes, velhice ou morte do provedor da família. Tal período, conhecido como a era de ouro do capitalismo ou Estado de Bem Estar Social, suscitou a alocação de direitos e garantias sociais que marcaram a proteção social estatal no século XX.

Nesse sentido, há uma transição do Estado “ordenador” (liberal) para um Estado “provedor” (de Bem Estar Social), passando a ser a intervenção

estatal sobre a questão social não somente um dever moral, mas jurídico. Saes (2008) aponta que o Estado Social é, em verdade, o Estado de Direito vocacionado para a realização da justiça social (distributiva) e que, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, verifica-se que o primeiro surgiu com o objetivo de firmar as liberdades clássicas, ao passo que o segundo teve o objetivo de suprir as insuficiências do modelo precedente.

Assim sendo, esse modelo conhecido como Estado de Bem Estar Social, ou Welfare State, está intimamente relacionado com a extensão da cobertura da proteção social e das políticas sociais. Para Pereira (2009), no século XIX inexistia a concepção de proteção social e de Welfare State; ambas só tomaram “forma” no século XX, embora iniciadas naquele período em associação com a preocupação pública com a pobreza, com o trabalho infantil, com o analfabetismo e com o dito potencial ameaçador das massas deseducadas, bem como com as pressões populares por melhores condições de trabalho e subsistência. Em função de diversos fatores, inclusive culturais, de estrutura política e de nível de organização de sindicatos, uma série de modelos de bem-estar foi se estruturando nos países ao longo das primeiras décadas do século passado.

Pereira (2009) apresenta a análise de Nicholas Titmuss que visualiza três categorias de Estado de Bem estar: bem estar social (*social welfare*), bem estar fiscal (*fiscal welfare*) e bem estar ocupacional (*occupational welfare*). Para Titmuss, segundo Pereira (2009), essa categorização dos modelos de bem estar não se refere à diferença de estratégia de aplicação de cada forma, mas está relacionada à divisão do trabalho nas sociedades complexas e à diferenciação social que resulta dessa divisão.

A primeira, bem estar social, diz respeito ao abandono das formas de proteção assistencialistas e à adoção de uma estrutura diretamente relacionada à concepção de *direitos sociais*, na qual a pobreza é vista como consequência do processo de acumulação capitalista. Conforme evidencia Pereira (2009, p. 183) “trata-se, portanto, do que tradicionalmente é qualificado de prestações sociais públicas ou serviços sociais, compreendendo transferências de renda, serviços de saúde e educação, emprego, serviços sociais pessoais e outros”. Nessa lógica, há a preocupação com a ampliação da cidadania como uma categoria pertencente a todo indivíduo e não há focalização dos serviços públicos, com estes devendo ser operacionalizados com vistas à universalidade.

A segunda categoria se refere ao bem estar fiscal, no qual há oferta de subsídios fiscais e isenções de tributos, de modo que quem ganha menos paga menos. Este modelo gerou, ao longo do tempo, insatisfação por parte de segmentos mais ricos da população que passaram a questionar a estrutura do sistema, argumentando que ele feria o direito à propriedade. A autora aponta que, na prática, o chamado bem estar fiscal foi acometido por uma série de distorções, uma vez que, em muitos países, os mais ricos e o grande capital passaram a ser alvo do financiamento indireto, com a isenção de tributos aos que desenvolvessem atividades filantrópicas.

A última categoria – bem estar ocupacional – associa a prestação de benefícios e serviços ao trabalho formal. Ainda recorrendo a Nicholas Titmmus, Pereira (2009) aponta que os benefícios prestacionais podem ser em dinheiro ou em matéria e têm obtido amplas proporções na história da política social. Dizem respeito a pensões para empregados, cônjuges e dependentes; auxílio funeral; *tickets* para refeição, creches; serviços de saúde e educação, entre muitos outros. No entanto, prossegue a autora:

[...] os que estão empregados, principalmente os melhores colocados, são generosamente amparados em relação aos desempregados ou aos precariamente inseridos no mercado de trabalho, os quais ficam à mercê da atenção social do Estado, que tende a ser residual, ou da caridade privada. (PEREIRA, 2009, p. 184)

É notório que o objetivo maior da instituição do Estado de Bem Estar Social era garantir as condições indispensáveis à reprodução da classe trabalhadora e, conseqüentemente, fortalecer o capitalismo que se encontrava em crise, criando condições para sua franca expansão. No entanto, há que se considerar que dentro da lógica e da dinâmica capitalistas, a garantia de acesso a bens e serviços públicos, ofertados pelo Estado e numa perspectiva de direitos, constitui avanços sem precedentes à classe trabalhadora e também àqueles indivíduos excluídos do mercado de trabalho.

Desta forma, o Estado de Bem Estar Social se constitui em um marco no que se refere à relação Estado-Sociedade. Por este modelo, o poder público toma para si a responsabilidade primeira de garantir as condições mínimas de sobrevivência e reprodução da classe trabalhadora, instituindo um padrão de

políticas sociais que busca suprir as demandas e necessidades sociais da população. Com ele, estabeleceu-se e se expandiu no mundo a concepção de Estado-Providência, ou seja, a despeito da diversidade de modelos sob os quais o padrão de proteção social foi sendo incorporado nos diversos países (alguns com mais completude que outros), a idéia de que incumbe ao poder público o papel de gerir políticas públicas que ofereçam condições mínimas de reprodução da classe trabalhadora acabou sendo incorporada quase de maneira global. Criou-se, então, como dito, uma nova concepção de relação sociedade-Estado.

Entretanto, essa concepção tratou-se de característica intrinsecamente relacionada a países de capitalismo avançado, sendo que o discurso em torno do Estado-providência foi adotado muito tardiamente nos demais países, entre eles, o Brasil. É esse o foco do próximo capítulo.

2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Discutir o processo de reconhecimento dos direitos sociais fundamentais no Brasil e sua consolidação requer conhecer também o processo histórico e os elementos condicionantes – políticos, econômicos, culturais, sociais – que permeiam a história do país e vêm influenciando sua estruturação.

A análise de Raimundo Faoro (2001) é, para nós, fundamental para compreender como se estruturou o processo de construção política e ideológica brasileiro e a influência desse processo na construção e consolidação do ideal de direitos. Em *Os Donos do Poder*, o autor, ao discutir a formação do Estado brasileiro, defende a idéia de que no Brasil há um arraigado patrimonialismo, contrariando teorias como a do Partido Comunista que alegam que o país passou por um período de feudalismo.

Para ele, não houve período de feudalismo sequer em Portugal e traços do patrimonialismo português permanecem ainda hoje no Brasil, adaptados à realidade do país. Patrimonialismo, de acordo com o autor, se refere à atividade econômica que tem caráter puramente exploratório, favorecendo a Coroa, ou, nos dias atuais, às classes dominantes.

Para Faoro (2001), o coronelismo é um traço do patrimonialismo e se encontra em uma espécie de escala, abaixo da chamada oligarquia política. Ele a relaciona com a primeira Constituição Republicana, de 1891, que se fez sob o comando dos governadores – “política dos governadores” – em meio à qual os municípios deixaram de ter autonomia: “A chave do controle político estará na compressão eleitoral, como sempre, não necessariamente sanguinária, mas com o sacrifício da autonomia municipal” (FAORO, 2001, p 624)

O autor segue sua análise apontando fatos históricos que demonstram sucessivas manipulações governistas que permearam os jogos de poder no Brasil desde os tempos do Império, sendo mantidos sob a mesma lógica no período republicano, consolidando o coronelismo: um esquema de supremacia estadual e eleição sancionadora dos seus desmandos. Afirma Faoro (2001, p. 629):

Esta é a contradição de todos: a eleição será o argumento para legitimar o poder, mas não a expressão sincera da vontade nacional, a obscura, caótica e submersa soberania popular. A vergonha dos

chefes não nasce da manipulação, mas da derrota. O essencial é vencer, a qualquer preço.

Outro ponto, decorrente deste, é a subordinação ao que ele chama de fenômeno coronelista: nesse processo, o governador, o presidente ou o coronel corporificam a imagem de donos do Estado a tal ponto que suas determinações e decisões não podem ser questionadas. O mecanismo estatal aparece para o cidadão simples como algo envolto em sombras e inquestionável.

De acordo com o autor, para o homem do campo, ao que o chefe manda não se questiona: obedece-se com conformidade, sem cogitar a idéia de dominação ou representação. Trata-se de uma dominação imposta pela moeda da lealdade, de forma que aquele que é leal ao superior dispõe de benefícios e proteções que sobrepõem qualquer idéia de lei ou direitos. A proteção do “padrinho”, mais que respeito e admiração dos demais, garante impunidade. Àquele que não é leal a um senhor e arrisca-se, por exemplo, a exercer sua liberdade de opinião, a lei é aplicada severamente com possibilidade de duras sanções.

Em contrapartida, a autoconsciência é anulada e o “servo” vive uma situação de *criatura domesticada*, na qual a “proteção e benevolência lhe são concedidas em troca de fidelidade e serviços reflexos. Assim, para aquele que está preso ao poder pessoal, se define um destino imóvel, que se fecha insensivelmente no conformismo” (FAORO, 2001, p 643). Já no que concerne ao conceito de clientelismo, Seibel e Oliveira (2006), partindo da análise de Raymundo Faoro e R. Graham, o definem como um mecanismo de troca entre sujeitos, que é mediado pela prática do favoritismo, estimulando ações seletivas que perpassam as relações Estado-sociedade e influenciam direta e negativamente a eficácia social das políticas públicas.

Outro elemento que influencia na relação da sociedade brasileira com o processo de implantação e reconhecimento de direitos é que, no Brasil, a dinâmica externa do capitalismo (europeu) determinou a constituição do Estado, não tendo havido o desenvolvimento do Estado Nacional a partir de uma dinâmica interna, como ocorreu na Inglaterra, na Espanha e em outros. Ao contrário, a característica de *colônia* portuguesa, posteriormente explorada por outros países europeus, imprimiu no Brasil o traço da subalternidade. Aliado ao processo de

construção do patrimonialismo, coronelismo e clientelismo, o resultado que se tem é o da subalternidade como traço da cultura brasileira.

Essa perspectiva adotada por Faoro (2001) contribui para a compreensão do modelo estrutural de garantia de direitos estabelecido no Brasil ao longo de sua história, principalmente a partir do século XX quando se iniciam, de forma mais incisiva, as discussões em torno dos direitos sociais no país.

De modo compatível com ela, é possível afirmar que não houve uma construção de direitos sociais fundamentais genuinamente brasileiros. Como afirma Esteves (2007), esse processo foi fortemente influenciado pelo constitucionalismo francês, cujo perfil dominante foi liberal-individualista-normativista. É notório, portanto, que o reconhecimento dos direitos sociais no Brasil deriva da jurisprudência e tradição européias, ganhando projeção a partir das primeiras décadas do século passado.

Como dito no capítulo anterior, o fortalecimento dos direitos sociais em sua concepção de responsabilidade do Estado se deu principalmente no pós-guerra, período em que se iniciou a instauração de um sistema de proteção social que ainda se reflete na atual estrutura da proteção social de diversos países. Wanderley Guilherme dos Santos (1979, p. 15) comenta sobre esse período no Brasil:

após o predomínio incontestável da ideologia capitalista mercantil, que fazia de todas as relações sociais contratos livremente ajustados entre indivíduos juridicamente iguais e, portanto, submetidas aos códigos de direito privado, a crescente intensidade e magnitude dos conflitos gerados pela forma industrial de produção e acumulação de bens, termina por provocar a ingerência do Estado no âmbito das relações de trabalho, em primeiro lugar, evoluindo posteriormente, para o que, por costume, se denominou legislação previdenciária.

É o caso, por exemplo, das Caixas de Aposentadorias e Pensões, instituídas em 1923 por lei proposta por Eloy Chaves. Apesar de não se constituir propriamente em uma “novidade”, uma vez que segmentos de trabalhadores já haviam criado espontaneamente caixas particulares de fundos coletivos destinados a suprir contingências, a instituição das Caixas de Aposentadorias e Pensões desponta no cenário histórico brasileiro como uma das primeiras ações do Estado no sentido de regulamentar a proteção social e agir positivamente; como uma das primeiras iniciativas de intervenção estatal.

As Caixas de Aposentadorias e Pensões previam a participação do Estado, em conjunto com trabalhadores e empregadores, na formação de fundos de solidariedade que garantissem segurança social em caso de acidentes, doenças, invalidez, velhice e atendimento médico. Tal atendimento, portanto, passou a se constituir *direito* de seus mandatários, apesar de ainda se configurar como uma categoria de cidadania regulada⁴, de caráter compensatório. Ou seja, só teriam acesso aqueles cidadãos que contribuíssem para tal, sendo, por isso, excluída parcela considerável da população. Como afirma Santos (1979, p. 24),

tratava-se de um contrato, mediante o qual a empresa e seus empregados comprometiam-se a sustentar o empregado atual, no futuro, em troca de parcela de renda deste, no presente. Não se tratava de um direito de cidadania, inerente a todos os membros de uma comunidade nacional, quando não mais em condições de participar do processo de acumulação, mas de um compromisso a rigor privado entre os membros de uma empresa e seus proprietários.

O modelo previdenciário instaurado influenciou profundamente a estrutura organizacional da política social brasileira. As Caixas de Aposentadorias e Pensões expandiram-se para diversas empresas, fundando um novo modelo de contrato social de trabalho, pelo qual, como esclareceu Santos (1979), as partes abdicavam de parcela de sua renda em prol de garantir proteção futura. Posteriormente, essa estrutura de seguro social passou a contemplar os trabalhadores por categorias profissionais, sendo criados, em lugar das Caixas, os IAPs – Institutos de Aposentadorias e Pensões. Estes representaram uma extensão da cobertura, uma vez que substituíam aquela ofertada pela empresa por uma cobertura diferenciada, organizada por categorias profissionais, as quais foram, paulatinamente, estendidas para outras diversas profissões.

Contudo, essa estrutura, no que se refere à equidade, mostrou-se ineficiente, na medida em que abriu precedente para disparidades entre os benefícios, proliferando-se categorias profissionais (por exemplo, dos militares) com

⁴ Teixeira (1985) aponta três concepções de cidadania: invertida, regulada e plena. A primeira refere-se à natureza compensatória e punitiva de certas medidas, evidenciando-se na perda de outros direitos inerentes à condição de cidadania, como, por exemplo, rituais de degradação, atestados de miséria e outros, em que o indivíduo entra em relação com o Estado no momento em que se reconhece como um não-cidadão. A segunda refere-se ao caráter contratual dos direitos, como no caso dos seguros sociais, ao passo que a terceira diz respeito aos padrões de universalização do acesso aos direitos sociais, por ela classificada como Estado de Bem Estar Social.

benefícios e privilégios proporcionalmente muito maiores em relação a categorias de trabalhadores mais empobrecidos. Contrariava, portanto, aquela idéia de direitos sociais com objetivo de equilíbrio social que mencionamos anteriormente.

Nesse período de primeiras décadas do século XX, outras intervenções de cunho estatal e jurisdicional passaram a ser estruturadas. Como exemplo cita-se, com base em Santos (1979), a promulgação de legislação que conferia direito a férias – Decreto 17.496, de 30 de outubro de 1926; do Código de Menores em 1927; de lei sobre acidentes de trabalho em 1919; de regulamentação da jornada de trabalho, fixando o período de oito horas diárias, em 1932; do Decreto 21.417/A, de 17 de maio de 1932 que disciplina o trabalho da mulher, sendo vetada a jornada noturna; além, é claro, da gama de medidas tomadas pelo populismo varguista, como a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943.

Avançando cronologicamente no século XX, cita-se a Lei Orgânica da Previdência Social de 1960 que unificou os regimes de benefícios previdenciários, independentemente de categoria profissional. Cita-se ainda, já no período de ditadura militar instaurado com o golpe de 1964, a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INSS) e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ambos em 1966, assim como a extensão dos benefícios previdenciários a profissões não regulamentadas na CLT, como as empregadas domésticas, em 1972.

No que se refere ao reconhecimento dos direitos sociais na trajetória das Constituições Federais brasileiras, o constitucionalismo social só foi inaugurado no Brasil com a Constituição de 1934, como um reflexo tardio do constitucionalismo social europeu, conforme a análise de Saes (2008). A autora aponta que essa Carta Magna teve inspiração nas Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919) e positivou os direitos com o título “Ordem Econômica e Social”, nos artigos 115 a 140, sendo que, a partir de então, todas as Constituições passaram a incluir tal título em seu texto. Apesar do avanço que tal inclusão simbolizou, na prática, não se estruturou um modelo universal de acesso aos direitos sociais nas décadas seguintes.

Saes (2008) informa que a Constituição de 1937, conhecida como autoritária, rompeu com os compromissos sociais ao enfatizar a intervenção econômica estatal sem vinculação com o compromisso de justiça social. A de 1946,

por outro lado, resgata a democracia e a feição de constitucionalismo social e concilia a organização da ordem econômica com os princípios de justiça social, sofrendo alterações em seu texto por força do Ato Institucional no 1, em 1964. Por fim, a Constituição de 1967, promulgada no auge do Regime Militar no Brasil, foi permeada pelos Atos Institucionais que a precederam e correspondeu à centralização de poder e à rigidez, próprios do período.

Em suma, evidencia-se que a estrutura de proteção social predominante no Brasil até meados da década de 1980 não primava pela universalização do acesso, mas pela garantia de benefícios e serviços a uma parcela da população: aquela inserida formalmente no mercado de trabalho. Essa estrutura notadamente privilegiou os interesses mercantis em detrimento aos direitos sociais, excluindo um considerável contingente populacional não incluso ou precariamente incluso no mercado de trabalho.

Tal análise é realizada por Santos (1979) que trabalha a relação capital *versus* equidade, apontando que o caminho para a conquista da equidade social são as políticas sociais, iniciadas no Estado Novo sob a perspectiva da cidadania regulada.

Analisando a política social como instrumento de efetivação dos direitos sociais, Vieira (1996) visualiza a existência de três momentos em sua trajetória histórica. O primeiro diz respeito ao controle da política, que ocorre no período varguista e que, de tão arraigado no imaginário popular, prevaleceu por anos após sua morte. O segundo momento se refere à política de controle, correspondendo cronologicamente ao período de instalação da ditadura militar, em 1964, até a conclusão dos trabalhos da Constituinte em 1988 e, a partir daí, o terceiro momento.

Na avaliação do autor, o momento pós-constituente talvez seja o mais contraditório em termos de política social e garantia de direitos. Afirma Vieira (1996) que apesar de se tratar de um período em que os direitos sociais ganham destaque no cenário nacional, mediante seu diversificado reconhecimento na Constituição Federal, se trata de uma fase de “política social sem direitos sociais”. Direitos anteriormente nunca ou apenas vagamente reconhecidos, como a ampliação do acesso a educação, habitação, trabalho, universalização da saúde, definição específica dos direitos dos trabalhadores rurais e urbanos, direitos da criança e do adolescente, dos idosos, dos índios, entre outros, ganharam projeção

no documento que ficou conhecido como “Constituição Cidadã”, em função da amplitude de direitos sociais nela inscritos. Entretanto,

Poucos desses direitos estão sendo praticados ou ao menos regulamentados - quando exigem regulamentação. Porém o mais grave é: em nenhum momento histórico da República brasileira (para só ficar nela, pois o restante consiste no Império escravista) os direitos sociais sofrem tão clara e sinceramente ataques da classe dirigente do Estado e dos donos da vida em geral como depois de 1995. Esses ataques aos direitos sociais – em nome de algo que se pode intitular de "neoliberalismo tardio", em nome da "modernização" ou simplesmente em nome de nada - alimentam-se, no campo da política social, de falsas polêmicas (VIEIRA, 1996, p.14)

Reflexo desse histórico de privilegiamento dos interesses particulares em detrimento dos interesses coletivos e da dominação política e econômica do país por meio de práticas não condizentes com o ideário de democracia culminou na estruturação de políticas e serviços sociais parciais, insuficientes e que não atendem efetivamente às demandas da população que, em tese, teria direito. A Constituição de 1988 no que tange aos direitos sociais e a legislação social que a ela se segue são abordadas no próximo tópico.

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS SOCIAIS

A partir de finais da década de 1970 cresce no país a pressão popular em prol da redemocratização, sendo neste contexto que ganha maior visibilidade o debate em torno dos direitos sociais no Brasil. Esse debate e o surgimento (ou ressurgimento) de movimentos populares e organizações da sociedade civil foram fundamentais no período pré-constituente, criando solo fértil para que fosse garantida na carta constitucional a inclusão de uma série de direitos antes não contemplados, na condição de dever do Estado. Isto é, instituindo o Estado como responsável maior pela garantia da efetivação de tais direitos.

Como resultante, a Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece em seu artigo 3º, em meio aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, postulados como “I - constituir uma sociedade livre, justa e solidária [...] III - erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [e] IV – promover o bem de todos sem [...] quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Em seguida, o texto constitucional elenca uma série de direitos e garantias fundamentais, versados nos artigos 5º a 17º. Especificamente no artigo 6º institui os direitos sociais à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à assistência e à proteção à maternidade e à infância, sendo acrescentado o direito à alimentação por força da Emenda Constitucional nº 64, de 2010. Assim, o artigo 6º da Constituição Federal brasileira passou a vigorar com a seguinte redação:

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)

Importante destacar que esses direitos, por sua natureza, exigem prestação positiva do Estado para sua concretização.

Além dos direitos elencados no artigo acima, a Constituição Federal fixa, ao longo do seu texto, diversas categorias de proteção social, reconhecendo ainda os tratados internacionais que abordam o tema. Nesse sentido, ao instaurar um conjunto de direitos de caráter social, que lhe conferiu o título de “Constituição Cidadã”, a Carta Magna de 1988 inaugurou uma nova era nas políticas públicas brasileiras, incitando o Estado e a sociedade a providenciar os mecanismos necessários para sua efetivação.

Entre os direitos garantidos, encontram-se os da criança e do adolescente (art.227); dos índios (art.231 e 232); a universalização do acesso à saúde (art.196 a 200); a colocação da assistência social como direito e não mais como benemerência; a instituição do tripé da Seguridade Social, declarando a Saúde, a Assistência e Previdência Social como necessários ao bem comum; o direito ao trabalho e aqueles decorrentes da relação de emprego, seja urbano ou rural; o direito à moradia; o direito à cultura. Registra-se ainda, a partir do artigo 226, a instituição da família como base da sociedade e passível de especial atenção do Estado.

O certo, portanto, é que o conteúdo trazido com a promulgação da Constituição é socializante, uma vez que “é generosa na proclamação dos direitos e garantias sociais” (ESTEVES, 2007, p 31), havendo identificação desse conteúdo

com a cidadania social presente nos países europeus com o Estado de Bem Estar Social.

A partir dessa instituição dos direitos e garantias fundamentais, nos anos que se seguiram à promulgação da Carta Magna foram sancionadas diversas legislações que estabeleceram as diretrizes para a garantia do acesso aos mesmos. Dois exemplos são a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde). A primeira confere prioridade absoluta nas ações e decisões governamentais no que se refere à implantação e execução de políticas públicas voltadas aos cidadãos com idade inferior a dezoito anos (em casos específicos, estende o limite de idade até os vinte e um anos). A segunda dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a organização dos serviços, tendo sido complementada pela Lei 8.142/90 que dispõe sobre o controle social no que se concerne às ações de saúde.

Outros exemplos se referem à área de Educação e de Assistência Social. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) traz como premissa a oferta do ensino público, de qualidade e universal, incluindo a educação infantil como etapa integrante da educação básica e ampliando a abrangência do campo de intervenção estatal. Na área de Assistência Social, é com a Constituição de 1988 que a mesma passa a ser reconhecida como política pública, instituindo o Estado como responsável pelo provimento das ações a ela relacionadas, o que foi regulamentado por meio da Lei 8.724/93 – Lei Orgânica da Assistência Social.

Haveria ainda uma riqueza considerável de exemplos de direitos sociais estatuídos a partir da Constituição de 1988, dentre eles a ampliação dos direitos da pessoa com deficiência, dos indígenas e dos idosos que expressam conquistas sociais relevantes. Em todas elas o traço marcante é a presença do Estado como responsável pela concretização dessas conquistas e, portanto, da efetivação dos direitos garantidos.

Assim, é inegável que a Constituição de 1988 trouxe avanços significativos em termos de direitos sociais, principalmente quando comparada com o aparato constitucional precedente. Na literatura sobre o tema, é comum verificar autores que afirmam que pela primeira vez os direitos sociais foram tratados com a relevância que merecem. Comprovando isso, é possível verificar ainda no preâmbulo da Carta Magna o tratamento diferenciado que a mesma confere aos direitos sociais:

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

Como se observa, fica manifesto nessa declaração o enaltecimento dos direitos sociais. Analisando a questão, Sarlet (2008 p. 76) aponta que

a relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração de seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte e das forças sociais e políticas nele representadas ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais.

Pode ser dito, enfim, que a garantia de direitos sociais efetivada com a promulgação da Constituição de 1988 teria a potencialidade de “igualizar” situações desiguais, decorrentes do processo de acumulação capitalista, na medida em que se constituiu um conjunto de prerrogativas constitucionais que requerem prestações positivas por parte do Estado na viabilização de condições concretas de atendimento às necessidades humanas, em particular daqueles segmentos populacionais excluídos do usufruto das riquezas socialmente produzidas.

Abordando outro aspecto da questão, SAES (2008) empreende uma análise que afirma que os direitos sociais podem ser presentes ou futuros, expressos ou implícitos e podem estar dentro ou fora da Carta Constitucional. Com base na Constituição e segundo a forma de manifestação dos direitos sociais no mundo jurídico, diz Saes (2008, p. 64) que esses direitos podem ser:

- a) os expressos, positivados na Constituição (Título I, Capítulo II – Dos Direitos Sociais e Título VIII – Da Ordem Social);
- b) os implícitos (interpretados), decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição (art. 5, § 2, primeira parte, da CF/88);
- c) os materialmente recepcionados, quando previstos em tratados internacionais nos quais seja parte o Brasil (art. 5 SS § 2, segunda parte da CF/88);
- d) os formalmente recepcionados, quando previstos em tratados internacionais nos quais seja parte o Brasil e internalizados pelo procedimento legislativo qualificado (art. 5 § 3, da CF/88);

e) aqueles que visem à melhoria da condição social do trabalhador (art. 7, *caput*, segunda parte da CF/88)

Como se observa nessa citação, a autora situa a menção aos direitos sociais na Constituição de 1988 especialmente em dois títulos: no Título I – Dos Direitos e Garantias Fundamentais (no Capítulo II – Dos Direitos Sociais) e no Título VIII – Da Ordem Social, no qual estão expostos de modo mais disperso. Porém, ela contempla outros e ainda há aqueles que não estão expressos na Constituição, mas que nela estão materialmente positivados ou lhe são decorrentes.

É com base nisso que a autora defende que não se pode tomar como objeto de estudo apenas o catálogo dos direitos fundamentais previstos na ordem jurídica interna, mas é imprescindível considerar os direitos e garantias de dimensão internacional, tanto em nível global quanto regional. Complementa Saes (2008, p. 79)

Há que se referir, neste ponto, à questão da internalização formal dos tratados, pois segundo se entende aqui, independentemente da hierarquia normativa que ostente os direitos humanos no âmbito interno – caráter de emenda constitucional ou não – os direitos previstos nos tratados de que faça parte o Brasil são direitos outorgados ao indivíduo e plenamente justiciáveis, seja como direitos formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º da CF/88) e a uns e outros se aplica o regime jurídico dos direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira.

Desta forma, no plano global, a autora aponta a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, que apresenta a proteção a inúmeros direitos sociais, entre eles, o de trabalho, o de repouso, o de lazer, o de alimentação, o de vestuário, o de habitação, o de cuidados médicos, o de instrução e o de segurança nos casos de desemprego, doença, viuvez e velhice. Ainda no plano global, Saes (2008) aponta o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela Organização das Nações Unidas em 1966 e que objetiva conferir obrigatoriedade dos Estados-partes em cumprir os compromissos assumidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Um aspecto previsto no PIDESC diz respeito ao artigo 11 que prevê “o direito a um nível de vida adequado”. Apesar de não previsto expressamente na Constituição de 1988, situa-se como corolário do princípio da dignidade humana e ao direito a uma existência digna apontado como objetivo da Ordem Econômica (art.

170 da CF/88). Tal direito é considerado, conforme Saes (2008), irradiante e nuclear no que se refere à justiça social, pois dele decorre ampla gama de outros direitos, como o direito à moradia, ao transporte, à segurança, entre outros.

Para a mesma autora, outro exemplo da busca constitucional brasileira por assegurar essa condição de dignidade humana está na garantia de um salário mínimo, previsto no artigo 7º da Carta Magna. Ele se constitui (ou o deveria) em um patamar mínimo de remuneração que assegure os meios para o acesso a bens e serviços necessários à dignidade de vida do trabalhador e de sua família. Um patamar mínimo de remuneração também é garantido à pessoa com deficiência e ao idoso que não tenham condições de suprir suas necessidades ou tê-las supridas por sua família.

Já no plano regional, a autora cita a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). Nela os direitos sociais não estão especificados, mas há a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que tem como objetivo garantir a proteção a eles.

Importante destacar que a mesma autora lembra que o catálogo dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, no qual estão incluídos os direitos sociais, não pode ser excluído ou restringido por se constituírem, como previsto no artigo 60, § 4º, em cláusulas pétreas ou de eternidade. Entretanto, lembra que tal catálogo é passível de ampliação, pois é aberto à positivação de outros direitos. Isto pode ocorrer por meio de Emendas Constitucionais, por meio de tratado (previsto no art. 5º, §2º, 2ª parte e §3º da CF/88) e também por atividade interpretativa de direitos fundamentais decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição no art. 5º, §2º, 1ª parte, da CF/88.

Destaca-se, como exposto anteriormente a partir de Krell (2002), que os direitos sociais são constituídos dentro de um modelo de Estado cuja tendência é de ser cada vez mais social, privilegiando os interesses coletivos em detrimento aos individuais. Sob essa perspectiva, o Estado, utilizando-se dos diversos mecanismos que estão ao seu alcance, tais como leis, decretos, atos administrativos, entre outros, deve criar as condições necessárias à efetivação de tais direitos. Ou seja, incumbe ao Estado criar, manter e aprimorar as políticas públicas que assegurem o acesso aos mais diversos direitos sociais: educação, saúde, assistência social, trabalho, previdência, habitação, alimentação.

Partindo deste pressuposto, se coloca a questão do papel do Estado em relação à sociedade na implementação das políticas públicas. Abordando este aspecto, Pereira (2008) tece algumas considerações sobre as interpretações e definições do termo política pública e sobre a natureza da relação entre Estado e sociedade requerida nessa dinâmica:

dentre as competitivas interpretações conhecidas, destacam-se duas [...] a que privilegia o Estado como produtor exclusivo de política pública, a ponto de conceber o termo público como sinônimo do termo estatal; e a que privilegia a relação dialeticamente contraditória entre Estado e sociedade como fermento da constituição e processamento dessa política. Nesse sentido, a política pública não é só do Estado, visto que, para sua existência, a sociedade também exerce papel ativo e decisivo; e o termo público é muito mais abrangente do que o termo estatal. (PEREIRA, 2008, p.94)

Desse modo, segundo a autora, no termo política pública vigora a idéia da conjugação de responsabilidades entre Estado e sociedade, tendo em vista que a palavra pública, que sucede a palavra política, não é identificada exclusivamente com o Estado. Dentro desse argumento, recorre à etiologia da palavra, lembrando que a mesma tem origem no latim *res (coisa) publica (de todos)*, de forma que, em seu sentido *lato*, implica tanto a responsabilidade do Estado, quanto da sociedade. Dessa forma, a sociedade se faz presente na medida em que exerce representatividade nos processos decisórios sobre os atos e decisões do governo.

Por conseguinte, entende-se que as políticas públicas visam concretizar os direitos sociais garantidos em lei, concretização esta de responsabilidade de uma autoridade pública, sob o controle da sociedade. Ou seja, os direitos sociais só têm validade se efetivados por meio das políticas públicas. Conforme assinala Pereira (2008), as políticas sociais se constituem em um gênero de políticas públicas, sendo materializadas a partir da operacionalização de programas, projetos e serviços sociais criados e processados sob responsabilidade do Estado.

Ainda acerca das políticas públicas, Gough (*apud* PEREIRA, 2008) afirma que as mesmas devem ter como objetivo a satisfação das necessidades sociais e não das necessidades do capital. Guiam-se pelo princípio do interesse público e da soberania popular e não do interesse particular dos governantes. É por

esta razão que as políticas públicas brasileiras tiveram especial importância no período posterior à Constituição de 1988, uma vez que dizem respeito à possibilidade de concretude de uma dívida histórica do Estado em relação a seus cidadãos – tradicionalmente excluídos do acesso a bens e serviços públicos. Esse período é abordado no item que segue.

2.2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E SOCIAIS BRASILEIRAS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na perspectiva de Costa (2000), a Constituição Federal de 1988 foi a tentativa de se instituir um Estado de Direito no Brasil. Esta tentativa foi em grande parte frustrada em razão da conjuntura econômica e social que se vivenciava, haja visto que a “revolução” legal intentada com a Carta Magna ocorreu em meio a uma crise fiscal e política do Estado.

Para essa autora, a política econômica adotada pelo país na década de 1980 refletiu as pressões que o Brasil sofria por parte do grande capital, em decorrência da crise econômica desencadeada a partir do final dos anos de 1970. Ainda segundo a autora, o Brasil entrou em moratória já em 1987, agudizando ainda mais sua crise de legitimidade interna e de segurança externa. Encontrava-se pressionado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) a adotar um receituário que tinha como objetivo maior o pagamento dos juros da dívida externa, a expensas de um drástico corte dos gastos públicos, ainda que tal medida resultasse em uma conjuntura de recessão e de agravamento do quadro social interno do país.

Quando convocada a Assembléia Nacional Constituinte, responsável pela elaboração de uma nova Constituição Federal, houve uma ampla mobilização popular e diversos debates em âmbito nacional, pressionando pela instituição de um sistema de Seguridade Social (Previdência, Saúde e Assistência Social) e colocando os problemas estruturais sob o ponto de vista político-legal, na expectativa de que as mudanças constitucionais se traduzissem em mudanças na estrutura social do país. No entanto, aponta a autora que em tal conjuntura não foi possível vislumbrar as transformações econômicas que já vinham sendo operadas em âmbito mundial, nas quais a onda neoliberal já implementava sua agenda de cortes nos gastos públicos e debilitamento dos Estados Nacionais.

Assim, para a mesma autora, a Constituição Federal de 1988 nasceu num momento muito peculiar: enquanto nos Estados Unidos e países europeus a economia neoliberal articulava o fim do Estado de Bem Estar Social, no Brasil os direitos sociais apregoados na Constituição nascente tinham por perspectiva justamente a instituição de um Estado provedor, com ênfase na municipalização, descentralização do poder e na criação dos direitos sociais. Essa discrepância resultou em pressões dos grupos políticos conservadores que culpabilizaram a ampliação dos direitos sociais pelo aumento do déficit público, pela ingovernabilidade e pela inflação, reafirmando o mercado como única via para o crescimento econômico. Costa (2000, p. 168) aponta ainda que

O anacronismo do Brasil com a aprovação da Constituição Federal de 1988 logo ficou evidente: nem bem aprovada e sem regulamentar parte substancial de seus artigos, a Constituição já era alvo das reformas. Assim, a tarefa de Collor e do seu sucessor só poderia ser uma, a Reforma Constitucional e a Reforma do Aparelho do Estado.

Desta forma, conforme assinala Mioto (2008, p. 142), “o período de institucionalização dos novos marcos da proteção social brasileira coincide com o avanço da tese neoliberal do Estado Mínimo e do mercado enquanto instância reguladora da vida social, em termos mundiais” A autora destaca que esse processo impetrou um forte impacto no sistema de proteção social recém-ordenado com a Constituição Federal de 1988, uma vez que previa a redução dos investimentos estatais, particularmente na esfera das políticas públicas.

Ora, partindo do pressuposto de que tais políticas se encontravam em processo incipiente de estruturação, a política econômica neoliberal suscitou uma relação contraditória. Ao mesmo tempo em que a versão neoliberal de proteção social se estruturava, atingindo, conforme exemplifica Mioto (2008), a previdência social, com pacotes e reformas que impactaram a vida dos trabalhadores, e a assistência social, com programas e serviços pontuais e segmentados, ganhavam destaque as lutas pela implementação de políticas públicas e sociais com a previsão da participação da sociedade em todo o processo de estruturação.

É o caso, por exemplo, da luta pela implementação do Sistema Único de Saúde, com a Lei 8080/1990, que estabelece as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, e com a Lei 8142/1990 que trata da participação da comunidade na gestão do Sistema. É o caso também do Estatuto da Criança e

do Adolescente e da regulamentação de outras leis e normas operacionais com o mesmo teor (participação popular nas decisões em todas as esferas de governo).

A autora lembra que o que se verifica no Brasil a partir dos anos de 1990 é um processo de disputa entre os diferentes projetos políticos societários, nos quais a proteção social se encontra no centro da arena de disputa. Tal processo é caracterizado pela tensão existente entre a luta pela institucionalização da proteção social nos moldes dos direitos sociais preconizados na Constituição Federal e a desconstrução destes por meio da retração do Estado.

Não se excluem desta análise os avanços obtidos no que se refere à estruturação das políticas públicas. É notório, por exemplo, que a promulgação das diversas leis que regulamentaram os direitos sociais explicitados na Constituição se destacam como marcos no processo organizatório de tais políticas. Além disso, a instituição dos diversos conselhos (municipais, estaduais e nacionais), com destaque nas áreas da Saúde, Assistência Social e dos Direitos da Criança e do Adolescente, entre tantos outros, são a expressão do processo de descentralização político-administrativa das decisões em torno das mesmas.

Desta forma, é possível afirmar que a partir da Constituição de 1988 houve um avançar significativo no campo do reconhecimento e da ampliação do catálogo de direitos sociais, sendo característica predominante nesse processo o fato de ser delegada ao Estado a responsabilidade pela oferta das condições necessárias para a consolidação e acesso a esses direitos. Tal consolidação deve se dar prioritariamente por meio de políticas públicas, o que também pode ser apontado como avanço nas duas últimas décadas.

Não obstante e a despeito desses avanços, é evidente que nesses mais de vinte anos da Carta Constitucional o trato governamental oferecido às políticas públicas e sociais no que concerne à materialidade dos direitos sociais ainda está longe de alcançar os objetivos a que se destinam, tendo em vista a expressiva massa populacional excluída do acesso a serviços sociais básicos, excluídas, inclusive, da informação quanto a seus direitos. Por conseguinte, tais políticas públicas ainda se mostram incompletas ou insuficientes e, por vezes, ineficazes.

É nesse sentido que, não raro, tem sido necessária a intervenção do Poder Judiciário para que as políticas públicas e sociais sejam implantadas ou implementadas e, em decorrência, para que os direitos expressos

constitucionalmente, e posteriormente detalhados nas legislações específicas, sejam efetivamente garantidos. Assim sendo, como evidencia a análise de Zanella (2007), com o advento do Estado Social abriu-se um novo horizonte de atuação na agenda do Poder Judiciário, de tal maneira que a sociedade, partindo da premissa da promoção do bem estar social, passou a exigir mais dos tribunais no que se refere à sua atribuição de gerenciamento dessas novas tensões. Neste sentido, o autor apresenta a análise de Araújo Filho, segundo a qual

A juridificação do bem-estar social abriu caminho para novos campos de litigação, ocasionando o aumento exponencial da procura judiciária e a conseqüente explosão da litigiosidade. Várias respostas deveriam ser dadas a esse aumento significativo de conflitos. A distribuição das responsabilidades promocionais do Estado-Providência por todos os seus poderes insuflou os Tribunais ao confronto com os demais poderes, pois teria que se comprometer com a gestão da sua cota-parte de responsabilidade política, colocando em risco a relação entre independência dos Tribunais e neutralização política que caracteriza o período liberal. (ARAÚJO FILHO *apud* ZANELA, 2007, p. 83)

O autor aponta ainda que a sociedade, apresentando sinais de maior consciência acerca de seus deveres e obrigações, passou a questionar a estrutura do Poder Judiciário e a exigir cada vez mais a ampla satisfação de suas necessidades. Nesse sentido, o aumento desordenado de conflitos gerados, entre outros fatores, pela falta de segurança pública, pela desagregação do meio ambiente e pela violação dos direitos de vários segmentos populacionais (como os da criança e do adolescente, do consumidor, das pessoas com necessidades especiais, das mulheres, entre outros) permitiram o questionamento da velha estrutura estatal, exigindo que o Poder Judiciário passe a ser partícipe das realizações das políticas estatais. Complementando a idéia, Zanella (2007, p. 85) cita Leonel Severo Rocha, para quem “no Estado Social, o judiciário não é só árbitro de conflitos particulares, mas igualmente, realizador de políticas públicas visando à modificação da realidade social e econômica”.

Assim, para Zanella (2007), diante das novas exigências, o Poder Judiciário se encontra em uma crise em sua estrutura. Esta idéia é defendida por Faria (1998) ao assinalar a existência de uma divergência na estrutura judicial brasileira, não raro, incapaz de promover uma contínua avaliação de suas funções sociais.

Para esse autor, há um tabu em torno dos procedimentos formais de natureza individualista, que envolve a estrutura jurídica brasileira. Esse tabu é resultado da cultura normativista e positivista e envolve um apego aos ritos e procedimentos formais, sendo que existem segmentos profissionais dentro do Poder Judiciário que resistem em realizar interpretações mais flexíveis no que se refere aos direitos sociais. Tais segmentos, de acordo com Faria (1998), desprezam o problema atual e tradicional do Direito que é a questão da justiça, transformando os tribunais superiores em meras instâncias burocráticas de revisão de processos. Assinala ainda o autor que essa cultura jurídica adotada por muitos magistrados é resultado de uma educação e organização direcionada a uma justiça corretiva e não distributiva.

Por outro lado, o agravamento da crise econômica da década de 1990 é, para o mesmo autor, um dos fatores que vêm levando a magistratura a refletir sobre suas funções sociais. Destaca que alguns juízes de primeira instância, que atuam no interior e nas periferias das regiões metropolitanas, foram os que perceberam melhor a importância dessa reflexão, pois se defrontam mais diretamente com as conseqüências das contradições entre o sistema jurídico-positivo e a realidade social:

Eis aí, de modo esquemático, o dilema hoje enfrentado pelo Judiciário brasileiro – ao menos em suas instâncias inferiores: cobrir o fosso entre esse sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade com 40% de seus habitantes vivendo abaixo da linha de pobreza, em condições sub-humanas, na consciência de que a atividade judicial extravasa os estreitos limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade. (FARIA, 1998, p. 95)

O autor aponta ainda que houve nas últimas décadas uma expansão dos direitos humanos que, paulatinamente, foram perdendo seu sentido “liberal” originário e passaram a adquirir uma dimensão “social”. Esse processo evidenciou que pertencer a uma determinada ordem político-jurídica diz respeito a fazer jus ao reconhecimento da “condição humana”. Nesse sentido, quando as condições mínimas de dignidade humana não são efetivadas, os segmentos mais vulnerabilizados se tornam parias. Diz Faria (1998, p. 95):

Esse tem sido o grande paradoxo dos direitos humanos – e também dos direitos sociais – no Brasil: apesar de formalmente consagrados pela Constituição, em termos concretos eles quase nada valem quando os homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de “humanidade”; portanto, sem a proteção do Estado capaz de identificar as diferenças e as singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e reconhecimento.

Dentro deste contexto, cumpre destacar que não há atualmente uma única forma de interpretar a intervenção judicial quanto à presença do Estado junto às políticas públicas. Nesse campo, vêm se consolidando no meio jurídico duas grandes posições: a que se filia ao princípio do Mínimo Existencial, defendendo padrões mínimos de sobrevivência dos cidadãos, e a da Reserva do Possível, cuja premissa é o condicionamento da prestação do poder público à existência de recursos financeiros disponíveis para tal.

Mínimo Existencial, de acordo com SAES (2008), tem como objetivo evitar a perda total do acesso ao direito fundamental, obrigando o Estado a assegurar condições mínimas de existência digna à população. Em suas palavras, “visa resguardar o desenvolvimento daqueles que não podem, a caminho da sua emancipação, satisfazer sem auxílio às necessidades indispensáveis a uma existência digna” (SAES, 2008, p. 84).

Como um dos defensores desta forma de interpretação, a autora cita John Rawls, para quem há a necessidade de o governo garantir um mínimo social, por dotações familiares para atender situações excepcionais ou ainda por suplemento de renda. A autora destaca que não se pode esquecer do princípio da progressividade, que norteia a implementação dos direitos sociais e evita a redução destes tão somente ao âmbito do mínimo existencial. Este deve ser apenas o ponto de partida em busca do objetivo maior que é o progresso dos direitos sociais. Para Saes (2008, p. 86)

o ‘mínimo existencial’ é uma imposição da intangibilidade da dignidade humana e constitui – como está a indicar o seu comando semântico – o patamar mínimo aquém do qual não se pode transigir e outorgar ao legislador a liberdade de conformação. Satisfeito o „mínimo existencial“, como obrigação estatal mínima, tudo o mais consiste progresso em sede da implementação dos direitos sociais.

Já a corrente interpretativa da Reserva do Possível tem origem na jurisprudência alemã que, de acordo com Garcia (2008), sustenta o discurso de que as limitações econômicas podem interferir diretamente na prestação de serviços que garantiriam a implementação dos direitos sociais. Assim, referendou-se a idéia de que os direitos sociais e outras conquistas que requerem prestação do Estado só poderão ser efetivados perante a existência de condições econômicas favoráveis à sua aplicação.

Andreas Krell (2002), ao discutir o tema, alerta que se a efetividade dos direitos sociais for condicionada à existência de cofres públicos cheios, essa efetivação seria reduzida a zero, pois a subordinação a condicionantes econômicos os condenaria à classificação de direitos de segunda categoria. Conclui que a discussão européia sobre os limites do Estado Social não pode ser importada na íntegra para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.

A nosso ver, corre-se o risco de que o princípio da Reserva do Possível, utilizado como justificativa para a não-oferta de serviços públicos, se firme como uma espécie de “válvula de escape” para a administração pública no que se refere a não-implementação de políticas públicas garantidoras de direitos, ou se torne mais recorrente na nossa jurisprudência, o que certamente conferirá um “freio” ao crescimento de tais políticas. Treviso (2009, p.25) parece concordar com essa preocupação, acrescentando que

Essa interpretação liberal possui o perigo de reduzir a versatilidade e riqueza dos direitos humanos e, também, dos direitos fundamentais sociais. Devemos, na realidade, é propugnar para que a norma jurídica se amolde às exigências dos seres humanos. Os direitos sociais, ao contrário do que estava sendo proposto pelo liberalismo, jamais poderiam ser resumidos a meras normas positivadas no ordenamento jurídico dos Estados, dependentes de regulamentação futura.

O autor relaciona a discussão à ampla complexidade do estudo do tema da efetividade dos direitos sociais – principalmente aqueles que implicam em obrigações positivas do Estado. Estes são vistos pelo autor como vinculados a umas das questões mais complexas da contemporaneidade, uma vez que tais direitos, a despeito de serem reconhecidos em âmbito nacional e internacional, representam, para grande parte da doutrina, um valor meramente declarativo, com insuficiências no que se refere à forma de concretização de suas garantias. Relaciona ainda à

cultura predominante principalmente nos países subdesenvolvidos, qual seja, a existência de direitos sociais reconhecidos na Constituição que são apresentados como metas públicas, as chamadas normas programáticas, assim definidas:

[...] aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial - embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que dela constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos. (MIRANDA, *apud* TREVISIO, 2009, p. 26)

Partindo desse pressuposto, o autor assevera que o entendimento dominante é o de que as normas programáticas representavam um caminho que deveria ser seguido pelo legislador, ou seja, programas que seriam regulamentados num futuro não previsto, por meio de legislação infraconstitucional. Nesse sentido, essas normas representavam o que se convencionou classificar de “efeitos negativos”, isto é, o direito que o cidadão tem de não ter legislação que contradiga as garantias constitucionais, e não necessariamente a sua concretização.

Certo é que a justificativa de ausência de recursos públicos evidencia-se falaciosa quando se analisa a dimensão do montante arrecadado pelo Estado por meio de impostos. Desta forma, pensando a questão em termos genéricos, não há como justificar ausência de recursos para a aplicação em políticas públicas que garantam um padrão mínimo de qualidade de vida, de forma universal. Além disso, a garantia de políticas públicas eficazes e de qualidade é dever integral do Estado à medida que se trata, inclusive, de dívida histórica com os cidadãos brasileiros, aviltados por séculos no que se diz respeito a questões básicas de sobrevivência e de direitos.

É importante lembrar que a questão social no Brasil é historicamente enfrentada pelo Estado de forma sistemática e contínua, porém insuficiente, o que reforça a dependência das classes subalternizadas. A história não nos aponta momentos de intervenção estatal efetiva no sentido de promover a redistribuição de riqueza ou ampliação e consolidação real da cidadania a todos os segmentos da

população. Após a adesão aos ideais neoliberais (início da década de 1990), as políticas sociais foram adquirindo caráter cada vez mais ausente às massas populacionais crescentes, o que conferiu uma nova realidade para a política social brasileira: a do Estado Mínimo – fundamentalmente neoliberal – e o surgimento e fortalecimento do chamado Terceiro Setor, no qual a sociedade civil organizada vai assumindo para si a responsabilidade social conferida ao Estado, o que em muitas situações possibilita uma intervenção paternalista sobre a questão social, ao que alguns autores denominam de “refilantropização da questão social”.

A respeito de questões como a efetividade dos direitos sociais e o papel do Estado, com destaque à atuação do Poder Judiciário sob análise dos magistrados é que trata o próximo capítulo.

3 ESTADO, DIREITOS SOCIAIS E JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO SOCIAL: A OPINIÃO DOS MAGISTRADOS LONDRINESES.

Neste e no capítulo que segue serão apresentados os resultados da pesquisa por nós efetivada junto aos magistrados londrinenses, sujeitos de nossa pesquisa de campo. Como dito anteriormente, para sua concretização foram contatados os dez juízes das Varas Cíveis de Londrina, além do juiz da Vara da Infância e os três das Varas Federais. Destes, sete juízes estaduais e um federal concordaram com a participação na pesquisa, cujas entrevistas foram realizadas entre outubro e dezembro do ano de dois mil e dez. A fim de preservar a identidade dos entrevistados, os mesmos serão identificados no texto conforme a ordem cronológica de realização das entrevistas. Nessa lógica, a identificação dos sujeitos será numérica, sendo que o primeiro entrevistado será aqui chamado de “sujeito 1”, o segundo de “sujeito 2” e assim sucessivamente.

O roteiro assumido como guia para as entrevistas se encontra em anexo, cabendo destacar que o mesmo abrangia as seguintes categorias: concepções acerca de Estado e de direitos sociais; do papel da Constituição Federal de 1988 e a efetividade dos direitos sociais após sua promulgação; da judicialização da questão social, incluso os fatores condicionantes e situações mais freqüentes identificadas em cada Vara; e do papel do Judiciário na efetividade dos direitos sociais, nisso abrangido o concernente aos princípios de mínimo existencial e reserva do possível, assim como o entendimento sobre os limites do Poder Judiciário neste campo da efetividade dos direitos sociais e a visualização de alternativas para que a garantia de acesso aos direitos se efetive.

Visando uma melhor distribuição dos assuntos, os quatro primeiros serão abordados neste terceiro capítulo, ao passo que os três últimos serão objeto de discussão no quarto e último capítulo desta dissertação.

Procurou-se, na definição de tais categorias, abranger os elementos necessários para a compreensão de como os magistrados apreendem os direitos sociais e situam o papel do Judiciário para que haja a efetivação dos mesmos. Nessa perspectiva, o objetivo da pesquisa foi o de apreender e analisar o papel que os juízes que atuam nas varas Cíveis e Federais da Comarca de Londrina-PR

atribuem ao Estado, em especial ao Poder Judiciário, na garantia da efetividade dos direitos sociais.

Ainda que o resultado obtido retrate o posicionamento de uma amostra dos magistrados londrinenses, impedindo sua generalização para todos os representantes do Poder Judiciário, entendemos que faculta o apontamento de indicativos acerca do que pensa esse judiciário, de modo particular no que concerne ao campo da efetividade dos direitos sociais.

3.1 ESTADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário passa a ocupar primordial importância na efetivação dos direitos sociais, deixando de ser apenas aplicador da lei e passando a exercer papel fundamental na garantia de segurança, da ordem pública e da harmonia social. Isso se dá porque o Judiciário é integrante dos três Poderes de Estado e, nessa condição, passa a intervir na própria atividade-fim do Estado frente à omissão dos demais Poderes no que se refere às obrigações destes para com o cidadão.

Essa intervenção do Poder Judiciário diz respeito à aplicação do sistema de freios e contrapesos e da recíproca fiscalização que um Poder deve exercer sobre o outro. Passa, assim, a ter uma atuação ativa e efetivamente decisiva, uma vez que assume papel determinante na sociedade contemporânea, e, conforme Custódio (2006), assume novos contornos funcionais, colocando a figura de seus representantes, os magistrados, em um papel mais participativo.

Em consonância com as teorias tradicionais do Estado Democrático de Direito, as quais o apontam como uma instituição voltada à proteção dos membros da sociedade a partir de um corpo de leis que deve ser seguido por todos, o sujeito 1 descreve o Estado sob a seguinte perspectiva:

O Estado é justamente o agente que materializa a vontade do legislador com as necessidades da população. A população sozinha e as instituições por si têm papel importante, mas se o Estado não intervir, muitas dessas políticas vão ficar no papel. Então, o Estado tem que interferir tanto como agente que cria as situações como aquele que dá as respostas às partes interessadas, ou de organizações, associações que interferir. (Sujeito 1)

É visível neste depoimento deste sujeito o entendimento do Estado como aquele que deve atender às necessidades dos cidadãos, mediando as relações, criando e implementando as políticas públicas necessárias ao bem estar da população. Esse papel de mediador é reforçado em outra fala do entrevistado:

Embora eu não tenha uma visão paternalista, acredito que o Estado é o grande síndico. Tem que ter essa disposição de traduzir para a população o que o legislador constituinte quis. (Sujeito 1)

Com esta fala, o magistrado nos indica seu entendimento de que o Estado tem papel fundamental na viabilização do acesso aos direitos garantidos na Constituição. Na mesma linha argumentativa, o sujeito 4 reforça esse papel, sobretudo em relação àqueles cidadãos que por diversas contingências têm esse acesso limitado:

Eu acho que a Constituição de 88 tratou bem desta questão, estabelecendo quais são os direitos sociais ou direitos de segunda geração, disciplinando que certos direitos têm uma relevância social e, portanto, dependem do Estado para sua melhor aplicação em prol de todos; todos os indivíduos, sobretudo aqueles que não têm condições de, por si só, ter acesso à educação, à saúde, à previdência social e assim por diante.

Direitos sociais estes que o mesmo entrevistado definiu da seguinte forma:

Os direitos sociais são os chamados direitos de segunda geração. Ao contrário dos direitos de primeira geração, onde fica estabelecido que o Estado não deve invadir certos aspectos ligados à privacidade do indivíduo, o que seria uma intervenção negativa do Estado, nos direitos de segunda geração, os direitos de prestação social estabelecem atividades, tarefas ou obrigações por parte do Estado, como saúde, educação, segurança pública.... (sujeito 4)

Dessa forma, este sujeito detém uma perspectiva convergente com aquela análise de Paulo Bonavides (2003) já exposta, quando este se refere ao Estado como um artífice fundamental para que os direitos de segunda geração sejam implementados. Essa primazia do Estado na implementação dos direitos sociais se dá porque esses direitos dizem respeito a uma liberdade “objetivada” que

requer, nas palavras do autor, realização concreta e cujos pressupostos devem ser criados por esse Estado.

À exceção do sujeito 3, todos os demais entrevistados compartilham deste posicionamento de que o Estado é garantidor de todos os direitos e para todos. No tocante a este sujeito 3, ao discutir sobre a intervenção do Estado na garantia e efetividade dos direitos sociais, demonstra ressalvas em relação ao limite dessa intervenção. Desse modo, seu posicionamento indica uma aproximação ao discurso liberal, demonstrando certa preocupação com a perda das liberdades individuais que, nesse ponto de vista, devem ser priorizadas. É, portanto, contrário à interferência do Estado nas relações sociais, apresentando uma perspectiva de Estado divergente da defendida pelos sujeitos 1 e 4. Em sua opinião,

Tem que ter um meio termo. O Estado tem que intervir sim, para evitar o retorno ao que era lá nos séculos anteriores, em que realmente só as pessoas que tinham uma boa condição financeira é que tinham direitos. E aí, quaisquer direitos, mas os outros não tinham direito nenhum. Mas também não podemos chegar a um estágio – que nós já tivemos no mundo - em que o Estado interfere em tudo. O Estado precisa intervir, sim, para garantir que todos tenham os direitos sociais garantidos, mas também não pode interferir a ponto suprimir direitos individuais, como já aconteceu em países do leste europeu, onde as pessoas não tinham o direito de decidir onde passar as férias, por exemplo, porque não podiam sair do bloco europeu. Então, assim o Estado interfere muito, a ponto de cercear o direito privado. (Sujeito 3)

Tal posicionamento remete ao pensamento de Norberto Bobbio (1992) quando este reflete acerca do que chama de “concorrência” entre os próprios direitos considerados fundamentais. Esse processo gerou uma incompatibilidade entre “liberdade” e “poderes” no âmbito dos direitos humanos, entendendo por liberdade os direitos que se concretizam na medida em que o Estado não intervém e, como poderes, os direitos que necessitam da intervenção do Estado para sua efetivação. Para o autor, com o avançar do reconhecimento das gerações de direitos houve um processo natural de incompatibilização na esfera desses direitos, uma vez que foram reconhecidos direitos cuja proteção não pode ser concedida sem a restrição ou suspensão de outros. Segue afirmando que as sociedades, no ato concreto, real, são mais livres na medida em que se configuram em menos justas e, mais justas, na proporção em que se apresentam menos livres. Nesse sentido, prossegue, liberdades e poderes são incompatíveis:

Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar. (BOBBIO 2002, p. 20)

De acordo com essa análise, a distinção entre os dois tipos de direitos humanos (expressos em “liberdades” – direitos individuais tradicionais e “poderes” – direitos sociais) se reflete no plano teórico por meio de duas concepções divergentes de direitos: a liberal e a social.

Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas. Como afirma Bobbio (2002), são antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral de outros.

Se em um primeiro momento o sujeito 3 defende uma não interferência do Estado em prol da preservação das liberdades individuais, em um segundo momento converge seu discurso em favor da intervenção do Estado na garantia da igualdade:

A pessoa na iniciativa privada, como é bem sucedida, realmente precisa muito pouco do Estado. Aí, para essas pessoas, o Estado não precisaria intervir muito. O Estado deveria intervir obrigatoriamente para garantir a igualdade, justamente com aquelas pessoas que não tem condições.

Como se vê, este sujeito apresenta uma concepção de intervenção do Estado voltada exclusivamente para a população excluída dos bens de consumo. Exemplifica apontando a saúde como um direito que “o governo deveria intervir para garantir essa igualdade”. Segundo ele, as pessoas que tem plano de saúde privado e que “podem pagar hospitais de ponta não precisam do Estado”, de sorte que a intervenção deveria ocorrer apenas para que as pessoas que não podem pagar tenham o mesmo tratamento de ponta que o cidadão que procura os serviços privados. Desse modo, é possível observar nuances liberais no discurso do entrevistado, na medida em que estabelece uma cisão clara entre a população

usuária potencial do Sistema Único de Saúde e a usuária do sistema complementar ou privado de saúde.

Tal discurso, na prática, consolida a idéia de divisão de classes, ao entender que existem sistemas de saúde divididos entre a proteção do rico e a proteção do pobre, contrariando o princípio básico do sistema de saúde brasileiro que é o da universalidade. É questionável também a concepção de que apenas os serviços privados de saúde ofereçam “tratamentos de ponta”. O Sistema Único de Saúde – ressalvadas as falhas e a incompletude, principalmente no que se refere à atenção básica – apresenta atualmente serviços e tratamentos de média e alta complexidade, inclusive alguns que não são cobertos pelos planos privados de saúde. É o caso, por exemplo, dos transplantes de órgãos e do fornecimento de medicamentos de alto custo.

Já na perspectiva do sujeito 6, o direito constitucional brasileiro vive na atualidade um outro dilema que permeia a questão da efetividade dos direitos sociais. Ao mesmo tempo em que se fazem imprescindíveis os direitos sociais e garantias constitucionais num país como o Brasil, cuja desigualdade social atinge proporções estratosféricas, tem-se a impressão de que, mais uma vez, o país está “nadando contra a correnteza”. Isso se dá porque, uma vez que o direito constitucional brasileiro é baseado no constitucionalismo europeu, verifica-se que os países nos quais se baseou vêm mudando significativamente sua forma de pensar a concretização dos direitos sociais, o que coloca em questão o papel do Estado na efetividade de tais direitos. Além disso, prossegue, uma peculiaridade do Brasil em relação aos países europeus diz respeito ao capital especulativo que gera, aprofunda e consolida a desigualdade, fazendo-se necessária a existência de aparatos legais que protejam as necessidades básicas dos cidadãos brasileiros. Em suas palavras:

Eu acho que é importante, num país que tem muitas carências, num país em que o capital estrangeiro vem mais como aspecto especulativo. Muitas indústrias se instalaram, muitas indústrias geram empregos, mas muito capital ainda vem só para explorar os valores de Bolsa, o mercado de juros brasileiros. Então, eu acho que é preciso uma certa proteção aos indivíduos, dos direitos sociais e o local apropriado para isso é a Constituição. (Sujeito 6)

Neste depoimento, o entrevistado menciona um elemento importante na discussão sobre a efetividade dos direitos sociais que já havia sido pontuado por outros pesquisados: a existência de uma constituição que garanta proteção aos indivíduos.

No que concerne ao potencial da atual Constituição brasileira em garantir a efetividade dos direitos sociais e, portanto, mudar a realidade de exclusão social arraigada no contexto brasileiro, todos os entrevistados declararam acreditar que a garantia constitucional dos direitos sociais oferece, de fato, a possibilidade de ocasionar mudanças e minimizar o quadro de desigualdade social do país. O seguinte depoimento do sujeito 4 é ilustrativo deste posicionamento:

Então, eu penso que da forma com que a Constituição previu, selecionou e elegeu quais são os direitos sociais, ela foi bem. E há uma tendência até de aumentar: o direito à cultura, o direito à moradia [...]. (Sujeito 4)

Essa tendência de ampliação também é mencionada pelo sujeito 6 que defende a idéia de que a Constituição já tem avançado na efetivação dos direitos nela expressos desde sua promulgação. Por outro lado, para ele o Brasil vivencia um momento marcado por uma campanha que prega que o país nunca esteve tão bom como na atualidade – uma campanha, em sua opinião, com viés marcadamente político-partidário, obscurecendo o contributo da Constituição:

Mas eu tenho dúvidas se ele nunca foi tão bom como agora só pelo que o governo atual fez. Eu acho que isso é um processo que já vem de décadas. Nenhuma transformação ocorre em menos de décadas, isso não existe, é impossível. Essa transformação vem desde a constituição. Se nós falamos na Constituição de proteção aos direitos sociais, quando se pensa que se criou uma bolsa permitindo que as famílias tivessem uma renda mínima para que as crianças fossem à escola, isso não veio de agora, ela veio depois da Constituição e eu acho que isso é uma forma de começar uma transformação social. É obvio que agora nós temos que passar por uma segunda etapa, não só ir à escola, mas ter uma escola de qualidade. E onde é que eu posso buscar que o indivíduo, que o cidadão reclamar uma escola de qualidade? Eu acho que ela vai passar pelas proteções e pelas garantias que estão lá na Constituição. (Sujeito 6)

Relativizando essa centralidade atribuída à Constituição por este entrevistado, o sujeito 5 faz ponderações quanto ao potencial da mesma em proporcionar mudanças no quadro social do país. Inicia sua fala afirmando que, na

qualidade de mera regra escrita, digitalizada e impressa, a Constituição Federal não tem o potencial de proporcionar mudanças no quadro de desigualdade social brasileiro. O mesmo ocorre, em sua opinião, se as garantias sociais previstas na Carta Magna são utilizadas como mecanismos de manutenção de massas, em discursos vazios cujo objetivo é a manutenção do *status quo* e manobras políticas. Nesses casos,

ao contrário de reduzir os quadros de desigualdade, pode gerar mais desigualdade e pode gerar uma animosidade tremenda entre eventuais classes. Porque você tem uma classe que não se importa, que tudo faz para manter seus benefícios, que é a classe extremamente rica da nação, que ninguém tem coragem de mexer; [por outro lado você tem] uma classe B, C e um pouquinho da D que está entorpecida com o carpe diem⁵, com o corpo perfeito, com as facilidades e licenciosidades da programação de televisão, [...] Então, eu acredito que como regra posta, jamais. Como está sendo aplicada, além de fazer essa redução das desigualdades de forma ineficiente, pode criar uma animosidade.

Como se observa, a análise desse magistrado parte da presença na realidade brasileira de segmentos de classe, dentre os quais apenas um que estaria em uma situação confortável, haja vista sua posição sócio-econômica. Os demais, em sua opinião, estariam entorpecidos, já que, nos últimos anos, tiveram acesso muito mais facilitado ao crédito, gerando uma falsa sensação de ascensão social. Essa sensação é falsa porque que a facilidade de crédito não foi acompanhada de um aumento na renda real dessa população, o que, em curto prazo, poderá gerar um superendividamento. Na opinião do entrevistado, quando essa população sair desse “entorpecimento” e passar a sentir os efeitos do superendividamento, poderá ocorrer uma animosidade entre classes sociais no Brasil, na medida em que os segmentos mais empobrecidos da população poderão se dar conta da real relação de desigualdade social. Em suas palavras, isso pode ocorrer quando

eles se conscientizarem da pior forma de que estão superendividados e carregam a nação, porque os seus holerites são efetivamente tributados. Ninguém tributa a população rica e a população extremamente rica não participa dos ônus que as classes alta, média e média baixa têm para trazer da exclusão absoluta as classes em situação de extrema pobreza. Então, eu acredito que tem que haver uma reformulação política. As reformulações monetárias,

⁵ Do latim: aproveite o momento.

as reformulações econômicas já foram realizadas. O Brasil precisa agora é de reformulações políticas e tributárias. (Sujeito 5)

Dessa forma, este magistrado alerta que, apesar do potencial positivo da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais não vêm recebendo da parte do Estado o reconhecimento e cuidados necessários à efetivação, numa perspectiva classificada pelo mesmo de irresponsável e não isonômica. Em razão desse não-compromisso estatal em relação aos direitos e garantias fundamentais, o Brasil tem caminhado para uma possível e severa crise interna, desencadeada pelo fosso de desigualdade cada vez mais profundo.

Reflexão semelhante é realizada por Hannah Arendt (*apud* DEJOURS, 1999) ao discutir a crise da república, em 1969. Para ela, a fúria não é uma reação automática diante da miséria e do sofrimento em si mesmos, tampouco se refere a situações inevitáveis como uma doença incurável, um tremor de terra ou uma conjuntura que parece impossível de ser modificada. Na perspectiva da autora, a fúria acontece somente quando há razões para acreditar que tais condições poderiam ser mudadas e não o são. O ser humano só manifesta indignação ou reação de fúria quando seu senso de justiça é subestimado.

Coerentemente com isso, para o sujeito 5 o primeiro passo para que se previna tal crise seria a adoção de reformas políticas e tributárias, de modo que o Estado brasileiro possa oferecer uma distribuição mais eqüitativa de renda e uma tributação mais isonômica. Esse seria, a seu ver, o primeiro passo em direção à realização dos compromissos constitucionais apregoados no artigo 3º da Constituição Federal brasileira sob a forma de “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, quais sejam:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 - II - garantir o desenvolvimento nacional;
 - III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 - IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
- (BRASIL, 2008)

Como se observa, a posicionamento expresso pelo sujeito 5 nestes depoimentos acima expostos já não remetem propriamente ao potencial da Constituição de 1988 em proporcionar mudanças no quadro social do país, em

particular no tocante à garantia dos direitos sociais. Extrapola esse âmbito, em relação ao qual não se observa divergências de monta dentre os magistrados, para abranger outro aspecto da questão: a efetivação dos direitos sociais garantidos constitucionalmente. Sobre isso os posicionamentos não se mostram tão convergentes como demonstrado no item que segue.

3.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS SOCIAIS

Como mencionado, no que se refere à opinião dos magistrados quanto à efetividade dos direitos sociais no contexto brasileiro, ou seja, não mais quanto ao potencial, mas em que medida esses direitos vem sendo concretizados a partir da garantia constitucional, houve posicionamentos bastante diferenciados. Há os que consideram que o Brasil já vivencia mudanças sociais significativas, provocadas pela própria Constituição, como mostra os depoimentos abaixo dos sujeitos 1 e 2. O primeiro afirma que embora tais direitos estejam sendo efetivados em um grau muito inferior ao ideal e que o Brasil tem potencial para avançar muito mais em matéria de direitos sociais, não é possível negar os avanços obtidos nessa seara ao longo das últimas décadas:

Mas não podemos restringir demais os avanços. São poucos, mas seria pior se houvesse retrocessos [...] Eu penso que houve avanços sim e que esses avanços têm que ser reconhecidos. Isso independente de ideologia partidária (Sujeito 1)

Sim [os direitos tem sido concretizados]. Claro que dentro da nossa realidade. Nós somos um país pobre, de terceiro mundo, em desenvolvimento, conforme se quer classificar. Mas há políticas sociais, tanto a nível de município, de Estado, da União, não é? São vários programas que atendem à população. (Sujeito 2)

Na opinião dos entrevistados, é inegável que a Constituição de 1988 trouxe avanços e que os mesmos tem se refletido, por exemplo, na melhoria de renda da população e em um crescente acesso à educação. O sujeito 2 complementa afirmando que até se pode discordar da atual política educacional, mas o acesso a ela tem aumentado, o que pode ser observado pelos índices de redução do analfabetismo. No entanto, lembra, o processo é mais lento do que

deveria ser. Conclui que tanto o poder Executivo, quanto o Legislativo e o Judiciário têm se empenhado para implementar os direitos sociais:

Talvez não na velocidade e não na extensão que fosse desejável, mas aí é aquela discussão de se compatibilizar isso com o que é possível e o que é preciso ser feito. (Sujeito 2)

Já os sujeitos 3 e 7 consideram que o que se vivencia é um meio-termo, sendo que, nesse sentido, há um trato deficitário e insuficiente por parte do Estado no que se refere à efetivação dos direitos sociais. Na opinião do sujeito 3, há um movimento de efetivação dos direitos sociais que classifica como “bem mais ou menos”, acrescentando a necessidade de se conhecer as políticas de proteção social de outros países e avaliar a importação de idéias à realidade brasileira:

Deixa-se muito a desejar. [...] Agora, eu acho – nem sei se é por aí – que falta olhar o exemplo externo, o que funciona lá fora. Às vezes, não precisa criar nada novo aqui, vamos olhar lá fora, o que funcionou, o que não funcionou... Quando a gente estuda a Constituição é muito bonito, no plano ideal, mas no plano prático é bem diferente. Aqui a prática é muito diferente da ideologia. (sujeito 3)

Na perspectiva de que a necessidade de ampliação da garantia de direitos supera os avanços, o sujeito 7 manifesta a seguinte opinião:

Houve avanços, mas há muito que se fazer ainda. Se a gente for analisar dentro da Saúde, da Previdência, alguns avanços já foram obtidos, sem dúvida nenhuma. Mas ainda há muito o que ser feito. Se a gente for tratar, por exemplo, da questão salarial, dos direitos e garantias vinculados ao trabalhador, no Brasil nós ainda temos trabalho escravo! Gente trabalhando por um prato de comida! Nacionais e estrangeiros, que chegam no Brasil e se submetem a essas situações degradantes! Muito se foi feito? Foi feito, mas há muito mais a ser desenvolvido. (Sujeito 7)

É possível identificar na fala dos entrevistados uma convergência de pensamento no sentido de que ainda há um grande caminho a ser percorrido para que o Brasil se aproxime do ideal de acesso a direitos sociais preconizado na Carta Magna. Ideal esse que prevê a existência de um Estado provedor, que garanta a igualdade material de seus cidadãos. Os entrevistados apontam ainda que a

insuficiência e ineficiência da concretização desses direitos é a principal característica brasileira na contemporaneidade.

É possível identificar também posicionamentos que alegam que políticas públicas, como a de Assistência Social, desenvolvidas com a finalidade de superação ou amenização das desigualdades, vêm sendo efetivadas de maneira caricata, bastante distante do ideal pugnado no Estado de Bem Estar Social e, portanto, incapazes de atingir os objetivos a que se propõem. O seguinte depoimento do sujeito 4 é ilustrativo disso:

Eu acho que eles são efetivados de maneira – quando muito – razoável. [...] Então, pela experiência que eu tenho como juiz e pelo que eu vejo aqui como cidadão, nós ainda estamos muito longe de um Estado que concretiza os direitos sociais previstos na Constituição. Não tenho nem dúvidas; não tem nem o que falar.

Na mesma perspectiva, o sujeito 5 apresentou uma forte crítica à configuração que a Política de Assistência Social brasileira tomou ao longo da história. Lembra ele a importância do avanço social que foi a inscrição dessa política pública na Carta Magna, inserida no tripé da Seguridade Social, outrora relegada à condição de caridade, e não de direito. No entanto, no cotidiano, tal política acabou se tornando instrumento de manipulação das massas excluídas do acesso à renda e ao consumo:

De modo insuficiente, [processo de concretização dos direitos sociais da parte do Estado brasileiro após a Constituição de 1988] para manutenção de massas e sem a cobrança devida de ações do indivíduo, de per si, para que ele se inclua e se torne independente do Estado. Assistencialismo cego não é Estado de Bem Estar Social. A gente não pode importar políticas de assistencialismo cego, sem cobrança de atitude por parte dos cidadãos, que têm a sua responsabilidade para com a nação brasileira (Sujeito 5)

Análise semelhante realiza Ana Elizabete Mota (2008). Na obra “O Mito da Assistência Social”, a autora argumenta que as políticas que integram o sistema de seguridade social brasileiro adquiriram uma posição perversa na qual conformam uma unidade contraditória: avançam na mercantilização e privatização das políticas de saúde e previdência, restringindo o acesso e os benefícios que lhe são próprios, ao mesmo tempo em que a assistência social se amplia como política social não contributiva e transforma-se num novo fetiche de enfrentamento à

desigualdade social, ganhando contornos de principal mecanismo de proteção social do Brasil.

Exemplo dessa condição reside no fato de que a assistência social tem se expandido ao passo que a saúde e a previdência têm sido vinculadas à condicionalidades cada vez mais restritivas (apesar do caráter universal instituído à política de saúde na Constituição de 1988). Isso tudo com base no argumento do crescimento da pobreza e da impossibilidade de equilíbrio financeiro da saúde e da previdência. Essa conjuntura culmina na expansão dos sistemas privados complementares (planos de saúde e previdência complementar).

Sob esse ângulo, a autora destaca que não se pode negar que a Assistência Social tem adquirido mecanismos que lhe conferiram avanços significativos, como é o caso da implantação do Sistema Único de Assistência Social que vem ordenando as ações dessa política. No entanto, essa mesma política vem privilegiando os programas de transferência de renda, destinando a eles a maioria absoluta dos recursos a ela inerentes, em detrimento de ações de proteção social que devem ser coletivamente executadas, por meio dos CRAS (Centros de Referência da Assistência Social) e dos CREAS (Centros de Referência Especializada de Assistência Social). Como resultado, aponta a autora, essa nova engenharia da Assistência Social brasileira acaba por subtrair direitos de outras frações da classe trabalhadora.

Apoiando este entendimento, José Paulo Netto, no discurso de apresentação da referida obra de Mota (2008), se refere ao “mito da assistência”, ou seja, o trato efetivo da Assistência Social figurando-a como alternativa corretora da questão social, como estratégia funcional à orientação contemporânea do grande capital. Para ele, o objetivo explícito é estabelecer as bases para um novo clientelismo – campo fértil para todas as implicações eleitoreiras daí derivadas.

Parecendo adotar a mesma linha de raciocínio desses autores, dois entrevistados apontam como possível alternativa que o Estado brasileiro leve em consideração as experiências de outros países. No entanto, apresentam uma divergência interna quando ao grau dessa consideração. Ou seja, o sujeito 3 exorta o Estado a tomar como base para a implementação de políticas de proteção social os exemplos estrangeiros que obtiveram sucesso, ao passo que o entrevistado 5 alerta para o risco de uma simples transposição desses exemplos.

Na opinião deste último, o problema não será resolvido se o que acontecer forem simples cópias estrangeiras, sem que sejam feitos estudos rigorosos da realidade e demandas locais, com vistas à implementação de políticas de cunho universalista, integrador e emancipador. Tais cuidados são, segundo o entrevistado, indispensáveis para a consolidação da cidadania que se dá a partir do momento em que os indivíduos, além do acesso a políticas públicas e serviços de qualidade, tenham consciência da importância de seu papel na consolidação de uma sociedade mais justa e passem a contribuir para o crescimento da nação. Essa é, portanto, uma perspectiva que se alinha à relação de direitos e democracia, que se constitui num dos principais pilares do Estado Democrático de Direito.

3.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO SOCIAL

O fenômeno da judicialização da questão social tem se tornado recorrente, de modo particular com o advento dos direitos sociais na atual Constituição Federal brasileira. Denominado por alguns juristas, entre eles, Esteves (2007), como judicialização dos conflitos sociais, diz respeito à procura dos cidadãos pelo Poder Judiciário quando da não-oferta ou oferta insuficiente e ineficaz de serviços públicos no que concerne à efetividade dos direitos sociais preconizados na Carta Magna e legislações infraconstitucionais.

Aguinsky e Alencastro (2006) classificam o fenômeno como uma tendência cada vez mais crescente na construção de respostas às desigualdades sociais e à necessidade de efetivação dos direitos, que vê no Poder Judiciário uma institucionalidade privilegiada – muitas vezes em detrimento aos demais poderes – em relação ao compromisso do Estado com as demandas de direitos da população. Como expressam Aguinsky e Alencastro (2006, p. 21), este “fenômeno caracteriza-se pela transferência, para o Poder Judiciário, da responsabilidade de promover o enfrentamento à questão social, na perspectiva de efetivação dos direitos humanos”

Para tratamento do assunto, as autoras recorrem à análise de Luiz Werneck Vianna o qual aponta que, após a deslegitimação⁶ do Estado como

⁶ O termo “deslegitimação do Estado” refere-se à prática do conceito neoliberal de Estado Mínimo que, como já exposto, se traduz na minimização da interferência estatal no que se refere ao trato da questão social e maximização da presença do Estado na economia. Em termos práticos, se reflete na precarização de serviços sociais públicos e na conseqüente não-efetividade dos direitos sociais estatuídos.

instrumento de proteção social, a sociedade civil, especialmente os setores mais pobres e desprotegidos, tem procurado encontrar no judiciário um substitutivo para suas expectativas de direitos e de aquisição de cidadania.

Sobre a questão, observou-se que os magistrados compartilham do mesmo entendimento de judicialização apresentado pelos autores acima. A partir desse entendimento, os entrevistados passaram a elencar os fatores que, na opinião dos mesmos, geram a judicialização da questão social, tomando como referência as situações mais freqüentes detectáveis em suas varas de atuação.

Para o sujeito 5 e sujeito 3, como demonstrado nos depoimentos abaixo, as falhas do poder público são consideradas como a principal razão geradora da necessidade de que o cidadão recorra ao Poder Judiciário na esperança de ter sua demanda social atendida.

Além de todos os desvios possíveis e da falta de ética do administrador público brasileiro, que é um câncer – a corrupção está impregnada na administração pública brasileira -, eu gostaria de dizer que é a inércia na reforma política. (Sujeito 5)

Dá para resumir a uma falha do poder público naquilo que o cidadão está precisando. E a pessoa se sente desamparada, porque precisa daquilo e tem direito de pelo menos tentar. Mas seria por essa questão: a falha do poder público. (Sujeito 3)

O sentimento de desamparo referido pelo sujeito 3 é mencionado por Dejours (1999) que afirma que dele resulta um sofrimento tal que pode levar a pessoa à doença física ou até mesmo mental. O desemprego, a pobreza e a exclusão social provocam uma sensação de injustiça que, em sendo recorrente, conduz a um ataque, à perda de identidade. Daí a importância atribuída ao Poder Judiciário como recurso que confere esperança a seus demandatários; a esperança de que tais injustiças sejam sanadas ou amenizadas.

Outro fator destacado pelos entrevistados, diz respeito a um “despertar” da população em relação a seus direitos.

Também são vários fatores. Não deixa de ser um ponto positivo, porque demonstra uma certa conscientização de que existem direitos, de que as partes têm direitos e que elas podem fazer esses direitos valerem ou ter uma expectativa disso, coisa que há algumas décadas não existia. (Sujeito 4)

Esse “despertar da população” foi atribuído basicamente ao acesso à informação. Na opinião do sujeito 6, o papel da mídia é o principal fator relacionado, uma vez que vem contribuindo na divulgação de informações sobre direitos e efetuando campanhas de cidadania. Para ele, embora o brasileiro ainda não tenha adquirido e desenvolvido o hábito da leitura, a maioria da população ouve rádio e quase todos vêem televisão, dois canais importantes para acesso a tais informações.

Acrescenta ainda que a própria magistratura têm contribuído com a divulgação de informações de cidadania, na medida em que nos últimos anos vem promovendo diversas campanhas temáticas (por exemplo, em favor da adoção tardia, da conciliação, entre outros). O sujeito 7 concorda com essa perspectiva, o que fica evidente no seguinte depoimento:

Eu acho que a tendência é de aumentar a busca do Judiciário na efetivação desses direitos. De qualquer direito social, porque, primeiro, a questão está ligada à instrução, à informação, o que não havia antes. O cidadão não obtinha acesso às informações, ou, se obtinha, não sabia de que modo postular. Hoje a informação – e daí a necessidade de termos uma imprensa realmente livre – chega ao cidadão. E quando chega até ele, ele se identifica com a causa, com a situação, ou então ele reconhece alguém próximo a ele que tenha correlação com aquela situação. E ele busca, então, através do Poder Judiciário, a efetivação desses direitos. Pela descrença que muitas vezes ocorre nos setores políticos, no Estado, e algum resgate de crença no Judiciário. Isso tudo é cidadania. O aumento da demanda judicial é tirar do represamento – que são as demandas reprimidas – ou tirar da marginalização o cidadão que não tinha acesso à justiça e trazê-lo para aqui dentro da Justiça. E quanto maior for o acesso à informação, maior será o número de demandas com esse tipo de fundamento. Porque o cidadão realmente está interessado em tornar efetivo esse direito que já está assegurado há mais de vinte anos lá na Constituição. Então a tendência é aumentar (Sujeito 7)

Por sua vez, quatro entrevistados apresentaram o crescimento do número de advogados como um elemento que tem contribuído para o referido “despertar” da população:

Nós temos as ações individuais, e aí sim, há um despertar da população, através dos advogados, também, que é possível conquistar esses direitos através de ações judiciais. (Sujeito 2)

Outro fator [é] o aumento do número de faculdades, o aumento do número de advogados, a disseminação desses profissionais, que acabam mantendo contato, divulgam e também contribuem. E os precedentes do judiciário, abertos em um outro caso, que acaba gerando uma disseminação da informação e acaba gerando uma disseminação de “eu também vou ingressar”. (Sujeito 4)

Na perspectiva desses entrevistados, a intervenção dos advogados aparece como um fator positivo, na condição de agente multiplicador dessa “consciência” da população de que se têm direitos. Por outro lado, os sujeitos 1 e 5 tem uma visão menos otimista desse papel desempenhado pelos advogados, relacionando o aumento do volume de ações por eles impetradas a uma relação mercadológica com a justiça:

Vejo duas razões principais: primeiro, o grande número de advogados. Hoje a gente têm muitos, milhares de advogados para tudo. É um campo que se disseminou, então, eu não diria que é uma indústria, mas qualquer fixação de honorários interessa (400, 500, 600 reais...) [...] O que se quer dizer com isso é que você pode pedir o remédio na Regional de Saúde. Se a Regional nega, você entra com um mandado de segurança, mas você não precisa ir à Regional de Saúde, você pode entrar direto na justiça. Essa situação os advogados não tratam tentando resolver, eles tratam já entrando na justiça. (Sujeito 1)

Essa avalanche de ações de exercício da cidadania também é reflexo do número exacerbado de advogados, que ingressam no mercado de trabalho por universidades qualificadas e outras nem tanto, e que precisam buscar nichos. Há uma outra distorção que é a visão mercadológica da advocacia – hoje a advocacia é mercado. Então, tudo isso tem contribuído para a avalanche de ações no Judiciário, mas, macrocosmicamente, o brasileiro aprendeu a exercer sua cidadania e a buscar os seus direitos. (Sujeito 5)

A reflexão desses entrevistados traz à tona o seguinte questionamento: estaria a população brasileira realmente “despertando” para uma maior consciência de seus direitos e se instrumentalizando para reivindicá-los? A intervenção dos advogados, que apareceu em cinquenta por cento das entrevistas, ao que parece, indica justamente o contrário: que os cidadãos ainda não têm informações suficientes acerca de seus direitos e de como reivindicá-los, recorrendo à figura do advogado que, como explicitou o sujeito 1, não raras vezes, opta pela intervenção judicial em detrimento a outras formas de resolução dos conflitos, como por meio da própria administração pública ou via conciliação. Outra questão não

menos relevante reside na própria estrutura do sistema de justiça brasileiro que institui uma diversidade de ritos que exigem a intervenção desse profissional, reforçando a necessidade de que o cidadão se utilize de seus serviços na tentativa de obter acesso a direitos.

Outro aspecto apontado pelo sujeito 1 refere-se à imagem que o Judiciário desempenha no imaginário coletivo como última instância, aquela que oferece a resposta definitiva para os conflitos:

E a segunda, que tem o lado bom e o lado ruim, é o respeito e a confiança que as pessoas têm na gente. Embora tenha caído muito no conceito, mas as pessoas confiam: “se o juiz decidiu, não tem como eu não receber”. Então, soma-se um fator, que é o grande número de advogados e outro fator que é a confiança na justiça, leva ao que você chama de judicialização da questão social. Porque as políticas públicas, embora estejam sendo implementadas nos municípios, Estados e tal, ainda não é tão veloz quanto a justiça, que é morosa. Então, veja como é que é a situação: a justiça já é morosa, mas mesmo assim é um recurso, porque hoje nós temos remédios, nós temos liminares, que é uma decisão mais rápida e manda fazer, e acaba sendo mais rápida do que qualquer programa social ou qualquer tentativa de implementar isso na via administrativa ou na via pública mesmo. (Sujeito 1)

É perceptível neste depoimento do sujeito 1 a presença de dois elementos. Um deles é o poder que emana da própria divisão de poderes e o papel de “árbitro” atribuído ao judiciário – essa função na relação com os demais poderes lhe confere esse poder. O segundo elemento diz respeito ao depoimento desse entrevistado quanto aos termos de respeito e confiança. Tais termos relacionam-se ao imaginário social que visualiza o Poder Judiciário como o único poder que funciona e o juiz como a pessoa que irá resolver os problemas. Relaciona-se ainda à esperança de que, através do judiciário, se obterá justiça e esta será inquestionável.

Outra situação presente no referido depoimento diz respeito à morosidade das políticas públicas, tanto na implementação quanto na atualização do atendimento às demandas. Essa morosidade passa, em realidade, pela vontade e compromisso político dos governantes e, ao mesmo tempo, pela ausência ou insuficiência de pressão popular para que sejam adotadas as medidas efetivas de cumprimento do que está taxativamente previsto na lei.

Essa conjuntura reforça a sensação de que a política social brasileira na contemporaneidade parece não primar pelo universalismo – outrora

vigente em diversos modelos de Estado de Bem Estar Social e previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988. O que se percebe é um atual universalismo *contido*, direcionado não para toda a população, mas para determinados grupos ou indivíduos, com uma cobertura de programas parciais e compensatórios observados por Pereira (2009). Na prática, isso pouco ou nada contribui para a consolidação dos direitos sociais – aqueles que previam uma minimização das desigualdades, mas exercem efeitos disciplinadores sobre as camadas mais empobrecidas da população, além de naturalizar e banalizar a precariedade, a pobreza e a exclusão.

É certo que no Brasil, historicamente, as políticas sociais são emergenciais, fragmentadas e pontuais. As políticas de saúde, de assistência social e de previdência – que legalmente formam um sistema de proteção social integrado – na prática são desconexas e não formam um todo organizado que prime pelo bem estar e segurança social dos que delas fazem uso. Estendendo a análise para outras políticas de proteção, como a de educação, a de habitação e a de segurança, percebe-se um grande abismo entre o ideal de proteção social e a realidade. A imagem que se visualiza é de uma figura disforme, que se distancia em muito de uma rede de proteção, mas inserida em uma intervenção estatal no campo econômico e social cuja dinâmica depende das condições do momento.

Outro possível fator gerador da judicialização, desta feita apontado pelo sujeito 2, diz respeito à atuação do Ministério Público que, a partir da Constituição de 1988, ganhou novos contornos, passando a atuar de maneira proativa, incitando a sociedade para uma postura mais reivindicatória de direitos:

Primeiro, a atuação do Ministério Público, que cada vez mais deixa de intervir nos processos como mero guardião de interesses de menores, de incapazes e passa a ser parte, passa a atuar, a tomar iniciativas nos processos. A atuação do Ministério Público é muito mais voltada a ele ingressar com ações do que simplesmente zelar pelo andamento de ações propostas por particulares. (Sujeito 2)

A discussão de Ribeiro (2008) parece se coadunar com a afirmativa do sujeito 2 ao enfatizar as alterações que a Constituição de 1988 promoveu em relação ao Ministério Público. Lembra que, antes, essa era uma instituição que atuava eminentemente promovendo acusações criminais e na fiscalização e garantia da aplicação correta da lei, e que o novo texto constitucional lhe conferiu a possibilidade de agir sobre causas coletivas e sociais. Além disso, lembra a autora, a

carta constitucional ampliou a esfera de atuação do Ministério Público, tornando-o mais autônomo, com poderes para agir e investigar. É desse modo que seu objeto de ação passou a ser

a defesa dos interesses que a lei considera indisponíveis, como o direito à saúde, à educação, à vida, entre outros. Assim, é comum entre os autores da área comentarem que, onde houver violação de interesses sociais e interesses individuais indisponíveis, requer-se a ação do Ministério Público. (RIBEIRO, 2008, p. 52-53).

Todos os depoimentos acima expostos convergem para uma situação comum: a de que as demandas postas ao Poder Judiciário para intervenção na resolução de conflitos sociais vêm aumentando exponencialmente ano a ano, dia a dia. Foi possível verificar na fala de alguns entrevistados, como se observa acima, a ocorrência de magistrados que vêem essa procura como um fator positivo, que demonstraria um “amadurecimento” da sociedade no que se refere à noção de seus direitos e à iniciativa de requerê-los judicialmente quando as demais instâncias do Estado não o fazem.

Expressando ou não esse “amadurecimento”, os magistrados se deparam cotidianamente com demandas que traduzem concretamente o aumento exponencial que verbalizaram em seus depoimentos, demandas essas que, como demonstramos a seguir, são comuns na realidade de todas as Varas.

3.3.1 As Situações Mais Frequentes de Judicialização da Questão Social

Entre as situações mais frequentes de conflitos envolvendo a requisição de direitos sociais nas Varas Cíveis e Federais de Londrina, os entrevistados foram unânimes em apontar as ações solicitando medicamentos ou tratamentos de saúde de alto custo como as mais recorrentes. O sujeito 2 fala sobre isso, enfatizando a questão dos medicamentos:

O mais comum – disparado – é a questão de acesso a medicamentos, na questão da Saúde. Por mais que se tenha um sistema único de atendimento à saúde, por mais que o governo tenha listas de medicamentos – tanto os mais comuns, que atendem à maioria das doenças, como existem também listas de medicamentos especiais para doenças mais raras e medicamentos

mais caros – ainda assim há uma parcela da população que fica sem atendimento, seja porque o medicamento que o médico prescreve não faz parte das relações oficiais, seja porque os medicamentos que fazem parte das relações oficiais não surtem efeito em relação a esse paciente ou os efeitos colaterais são mais prejudiciais do que aquilo que se espera desse medicamento. E elas precisam então de um tratamento diferenciado, que a Secretaria de Saúde recusa o procedimento por não estar previsto nos protocolos oficiais de saúde. [...] (Sujeito 2)

Como se vê neste depoimento, trata-se de situações em que ocorrem negativas de concessão de medicamentos caros, que não estão relacionados em Portarias da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Por não estarem previstos nas listagens de medicamentos passíveis de concessão, a solicitação gera em âmbito administrativo, da administração do Sistema Único de Saúde, a negação deste direito do usuário. O cidadão que necessita do medicamento para sobreviver, por sua vez, recorre à busca por mandados de segurança, para que o judiciário possa intervir para a garantia de acesso ao mesmo. Como afirma o mesmo sujeito,

A grande dificuldade disso é a de atender a essa população, reconhecendo o direito do acesso à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição. (Sujeito 2)

Além do acesso a medicamentos, os magistrados apresentaram outras situações de judicialização em que são chamados a decidir em seu âmbito de atuação no que se refere à política de saúde. Exemplo disso se observa nos depoimentos dos sujeitos 6 e 3:

Há ações que discutem falta de atendimento nos postos de saúde. Há ações que discutem outra coisa, que é [a de que], todo mundo tem direito à vida, direito a uma integridade física, que é um direito constitucional. É um direito social, em última análise, porque afeta a sociedade. (Sujeito 6)

Um dos exemplos que a gente tem bastante aqui é com relação à saúde: têm sido inúmeras as ações, movidas não só pelo Ministério Público, mas também por advogados particulares para garantir o direito à saúde, para que as pessoas possam ter direito a um determinado tratamento. Aquilo que eu falei: um tratamento de ponta, que o particular tem direito, mas o SUS não dá isso para a pessoa. (Sujeito 3)

Como dito, os entrevistados foram unânimes em apontar as ações de requisição de medicamentos ou tratamentos de saúde de alto custo como as mais recorrentes. Nisso também se inclui a Justiça Federal, cujo magistrado responsável acrescentou outra informação a respeito do tema. Para ele, a questão não é uma característica brasileira, mas um problema que ocorre em âmbito mundial, uma vez que é de solução bastante difícil. Nessa perspectiva, o acesso a medicamentos e tratamentos complexos diz respeito não só a uma questão de direito, mas, mais do que isso, a uma questão “sentimental”, uma vez que incide sobre vida ou morte, o que gera ansiedade tanto no requerente quanto nos familiares. Além disso, a decisão do juiz pode ter por decorrência, inclusive, uma culpabilização deste em caso de morte do paciente para o qual não foi concedido o benefício.

Esse magistrado destaca que tal processo decisório é delicado, pois o juiz não tem acesso – e não é seu papel – ao controle orçamentário do Estado. Portanto, ao ser imputada a ele a necessária decisão de conceder ou não tais benefícios, tendo em vista a incompletude da política pública responsável, corre-se o risco de uma tomada de decisão injusta para com aqueles que não puderam, não sabiam ou não tiveram tempo hábil para recorrer ao Judiciário.

O entrevistado destacou ainda que nesse processo podem existir interesses em jogo como, por exemplo, da parte dos laboratórios. A indústria farmacêutica lança permanentemente no mercado novos medicamentos, qualificados como de última geração, criando novas necessidades que o Estado tem dificuldade de atender. O Estado não consegue acompanhar a evolução tecnológica e a rapidez com que novos medicamentos são lançados, já que os procedimentos governamentais para atualização das listas de medicamentos, inclusão orçamentária e compra são burocráticos e, portanto, lentos.

Esse processo acaba resultando na procura pelo Poder Judiciário com o intuito de resolver a questão, o que, para o sujeito 2, envolve um outro aspecto problemático para o qual o “judiciário não pode fechar os olhos”:

O fornecimento de medicamentos caros para uma pessoa pode inviabilizar a compra, pelo Estado, de medicamentos mais baratos que atendam a uma parcela muito maior da população. Então, se tem sempre que trabalhar com essa dicotomia: o cidadão tem o interesse individual dele, que é ser atendido, mas essa atenção ao interesse individual não pode colocar em risco a política pública de

atendimento à saúde. Mas a orientação que tem sido hoje é: demonstrado que aquele medicamento é necessário, que não se discuta a eficácia desse tratamento, que não é um tratamento experimental, o poder judiciário nessas situações, tem concedido e determinado que o Estado forneça a medicação. (Sujeito 2)

Essa mesma questão de um possível comprometimento do Sistema Único de Saúde é também abordada pelo sujeito 3:

A gente ouve muitas criticas de advogados e de outras pessoas da população, dizendo o seguinte: „mas isso não vai comprometer o SUS?“ Pode ser que comprometa. Às vezes nós ficamos com esse pensamento. O SUS tem uma verba, então, essa prática não poderia interferir que lá na frente faltem recursos para comprar o simples para a população? Pode acontecer, mas não é isso o que a Constituição fala.[...] Agora, será que não é hora de repensar como é que está sendo administrado esse orçamento? Talvez não falte muito por isso porque a administração é péssima? Também não sei, mas o que a gente vê é isso, as pessoas recorrem ao judiciário porque o Estado se nega. E a gente vê muito nos jornais: as pessoas morrem na fila, e a saúde é o bem mais precioso que nós temos. (Sujeito 3)

Como se observa, o sujeito 3 aponta falhas na estrutura do sistema público de saúde brasileiro. Ao comentar as críticas acerca dos limites financeiros desse sistema – críticas essas que argumentam não ser possível ao SUS assumir e atender a todas as demandas de saúde da população brasileira – o entrevistado questiona a gestão da Política de Saúde, no que se refere ao planejamento e à gestão orçamentária. Nesse sentido, parece defender que a atuação do Poder Judiciário apresenta potencial de incitar o poder executivo a executar uma ação mais racionalizada e planejada na gestão dos recursos públicos.

Reafirmando que situações de requisição de medicamentos e de tratamentos de alto custo estão entre as demandas de maior volume, o mesmo magistrado ressalta que em suas sentenças ele dificilmente nega tais requisições, por considerar a saúde o direito primordial do ser humano, já que está relacionado ao direito à vida. Esse entendimento é compartilhado pelo sujeito 6 que retoma a questão de ser uma possível motivação para uma requisição de interferência do Poder Judiciário um maior reconhecimento de seus direitos por parte dos usuários:

As pessoas, antigamente, pouca noção tinham desses direitos, de que se elas fossem afetadas por uma conduta do órgão público, elas tinham o direito de reclamar e ter uma indenização por isso. E muitas

peessoas hoje vêm exercitar os seus direitos. Pessoas que ficaram mais doentes depois de um atendimento médico num órgão público, que foi deficitário, que foi negligente, que foi imperito... Não raro a gente recebe esse tipo de demanda e eu acho que isso é uma concretização do direito social. (Sujeito 6)

Além dos relativos à saúde, os entrevistados apontaram outras situações envolvendo a judicialização da questão social, situações essas que comparecem com menor freqüência, mas permeiam o cotidiano da intervenção dos magistrados.

Uma delas diz respeito ao direito à Educação. O entrevistado 1 informou que vem recebendo demandas relativas à cotas que, apesar de não constar diretamente na Constituição, é uma consequência dela. Além disso, relatou que são freqüentes ações que questionam trâmites de concursos públicos e outras semelhantes.

O Entrevistado 4 também menciona demandas relativas ao direito à Educação, em específico as correspondentes a instituições particulares de ensino que criam mecanismos de objeção ao acesso à educação. Situação semelhante relatou o entrevistado 6, ao apontar que já julgou

Algumas ações que discutem ingresso ou discutem direito à Educação, por exemplo, em relação a universidades particulares, quando o cidadão está inadimplente, para tentar obter matrículas, freqüentar aulas ou tentar obter o direito a fazer as avaliações e as atividades pedagógicas. (Sujeito 6)

O direito à habitação também foi mencionado pelos entrevistados. Nesse campo foram explicitados por eles apenas dois focos de litígios: ações que solicitam revisão de contratos de financiamento e ações que discutem os seguros habitacionais.

Tais situações foram apontadas por cinco entrevistados, dentre eles o sujeito 5 que esclarece que as ações relacionadas ao seguro de habitações financiadas pelo Sistema Financeiro de Habitação são as que eles chamam de ações de massa: o volume é tão grande que, segundo ele, os advogados trocam apenas a primeira folha de identificação das partes, pois o assunto é o mesmo, mudando apenas o endereço da casa. O alto índice de ações deste tipo é motivado, segundo o magistrado, porque as casas são pagas em muitas prestações e com muita dificuldade da parte do contratante (na maioria das vezes, pessoas e/ou

famílias pobres) aos sistemas financeiros, que lhes entrega residências de padrão e qualidade muito inferiores da que foi contratada e paga. Isso ocorreria

Porque inúmeras verbas desses contratos – incluídas aquelas que se destinam a reduzir o valor da obra [ou] ser passada para financiamento de campanhas – [são desviadas] para custeio de ações menos honestas de partidos políticos ou de organizações políticas. Fazem com que as pessoas recebam caixotes mal construídos, pagando o metro quadrado muito mais caro do que pagariam se fossem construir em qualquer outra situação. Então, realmente, na habitação é imensa a procura. (Sujeito 5)

Nessa medida, o que se depreende das declarações dos entrevistados é que em Londrina não é propriamente o direito à habitação que vem sendo requerido nas ações impetradas, mas o direito à manutenção de moradia digna que já teria sido conquistada por meio de programas específicos e que se mostra violado por determinadas construtoras e/ou sistemas financeiros. Significa dizer que, comparativamente, o direito ao acesso à moradia ainda não é requerido nessa Comarca, apesar de o não acesso à habitação se tratar de um grave problema social brasileiro, o que não é diferente em Londrina.

A nosso ver, esse fenômeno pode ter como componente o não reconhecimento da habitação como um direito. Isto é, o público potencial de programas habitacionais que, no mais das vezes habita em condições precárias, em construções que oferecem risco pessoal e ambiental ou investe boa parte do orçamento familiar no pagamento de aluguéis cada vez mais abusivos, ainda não se apropriou da idéia de que a habitação é um direito social garantido constitucionalmente, tal qual o direito à Saúde que, como apontamos, tem uma expressividade consideravelmente maior nas demandas judiciais.

Outro tipo de demanda, desta vez apontada pelo entrevistado 2, diz respeito a ações que questionam o acesso ao direito ao transporte, normalmente impetradas pelo Ministério Público. Segundo ele, a complexidade dessas ações se dá porque o que se questiona normalmente é o valor da tarifa de transporte urbano, o qual tem um reajuste anual. Assim, todos os anos, o Ministério Público impetra uma ação que, dadas as formalidades do processo, não é possível ser julgada em um prazo menor do que de um ano. Disso decorre uma defasagem de tais ações, uma vez que, por exemplo, não é interessante julgar no ano de 2011 uma ação que discute tarifas de 2006. Como consequência, segundo ele, nesse tipo de situação a

judicialização é inócua, pois o Judiciário não tem condições de oferecer uma resposta imediata.

Em síntese, as demandas mais recorrentes na Justiça Federal e Varas Cíveis da Comarca de Londrina se inserem no campo do direito à saúde, à educação, à Habitação e ao Transporte, os quatro primeiros constantes explicitamente no artigo 6º da Constituição Federal de 1988: “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”.

A partir desse mesmo artigo, percebe-se, no caso da Comarca de Londrina, a ausência de demandas envolvendo, por exemplo, direitos trabalhistas e ao lazer. A primeira justifica-se pelo fato de haver uma área do sistema judiciário que trabalha conflitos específicos aos relacionados ao mundo do trabalho. Já a segunda – direito ao lazer – não foi apontada pelos entrevistados como um direito que os cidadãos normalmente invoquem. Um único magistrado classificou como ação que envolve o direito ao lazer uma na qual houve requerimento de assentos em transportes intermunicipais para idosos, destacando que se trata de um caso isolado.

Infere-se aí a existência de uma espécie de hierarquização dos direitos sociais: há aqueles considerados de primeira necessidade, como é o caso do direito à saúde – e há aqueles cuja materialização, na prática, só deve se dar após a conquista e efetivação dos demais, como o direito ao lazer. O direito à alimentação, incluído no catálogo dos direitos sociais constitucionais por meio da Emenda Constitucional 64/2010 também não foi mencionado, possivelmente por força de sua recente inclusão e também pela existência de serviços assistenciais da rede governamental e não-governamental que oferecem tal “benefício”.

4 O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: AS CONCEPÇÕES EXPRESSAS

Como esclarecido anteriormente, esse capítulo se destina a apresentar e discutir os resultados, obtidos através da pesquisa efetivada junto aos magistrados londrinenses, acerca do Poder Judiciário em sua relação com a efetividade dos direitos sociais. Neste sentido e na correspondência com as categorias empíricas eleitas, faz parte do mesmo a abordagem sobre os posicionamentos dos sujeitos da pesquisa sobre os princípios de mínimo existencial e reserva do possível; o entendimento sobre os limites do Poder Judiciário no campo da efetividade dos direitos sociais e a visualização de alternativas para que essa garantia de acesso aos direitos se efetive.

Tendo em vista este propósito, se faz necessário reforçar, como demonstrado no capítulo anterior, que a judicialização da questão social é um fenômeno que também se expressa na Comarca de Londrina e que tem, segundo os sujeitos da pesquisa, gerado uma significativa requisição de intervenção do Poder Judiciário na resolução dos conflitos referentes aos direitos sociais. Essa realidade exige uma tomada de posição dos magistrados em relação ao papel do Poder Judiciário ou à natureza de sua atuação na garantia da efetividade dos direitos sociais.

Frente a isso, foram observadas concordâncias no discurso dos magistrados pesquisados, mas também algumas divergências de posições. Entre as concordâncias, todos os entrevistados lembraram a provocação do judiciário como condição *sine qua non* para que haja uma intervenção, tomando como premissa, portanto, o chamado princípio da inércia, ou seja, o princípio que prevê que o Judiciário é uma instituição de reação, movimentando-se somente mediante provocação. O seguinte depoimento é ilustrativo disso:

Eu acho que cabe ao judiciário intervir sim. Toda vez em que formos provocados, temos que intervir sim. Claro, nós não somos nem o Executivo nem o Legislativo; cada um na sua área de atuação. Mas, nós, todas as vezes em que formos provocados, temos que garantir a efetividade dos direitos sociais. (Sujeito 1)

O sujeito 5 é ainda mais explícito quanto à obediência ao princípio da inércia. Para ele, a intervenção do juiz se dará

Desde que a demanda seja promovida. O juiz não pode investigar, pugnar ou manifestar intenção de quaisquer efetivações de tais direitos. O juiz só pode fazê-los a partir do momento que as ações são propostas. Então, o judiciário tem, sim, que interpretar a lei socialmente, de acordo com as exigências do bem comum e a finalidade a que se dirige. Isso já está na Lei de Introdução ao Código Civil de 1940, no artigo 5º e é papel do Judiciário sim, desde que provocado a tanto por meio das demandas. E as investigações, as postulações devem ser feitas por todos: associações de classe, Ministério Público, cidadãos... (Sujeito 5)

Sobre esse assunto, Custódio (2006) cita Cláudia Maria Roesler que aponta o juiz como uma figura emblemática de operador jurídico, já que atua como a “boca da lei” e que tem a missão de distribuir a justiça difusamente identificada com a legalidade. Nesse sentido, aponta a autora que ao juiz aplicador da lei não cabe um papel ativo em relação aos conflitos, sendo que também não é de sua competência avaliar as conseqüências econômicas, políticas e sociais de suas decisões. Nessa perspectiva, o papel do Judiciário deveria se limitar ao de árbitro do jogo social e sua interferência deveria ser restrita e tangencial. Como expressa o depoimento abaixo, o sujeito 4 parece concordar com esse entendimento:

Eu entendo que, desde que reste demonstrado que direitos, sejam eles quais forem, não estão sendo observados, cabe ao judiciário intervir. O papel do judiciário é o de garantidor. Na verdade, ele tem o papel de garantidor do Estado Democrático de Direito em sua essência. [...] Agora, a legitimidade democrática dele é exercida de maneira indireta, porque ele é um “garante final” do Estado Democrático de Direito em todos os seus níveis: desde a liberdade de ir e vir, da liberdade de expressão, dos direitos sociais, sejam eles quais forem. O judiciário me parece que é o poder mais democrático que existe, porque ele atende a todo mundo, qualquer direito que seja em prol do Estado Democrático de Direito, conforme idealizado pela Constituição, e não em retórica de propaganda eleitoral, como a gente vê. (Sujeito 4)

O sujeito 2, por sua vez, parece se deslocar desse posicionamento, atribuindo ao Poder Judiciário um papel mais ativo em prol da consecução do estabelecido na Constituição:

O que está previsto na constituição não pode ser mera promessa, não pode ser transformado em quimera – algo que está lá e que um dia alcançaremos. Não. Se foi colocado na Constituição, tem que ser efetivado. A Constituição já completou 22 anos e muitos direitos continuam lá, só no papel, ou muito pouco concretizados. O papel do Judiciário é: tanto ele próprio cumprir quanto fazer com que os outros cumpram também a Constituição. (Sujeito 2)

Defendendo mais abertamente esse papel ativo, o sujeito 7 se posiciona a favor de que a atuação do Poder Judiciário não deveria sofrer limites no que se refere à defesa dos direitos:

O papel do Judiciário, na minha visão, não alcança limitação na efetivação dessas garantias. Porque essas garantias estão previstas e asseguradas de modo antecedente, preliminar, na própria Constituição. Então, quando a Constituição confere ao Poder Judiciário o dever de aplicar a norma ou de dar efetividade às regras constitucionais, à norma constitucional, ela confere ao judiciário o poder de fazer acontecer, de realizar esses direitos. E, dentro disso, não há limite. O limite do Poder Judiciário é a própria Constituição. O único limite é a Constituição Federal. Então, se existe uma inércia pelas demais funções do poder estatal, cabe ao Poder Judiciário fazer valer o que dispõe a Constituição e compelir, mediante multa, mediante as próprias funções ligadas à improbidade. É algo a se pensar, para que a Constituição tenha efetividade. (Sujeito 7)

Essa postura nos remete à análise de Dallari (2002) que, ao discorrer sobre o movimento que chama de “despertar dos juízes”, argumenta que o Judiciário brasileiro é imerso em inúmeras inadequações, muitas delas incorporadas como tradições impecáveis. Isso faz com que o Judiciário brasileiro fique estanque, fora do tempo e, mesmo trabalhando muito, produza pouco. Apesar dessa conjuntura, o autor lembra que uma reação importante e vigorosa vem tomando corpo dentro do próprio quadro da magistratura:

[...] juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas, tendo por objetivo dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor da Justiça. (DALLARI, 2002, p. 80)

Complementando os argumentos do que podemos classificar como inseridos na análise dallariana de “despertar dos juízes”, o sujeito 8 discorre sobre o princípio da separação dos poderes como algo que pode ser passível de uma

análise em círculo, o que, segundo ele, vem sendo abordado na literatura contemporânea. A partir dessa análise, os poderes de Estado não são divididos para trabalharem de forma estanque, isoladamente, mas de maneira compartilhada:

O Judiciário também tem que dar a sua contribuição para a melhoria do Executivo, o Executivo para o Legislativo... Não é algo fechado, é uma roda. Na medida em que o entendimento vai sendo mais compartilhado, as questões de conflito deveriam diminuir. O problema público todo é que dentro dessas três esferas existe um componente que se chama “homem” e é aí que está o problema porque, às vezes, vamos dizer assim, por uma paixão pessoal, por um entendimento pessoal, deixa-se de fazer o que deveria fazer efetivamente. Então, sai daquela finalidade [...] (Sujeito 8)

O mesmo magistrado trouxe ainda a discussão de que os limites dessa intervenção judicial são colocados de acordo com o entendimento que se faz do papel desse poder na dinâmica das relações de Estado contemporânea, mas destaca que, independente do entendimento, essa intervenção deve ser a mínima possível. Nesse sentido,

O Judiciário pode, mas não deve, [intervir na efetivação de direitos], ou seja, é sempre melhor que o Judiciário não atue nisso, a não ser para corrigir. Mas o que a gente vê hoje não é correção de rumo, é implementação de benefício, é implementação de um socorro que alguém está precisando. Isso não é papel do judiciário. Não é o papel para o qual o judiciário foi estabelecido. Agora, se eu entender que a questão da separação dos poderes é algo circular hoje, então o judiciário pode. Mas, com certeza não deve. E essa intervenção do judiciário tem que ser a mínima possível, tanto assim, que assim que o governo regular essa situação, através de leis, com a atuação do legislativo, não compete mais ao judiciário, a não ser que essa lei esteja em desconformidade com a Constituição. Eu falo isso por causa da idéia toda de isonomia, porque alguém vai ficar sem, alguém vai ter um tratamento diferente do outro. (Sujeito 8)

A preocupação do magistrado em questão é justamente com o risco de que uma freqüente e inequívoca intervenção do Poder Judiciário nas questões relacionadas ao acesso aos direitos sociais implique em “efetividades mais individualizadas do que coletivas”, resultando no acesso de poucos em detrimento à maioria de cidadãos que eventualmente se encontrem com a mesma necessidade. Sob este prisma, destaca que, mais importante do que a garantia judicial a uns, é a efetivação como responsabilidade dos poderes Legislativo e Executivo, de forma a contemplar toda a coletividade.

No discurso dos magistrados acerca de aspectos relativos às possibilidades e limites da atuação do Poder Judiciário é notória a visualização de que esse Poder se encontra pressionado simultaneamente por duas frentes, conforme analisa Roesler (*apud* CUSTÓDIO, 2006). Para essa autora, de um lado, a sociedade exige do Judiciário uma atuação mais ativa e efetiva na concretização dos direitos e garantias constitucionais ou legalmente assegurados. Em contrapartida, o Legislativo e o Executivo questionam sua legitimidade de interferir em decisões políticas. O sujeito 4 detalha essa realidade que está posta também nos países europeus e no Estados Unidos:

Eu tenho percebido que existe um movimento muito forte contra isso, no sentido de desprestigiar as instituições, sobretudo o judiciário, alegando que o judiciário não poderia fazer isso que faz. Muito forte, tanto da mídia, quanto de segmentos acadêmicos. Eu acabei de fazer um doutorado e vi um discurso muito tendencioso, nesse sentido, contra o Judiciário. “O juiz não pode inventar, criar leis, não pode fazer políticas públicas, não tem legitimidade democrática para isso, não foi eleito, o juiz usurpa a democracia, o juiz abusa dos seus direitos...” daí para frente. E com adesões muito fortes. (Sujeito 4).

O principal argumento deste tipo de crítica é de que o judiciário brasileiro é um dos que mais tem poder no mundo e que isso não seria positivo. Com tal poder, o judiciário acabaria se sobrepondo aos demais poderes, permitindo-se, por exemplo, que um juiz determinasse a um membro do executivo ou do legislativo a implementação ou execução de tarefas específicas.

Nota-se nesse e nos demais argumentos críticos uma forte influência dos princípios liberais, como o da divisão dos poderes defendido por Montesquieu e já abordado no primeiro capítulo. O entrevistado 4 tem essa percepção, destacando que sob uma perspectiva liberal e neoliberal essa realidade é inadmissível. Entretanto, não compartilha desse entendimento argumentando que, de fato, em países como os Estados Unidos e os membros da União Européia essa atuação do judiciário talvez não seja necessária porque neles os demais poderes cumprem adequadamente seu papel. Cita o exemplo da Alemanha (de onde boa parte da noção de dignidade humana prevista na Constituição brasileira obteve inspiração), no qual não se vê pessoas pelas ruas, em situação de mendicância. Assim, nesse tipo de realidade essa intervenção do juiz pode ser considerada absurda, mas não num país onde o Estado não cumpre o que está taxativamente escrito na Constituição.

Em meio às críticas mencionadas, tende a comparecer, como pontua o próprio entrevistado, a alegação de que o Poder Judiciário não tem legitimidade política. Ou seja, diferentemente dos representantes do executivo e do legislativo, o juiz não é democraticamente eleito. Considerando que não goza da legitimação eleitoral da qual os demais poderes são depositários, acusa-se o Poder Judiciário de usurpar atribuições, não lhe conferidas. Respondendo a esse argumento, assim se manifesta o sujeito 4:

Imagine um juiz pedindo voto! Com quem ele faria essas coligações? E isso não poderia ser cobrado depois? E qual garantia de imparcialidade de independência ele teria? (Sujeito 4)

Ou seja, argumenta o magistrado que é imprescindível que o juiz mantenha a imparcialidade e, para isso, a ocupação do cargo não pode ser viabilizada por via eleitoral. Compartilhando esse entendimento, o argumento da imparcialidade é tratado por Dallari (2002) que a classifica como requisito prévio e essencial para que a magistratura afiance os direitos e realize a justiça, garantindo a eficácia das regras de comportamento social. Menciona que tal preceito já era defendido pelos teóricos liberais-racionalistas do século dezoito e que, longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para os cidadãos. Somente juízes imparciais são capazes de garantir uma harmonização pacífica e justa dos conflitos envolvendo direitos.

Essa discussão sobre os limites da atuação do Poder Judiciário na efetividade dos direitos sociais remete, portanto, à polêmica do ativismo judicial que se refere à sua intervenção em matéria de concretização de políticas públicas. Tal polêmica se instala na medida em que alguns doutrinadores e magistrados entendem que não é papel do Judiciário intervir nessa seara, uma vez que não possui legitimidade democrática para tal. Em contrapartida, há os que defendem que é papel sim do Judiciário, na medida em que os demais Poderes do Estado se omitem diante das atribuições que inicialmente lhes competiam.

Essa polêmica compareceu no discurso de alguns dos entrevistados, sendo possível observar posicionamentos convergentes e divergentes no que concerne ao ativismo judicial. Nesta ótica, no decorrer das entrevistas, apenas o sujeito 3 manifestou posicionamento contrário à intervenção do judiciário, usando

como justificativa o referido argumento da imparcialidade tratado por Dallari (2002). Para o entrevistado, na medida em que o juiz

participa demais do processo, ele vai perdendo a imparcialidade. Nós somos seres humanos; a partir do momento em que participa demais de alguma coisa, começa, sem querer, a pender para um lado ou para outro. (Sujeito 3)

Com exceção deste pesquisado e do sujeito 1 que não se manifestou a respeito deste assunto, todos os demais entrevistados se mostraram favoráveis a esse tipo de intervenção no contexto brasileiro. Em meio aos argumentos em prol disso destaca-se aquele que compareceu no discurso do sujeito 4 e ao qual já nos referimos: a diferencialidade da realidade brasileira. Em outras palavras, o ativismo judicial seria necessário em países que, como no nosso, os padrões mínimos de exigibilidade de atuação do poder público estão longe de serem atingidos.

Por outro lado, destaca-se que nenhum dos magistrados é favorável, por exemplo, à implementação de políticas públicas da parte do Poder Judiciário, mas à presença e cobrança deste quando verificado que os demais poderes não cumprem o papel que lhe é delegado. Ilustrativo desse posicionamento é o seguinte depoimento do sujeito 6:

A função dele [Poder Judiciário] é dar uma solução para o conflito de interesses. Se isso passa por direitos sociais, ele vai ter que atuar nisso. E o papel do Judiciário, me parece, é aplicar a Constituição como uma fonte primordial dos conflitos jurídicos. O Judiciário tem que buscar as fontes jurídicas para dar solução ao caso. A fonte primordial é a Constituição e se na Constituição esse direito social está assegurado, o Estado tem o dever de concretizá-lo. (Sujeito 6)

Igual posicionamento se observa no depoimento abaixo, no qual o sujeito 2 também responde às críticas antes aludidas:

[...] nessa atribuição de fazer cumprir a Constituição, o Judiciário tem que intervir. Eu acho que o encaminhamento acaba sendo o ativismo judicial. Aí dizem “ah, mas o Judiciário está interferindo no Poder Executivo, os poderes são independentes e harmônicos, então está rompendo esse princípio da República – o da independência entre os Poderes”. Não é bem assim. O que o poder judiciário pode fazer é assegurar se as ações públicas ou se a legislação está de acordo com a Constituição e se está sendo cumprida. Se há uma lei, ela

deve ser cumprida, seja por quem for – particular ou Estado – cabe ao Judiciário determinar que se cumpra. (Sujeito 2)

O mesmo entrevistado aponta um aspecto importante desta questão do ativismo judicial que é uma mudança que se observa atualmente no tocante às políticas públicas.

Eu acho que há uma atuação importante do Judiciário dentro do que hoje se discute desse ativismo judicial [...discute-se] se cabe ao judiciário determinar políticas públicas ou não. Então, há uma corrente muito forte hoje. O Supremo está atuando muito forte nessas questões, ele passou de uma situação mais passiva em que simplesmente reconhecia que o Estado tinha obrigações a fazer, mas ficava a cargo do Estado determinar quando e como seria feito. Hoje não, o Supremo tem dado decisões já impondo ao Estado a realização, determinando como o Estado vai fazer, quando vai fazer, inclusive sob pena de multas e sanções. Então, há essa mudança hoje. (Sujeito 2)

O sujeito 7 aborda esse mesmo aspecto e apresenta um posicionamento com tendência ainda mais favorável à postura ativa do Poder Judiciário:

Hoje existe uma discussão muito forte, muito acalorada sobre esse papel do juiz na efetividade dos direitos sociais, que a Constituição garantiu há mais de vinte anos e que muitos deles ainda não saíram do papel. Hoje se tem escrito e discutido muito sobre o papel do juiz constitucional, dentro dessa linha da politização da justiça ou da judicialização da política, o juiz num papel ativista das garantias fundamentais e não pode ser diferente. [...] Então, hoje o papel do Poder Judiciário não é o de mero aplicador da norma e não pode ser. O Poder Judiciário tem sim que avançar. E ele avança quando, por exemplo, num Mandado de Injunção, ele determina a realização, a edição, pelo Legislativo, de uma lei que estava prevista, talvez numa norma programática e que o legislador ainda não cumpriu e que, por conta desse sono do legislador, essa garantia não consegue ser concretizada. Até o entendimento que vem sendo adotado pelo Supremo agora é que o Judiciário não só determina a edição da norma, mas ele confere mecanismos concretos para que essa norma, antes mesmo de ser editada, ela já tenha concretude, ela já se estabeleça. Esse juiz constitucional não é um juiz que assiste passivamente as atividades dos demais poderes e se pauta segundo essa atuação deles. O juiz constitucional é aquele que age de forma a garantir esses direitos mesmo diante da omissão das demais funções do poder estatal. (Sujeito 7)

Na concepção desse entrevistado existe, sim, uma tripartição e independência de poderes, mas a própria Constituição determina que sejam harmônicos entre si e, por essa razão, não se pode admitir que, no “silêncio ou no sono do legislador”, o Judiciário, com base nesse sono, também se omita. Para ele é esta a razão pela qual o volume de demandas envolvendo o acesso a políticas sociais vem crescendo em todas as esferas do Poder Judiciário. Destaca que o que se requer é a garantia da efetividade e não somente da eficácia

Porque eficácia é no plano da norma: a observância do processo legislativo, se isso foi observado ou não. Então, não no plano da eficácia da norma, mas da efetividade da norma. É a norma deixar de ser abstrata e ganhar concretude. (Sujeito 7)

Defende ainda que é somente com a efetivação das políticas públicas e sociais que as metas pugnadas no artigo 3º da Constituição serão cumpridas. Para ele, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais só será alcançada por uma via, qual seja, a de que

as três funções do poder estatal, as funções executiva, legislativa e Judiciária, se unam na efetivação desses direitos e dessas garantias. (Sujeito 7)

E complementa:

O que a gente tem que entender é que também o judiciário não pode cruzar os braços, e ficar esperando ad eternum que os órgãos competentes façam aquilo que eles já deveriam ter feito. Porque se o Judiciário também é poder, ele vai ter que determinar [...] se o Legislativo e o Executivo não fizeram até agora, então, nós vamos fazer. Então, nesse aspecto eu acho que é interessante a intervenção do Judiciário, mas como forma de exceção. Porque senão, daqui a pouco nós vamos ter o Executivo fazendo julgamentos, o Legislativo implementando políticas públicas... e não é o caso. O juiz não tem o orçamento para saber quanto vai gastar, é muito complicado. Então, são coisas que não tem solução. (Sujeito 7)

No que se refere aos limites dessa intervenção mencionado por este magistrado, o sujeito 2 exemplifica com a questão do transporte. Nela, um juiz pode determinar que o Poder Executivo implante um serviço de transporte público de qualidade, mas não pode determinar qual ou quais empresas executarão o serviço, tampouco quais estradas construir: tais atribuições são de competência inalienável

do Poder Executivo. Observados esses limites da questão da independência – prossegue o entrevistado – o Judiciário pode sim, determinar que o Estado faça cumprir e preste à população os serviços necessários para que se efetivem os direitos sociais.

Evidentemente que essa determinação do Poder Judiciário para que o Executivo ofereça à população os direitos sociais garantidos na Constituição envolve investimentos e, portanto, dispêndio financeiro. Esse é, sob alegação do Executivo, um obstáculo a uma ampla efetivação dos direitos sociais e um aspecto que tem gerado outra polêmica no interior do Poder Judiciário. Ou seja, deve o judiciário limitar-se em suas determinações em razão de disponibilidade de recursos financeiros do executivo?

De acordo com Garcia (2008), existem atualmente no meio jurídico três vertentes diferenciadas quanto isso no âmbito da intervenção do Poder Judiciário no que se refere à judicialização da questão social: a primeira delas é contrária à idéia de limites financeiros, a segunda defende a consideração a esses limites e a terceira se apresenta em uma posição intermediária entre as duas anteriores.

Quanto à primeira, se consubstancia na inequívoca possibilidade de intervenção do Judiciário sempre que houver violação de direito fundamental, independente de limites financeiros. Nessa perspectiva, entende-se que os direitos e garantias fundamentais exigem prestação imediata, conforme disposto no artigo 5º da Constituição Federal, e, por essa razão, devem ser objeto de intervenção do Poder Judiciário na garantia de sua efetivação. A partir dessa posição,

o Estado teria o dever de implementar ações positivas em busca da concretização dos valores estabelecidos na Constituição Federal, e esse dever de ação, quando contrariado, ocasiona a inconstitucionalidade na atuação da Administração, permitindo a correção e controle pelo Judiciário (GARCIA, 2008, p 81)

Em sentido oposto, a segunda vertente defende a extrema impossibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas. Baseia-se na concepção clássica da separação dos poderes, segundo a qual deve haver total inviabilidade de invasão do Judiciário na gestão pública. Conforme Garcia (2008, p. 83), argumenta-se que, “caso adotássemos a postura de „máxima eficácia” dos direitos fundamentais, haveria negação da cidadania, na medida em que levaria o

Estado à bancarrota [...] bem como ao rompimento com a democracia”. Sob essa lógica, caberia naturalmente à sociedade civil organizada prover as necessidades sociais em relação às quais o Estado não fora capaz.

A terceira perspectiva apresenta uma mediação entre as duas anteriores. Defende a intervenção do Judiciário nas políticas públicas quando envolvam prestações positivas do Estado em casos extremos. Nessa lógica, o Estado seria provocado quando, havendo previsão orçamentária anual para as políticas públicas, não haja efetivação das mesmas. Partindo dessas teorias, buscou-se conhecer como os entrevistados as concebem concretamente no cotidiano de suas ações e decisões, sendo inquiridos especificamente sobre os termos “Mínimo Existencial” e “Reserva do Possível”.

4.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Ao discutir sobre os limites na intervenção do Poder Judiciário no que se refere à deficiência do Estado na implementação de políticas públicas, especialmente as que visem implementar os direitos básicos previstos no artigo 6º da Constituição Federal brasileira, os magistrados se vêem perante a polêmica gerada pela interpretação de conceitos como o de Mínimo Existencial e o de Reserva do Possível. Como abordado anteriormente, o Mínimo Existencial se refere à garantia de padrões mínimos de serviços públicos com a finalidade de evitar a perda total do acesso aos direitos fundamentais àquela parcela da população que, por seus próprios meios, é incapaz de garantir a própria sobrevivência.

Garcia (2008) destaca que a possibilidade de o juiz substituir o administrador público na condução das políticas públicas é uma quebra de paradigma e, como tal, encontra obstáculos não somente jurídicos, gerados pelo princípio da separação dos poderes, mas principalmente obstáculos fáticos, na escassez de recursos públicos e no princípio da reserva do possível. O sujeito 6 detalha essa questão:

O grande problema hoje é que nós estamos vendo que onde surgiu a idéia dessa proteção social, onde surgiu a idéia de uma Constituição que precisava ser concretizada e não ficar apenas em princípios, hoje está revendo isso. O direito constitucional brasileiro é muito

baseado na teoria do Canotilho⁷, em Portugal e ele pregava que a Constituição tinha que interferir mesmo, a Constituição tinha que ser cumprida mesmo. Hoje ele já está revendo isso porque a Europa está caminhando para aquela discussão de que a Constituição tem que pregar o possível. O que é que eu vou cumprir da Constituição? Aquilo que é possível, aquilo que o orçamento permite. E não é uma Constituição para ser cumprida na integralidade. Então, a nossa origem dessa proteção social vem de lá, mas lá eles já estão revendo esses conceitos e nós não sabemos direito para onde nós vamos. Acho que esse é o problema hoje. (Sujeito 6)

Como se observa, o entrevistado situa, adequadamente, a questão no contexto de uma polêmica que vai além da possibilidade ou não do Poder Judiciário intervir mais ativamente na efetivação dos direitos sociais. Ele a situa em uma tendência contemporânea de reação conservadora à continuidade de expansão desses direitos em sociedades mais desenvolvidas, como a Européia, ou, mais que isso, de relativização das conquistas históricas já efetuadas neste campo. Se, democraticamente, não é tarefa tranqüila a revogação jurídico/formal dessas conquistas, já materializadas na Constituição, há que se relativizar a efetivação das mesmas, limitando-as ao “possível” a partir das possibilidades orçamentárias.

Em face da polêmica, alguns magistrados se inscrevem em uma posição híbrida, advogando uma conciliação entre os princípios. Outros entrevistados manifestaram-se contrários a uma ou a ambas as vertentes (Reserva do Possível e Mínimo Existencial). O posicionamento do sujeito 1 se enquadra no primeiro caso, uma vez que assim se manifesta:

Eu acho que o equilíbrio é a melhor solução. Porque quando se estabelece assim, regras ou teorias muito radicais, você corre o risco de perder o equilíbrio. Então, o que eu posso dizer, mínimo existencial: Saúde. Sim. A saúde é um mínimo existencial. Princípio da Reserva do Possível: Meio ambiente. Porque você vai fala “o que é melhor: o homem ou uma árvore?” Então, ao invés de dar um emprego para uma pessoa, eu vou manter uma árvore em pé? Então, eu acho que a gente pode trabalhar com os dois, sem problema nenhum. [...] Para mim, ficaria no equilíbrio: dependendo da situação, se aplica o Mínimo Existencial e dependendo da situação, se aplica o princípio Reserva do Possível. Essa questão da Reserva do Possível é bastante razoável. (Sujeito 1)

Na perspectiva desse entrevistado a aplicação do princípio da Reserva do Possível deve se dar em situações extremas, o que exemplifica com

⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, constitucionalista português.

situações envolvendo o acesso ao direito à saúde. Em uma das situações por ele relatadas, esclarece que são comuns os casos em que cidadãos usuários de planos de saúde ou do sistema privado de saúde, ao serem diagnosticados com doenças de alta complexidade, são instruídos pelos médicos a procurarem o Poder Judiciário a fim de requerer que o Estado lhes garanta os tratamentos de forma gratuita, às vezes no exterior. Segundo ele, há requisições de tratamentos fora do país que se apresentam com custo bastante elevado, mas que a medicina brasileira oferece, obviamente a custos muito mais baixos. No entanto, o cidadão insiste em requerer que o Estado custeie tais gastos no exterior. Em circunstâncias como essas, o sujeito 1 se posiciona a favor da aplicação do princípio da Reserva do Possível, pois entende que os altos valores que seriam retirados da Saúde para o atendimento a uma única pessoa podem ser mais bem aplicados no investimento em ações que atendam a um número maior de pacientes como, por exemplo, na aquisição de medicamentos de uso contínuo.

O entrevistado conclui essa análise refletindo sobre a dificuldade de se julgar determinadas situações, em especial nas quais se encontram envolvidos o direito à vida e à saúde (de um cidadão ou da coletividade). Adverte que se tem que pensar muito bem, analisando não somente o ponto de vista de um, mas a conjuntura como um todo, prevalecendo sempre o princípio constitucional.

Esse posicionamento é compartilhado pelo sujeito 8. Também ele defende uma conciliação entre as duas vertentes, destacando ainda que a intervenção do Judiciário deve ser a mínima possível, uma vez que não tem acesso ao orçamento público e, nessa condição, não tem conhecimento técnico suficiente para priorizar determinadas políticas públicas em detrimento a outras. Acredita, no entanto, que a administração pública pode garantir um “mínimo”, mesmo que para isso seja necessário remanejar orçamentos. Entretanto, não esclareceu o conceito que atribui a esse “mínimo”, subentendendo-se em seu discurso o posicionamento de que existem direitos mais importantes que outros e que, assim, devem ser priorizados.

De maneira semelhante, o sujeito 2 analisa a questão sob o ponto de vista de que ambos os princípios são convergentes:

Tanto a Reserva do Possível quanto o Mínimo Existencial não são excludentes. Pelo contrário, eles devem ser convergentes. Por mais

que se queixe hoje da carga tributária, existe um limite no Estado em termos de arrecadação. Os recursos financeiros do Estado são limitados, o que ele pode arrecadar e o que ele pode buscar de empréstimos são limitados. As necessidades humanas são infinitas. Quando você supre uma necessidade surgem outras e você quer mais e sempre mais. Então, as necessidades da pessoa humana vão ser sempre infinitas. Então, claro que o Estado vai ter que atender a essas necessidades dentro do que for possível. Mas o princípio da Reserva do Possível, do limite do Estado de acordo com o que ele arrecada, de acordo com o que ele tem que investir em cada esfera de atuação, não pode servir como desculpa para não proporcionar para a população o mínimo de que ela necessita para viver com dignidade. Então, nisso eu acho que eles devem ser convergentes. (Sujeito 2)

Prossegue o entrevistado dizendo que para que esses princípios sejam compatibilizados e atendam aos direitos sociais, é necessário definir com transparência o quanto se vai gastar em cada área, podendo-se aplicar, segundo ele, o princípio da proporcionalidade. Assim, seriam definidos a partir desse princípio quais são as necessidades mais urgentes e básicas da população que devem ser atendidas com prioridade:

Então, dentro do que o Estado arrecada, dentro de suas fontes de receitas, deve haver prioridade para atender às necessidades mais básicas, para permitir justamente esse mínimo necessário para que a população viva com dignidade. (Sujeito 2)

Na mesma linha de raciocínio o sujeito 3 acredita que é possível relativizar ambos os princípios. De acordo com ele, quando o que está em questão é o direito à educação, ao transporte, à moradia e à segurança deve ser garantido pelo Estado de acordo com as possibilidades do orçamento, passando-se, aos poucos, a aprimorar os serviços. No entanto, no que se refere ao direito à saúde, que está diretamente relacionado ao direito à vida, não é admissível que o poder público ofereça um mínimo:

Garantir o mínimo para o ser humano na saúde é muito pouco [...] Então, eu acho que em relação à saúde eu tenho muita restrição em pensar em garantir um mínimo existencial. [...] Com relação à moradia, com relação a trabalho, ao lazer, claro, aí é na medida do possível. Não dá para dizer que o Estado teria que garantir lazer na igualdade de condições - vamos imaginar - da classe A, mas uma moradia decente, isso tinha que garantir. De que adianta a pessoa ter uma moradia, ainda que simples, popular, mas não ter um trabalho e não ter como comprar comida? (Sujeito 3)

Nessa defesa quanto à primazia do direito à saúde, o mesmo magistrado acrescenta que a questão não é somente de investimentos financeiros *stricto sensu*. Para ele, a primeira providência a ser tomada pelo poder público para garantir esse direito à saúde seria a qualificação dos servidores:

O Estado tem que cobrar muito na qualificação de quem trabalha na saúde – e estou falando não só do médico, como do enfermeiro, do auxiliar de enfermagem, do porteiro... a mesma qualificação que se exige num hospital particular. Porque a gente sabe que, na prática, não é assim. Os hospitais que atendem só particular, os melhores hospitais do país, exigem uma qualificação que a gente sabe que não é a mesma qualificação que existe nos hospitais públicos. Não! Tinha que exigir a mesma! Porque o profissional que vai tratar uma pessoa pelo SUS, ele tem que ter a mesma qualificação com que ele vai tratar uma pessoa pelo particular. Não só na questão financeira, eu entendo que o Estado podia intervir. [...] (Sujeito 3)

Comparando o discurso desse entrevistado 3 com o do entrevistado 1 nota-se uma divergência periférica, pois o primeiro defende que os serviços privados de saúde são, incontestavelmente, de melhor qualidade quando comparados aos serviços públicos. Por sua vez, o sujeito 1 faz a denúncia de que os planos privados orientam seus usuários a procurarem o poder público quando se vêem com demandas de alta complexidade e mais onerosas. Ou seja, o sujeito 1 faz uma defesa do atendimento público de saúde, ao compará-lo com os serviços privados, exemplificando que nos serviços públicos não há restrição nos procedimentos médicos, tais como sondas e outros procedimentos, que incluem a internação em Unidade de Terapia Intensiva, ao passo que nos serviços privados, após a reiterada necessidade do paciente por tais procedimentos, entra em cena uma série de questões burocráticas, que incluem sucessivas perícias que comprovem a necessidade do procedimento. Segundo esse entrevistado, a postura dos serviços privados visa a contenção de despesas e o conseqüente aumento dos lucros, enquanto nos serviços públicos não existe tal interesse. Isso se reflete, de acordo com o sujeito 1, na qualidade dos serviços prestados. Sob essa ótica, os hospitais privados não atenderiam hegemonicamente ao padrão de “melhores do país”, a que se refere o sujeito 3.

Contrariando as posições expressas nos depoimentos anteriores no tocante à conciliação entre Mínimo Existencial e Reserva do Possível, o entrevistado 4 se assume radicalmente contra este último:

Eu não gosto muito dessa expressão de “reserva do possível”, porque números são objeto de manipulação. Estatísticas, cálculos, contabilidade, isso já demonstrou ser objeto de manipulação propriamente dito. Então, eu acho que fica muito fácil você negar o cumprimento de direitos sociais sob o argumento de que não tem caixa. E o que é “não ter caixa”? Tem caixa para algumas atividades, por exemplo, propagandas políticas, e não tem caixa para cumprir determinações taxativamente previstas na Constituição? E qual o controle? [...] Então, como falar em Reserva do Possível se nós sequer discutimos democraticamente o orçamento do Poder Executivo, enfim, dos poderes públicos em geral? Me parece um jogo de retórica. [...] Reserva do Possível abre um espaço muito grande para argumentos. Argumentos que você constrói fazendo a cor preta virar cor branca e daí pra frente (Sujeito 4)

O entrevistado faz uma reflexão de que o conceito de Reserva do Possível não deixa de ser um bom argumento, mas somente quando se referir a situações que concretamente são impossíveis, sendo que essa definição é uma linha tênue entre a real limitação do Estado e o subterfúgio para a não concretização de direitos. Nessa perspectiva, aponta que Reserva do Possível não diz respeito à ausência de caixa. Se o Estado alega que o que está posto na Constituição é uma tarefa impossível, há algo de errado. Sendo realmente impossível, entende que é necessário convocar a população para a discussão de uma nova carta constitucional que atenda a parâmetros de proteção social possíveis.

Ademais, defende o entrevistado que para que o argumento da Reserva do Possível seja utilizado, seria necessário que antes fossem feitas discussões amplas sobre o plano orçamentário, embora admita que orçamento é algo ininteligível para a maioria das pessoas que não estão envolvidas diretamente na sua formulação. A alegação de que não há recursos disponíveis não pode valer por si só, mas ser demonstrada de forma taxativa, mediante cálculos claros, bem definidos e discutidos com a maior quantidade possível de representantes da população:

Aí sim, talvez nós pudéssemos falar em Reserva do Possível; dizendo “olha, nós temos um orçamento assim, que foi objeto de debate, que foi objeto de discussão...” Na prática, isso é uma ficção. Então, Reserva do Possível com base em que? O que é o “possível”? Abre-se um espaço muito grande para um desvio de foco e para uma justificativa aparente. Não gosto. Agora, existe esse entendimento, eu conheço. É um argumento perigoso, pois até onde isso chega? Daqui a pouco tudo entra na Reserva do Possível. Ela tem sido alegada, mas felizmente, tem sido mal alegada. Tem tido respaldo em algumas decisões judiciais e tal. Eu acho que é uma

boa tese, e até viável, mas não alegada de maneira genérica. Como é que você vai obrigar alguém a fazer algo que é impossível? Mas o que é impossível? Essa é a questão. Senão fica só a redefinição de significados. (Sujeito 4)

Por outro lado, o entrevistado também não é totalmente adepto ao princípio do Mínimo Existencial, como fica explícito no depoimento abaixo.

Eu também não sou a favor dessa postura só de Mínimo Existencial. Eu acho que “mínimo” já começa mal. A dignidade do ser humano não se mede só pelo mínimo não, ela se mede pela dignidade. A dignidade é um conceito mais amplo, mais elástico, mais aberto. Não é mínimo. Dignidade do ser humano em todos os seus níveis; tem uma postura mais de efetividade mesmo. (Sujeito 4)

O sujeito 7 compartilha do entendimento de que as garantias constitucionais não podem ser reduzidas a um conceito “mínimo”. Ao afirmar que não compartilha do conceito de Mínimo Existencial, justifica seu posicionamento da seguinte forma:

Porque a Constituição não é mínima, as garantias não são mínimas; quando se fala em mínimo existencial, você minimiza o que foi maximizado pela Constituição. Então, quando você pega o artigo 3º e ele fala em erradicação da pobreza, isso é um conceito máximo, não mínimo! Eu quero erradicar a pobreza, eu quero reduzir as desigualdades sociais. Só existe uma forma de ser feito isso, que é através da efetivação dessas garantias. Então, você tutelar o mínimo, quando a Constituição tutela o máximo, me parece incongruente, me parece incoerente, não é essa a vontade do constituinte.. (Sujeito 7)

Nesta mesma lógica argumentativa o entrevistado cita como exemplo o artigo 196 da Constituição Federal que institui a universalidade e responsabilidade estatal pela política de saúde. Na reflexão desse magistrado, ao falar da tutela preventiva da saúde, a Carta Magna estabelece, de pronto, uma tutela máxima, nunca mínima. Nessa perspectiva, garantir políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças diz respeito a uma atuação máxima do Estado, incompatível, portanto, com o conceito de Mínimo Existencial. Concluindo, diz o entrevistado que o discurso de Mínimo Existencial está na contramão da Constituição Federal de 1988.

No que se refere à Reserva do Possível, o que se obteve desse sujeito 7 foi um discurso igualmente semelhante ao manifesto pelo sujeito 4:

O que eu tenho acompanhado do Supremo é que o argumento da Reserva do Possível só é admissível quando o ordenador da despesa - gestor da coisa pública - demonstra que todos os recursos que ele teria para dar efetividade àquela determinada política pública foram empregados em outra política pública. Argumentar que não tem dinheiro ou que por hora isso não é possível, é argumento vazio. A Reserva do Possível só vai ser acolhida quando o gestor demonstra que existia um recurso que poderia ser empregado na habitação, na saúde, no saneamento, na educação, mas que foi empregado em outra área de igual importância. Aí nós temos um argumento forte comprovado, ligado à Reserva do Possível. A fonte de receitas é uma só, que são os tributos, mas a saída é múltipla. (Sujeito 7)

O mesmo entrevistado prossegue afirmando que se o administrador público demonstrar que canalizou todos os recursos para o atendimento a uma determinada demanda de cunho social e, por essa razão, não dispõe de recursos para suprir outra demanda, esse procedimento pode ser chamado “Reserva do Possível”. No entanto, reforça, dizer que não é possível implementar um serviço público por ausência de previsão de recursos no orçamento não é justificativa plausível, pois indica falha na administração pública. Desse modo, conclui:

Então, a rigor, eu acho que a Reserva do Possível é sim um argumento bastante forte, mas desde que nessas situações. O argumento vazio não pode ser acolhido. (Sujeito 7)

A exemplo do sujeito 4 e 7, o sujeito 5 também se posicionou claramente contrário tanto ao princípio da Reserva do Possível como ao do Mínimo Existencial:

O Mínimo Existencial, em minha opinião, está superado desde a Carta dos Direitos da Organização das Nações Unidas, de 1948. Quem assim o interpreta, ainda está envolvido pelo TFP – Tradição, Família e Propriedade, que impregnava o Código de 1916 e, em minha opinião, deveria se aposentar. Agora, quanto à Reserva do Possível, se estivéssemos em um país sério, onde o possível fosse o melhor possível, [...] Enquanto não estivermos num país sério do ponto de vista da administração pública, o juiz não tem nem que considerar a possibilidade da Reserva do Possível. O juiz tem que aplicar a obrigatoriedade do Estado de se virar e resolver determinadas questões que são excepcionais. Mesmo porque o juiz não vai decidir de acordo com simples pedidos; os pedidos que são julgados sob o nome de mérito no judiciário [...] O juiz tem consciência que ele faz parte do Estado, que o Estado é um ente etéreo, que o dinheiro não sai do bolso do Estado, o dinheiro sai do bolso da gente. Então, a gente não costuma decidir questões sem

um mínimo de plausibilidade, sem um mínimo de razoabilidade, dentro dos conceitos que são formulados. Então, eu acredito realmente que o Judiciário possa e deva aplicar princípios tais como Reserva do “Melhor” Possível, quando tivermos a melhor administração pública possível, a mais transparente possível. Enquanto virmos em todos os âmbitos da administração pública tais distorções, não há porque o Judiciário, por mera formalidade, invocar tais princípios para reduzir benefícios dos cidadãos que formam o Estado. (Sujeito 5)

É possível observar que os entrevistados desfavoráveis ao princípio do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível constroem seus argumentos com base em três pilares: o primeiro deles refere-se à origem da teoria, que se dá nos países desenvolvidos, nos quais os avanços em termos de políticas sociais já permitem o estabelecimento de um “mínimo” e, portanto, é inadequado importar de maneira cega tal conceito para a realidade brasileira.

O segundo argumento diz respeito a essa realidade nacional, na qual não se tem transparência no uso do recurso público e na elaboração do orçamento, citado por alguns entrevistados como de difícil acesso e entendimento até mesmo para as camadas sociais com maior acesso à formação superior e às informações pertinentes à temática. Isso dificulta a visualização do limite entre a impossibilidade e a utilização do argumento com fins meramente de negação do direito.

Por fim, o último argumento diz respeito à Constituição, que todos os entrevistados concordam ser o parâmetro para as decisões judiciais. Nesse sentido, para esses entrevistados que se mostraram contrários a tais princípios, para garantir o que está previsto na Carta Magna não pode haver qualquer restrição. Argumentaram ainda que, se o que está preconizado na Constituição é inexecutável, é necessário chamar a sociedade para uma nova discussão, revendo os direitos estatuídos, mas não se pode negar, de pronto, os direitos que se encontram em vigor.

Outro elemento que nos parece necessário discutir é o conceito de “mínimo”. A realidade brasileira é marcada pela luta pela sobrevivência e pela desigualdade social. Essa conjuntura parece dar margem a múltiplas interpretações de o que seria esse mínimo necessário, assim como o conceito de dignidade da pessoa humana, tão fortemente propagado em nossa legislação. Qual o conceito e quais os indicadores que possibilitam estabelecer uma clareza de o que seriam

esses “mínimos” e essa “dignidade”? Ao que nos parece, esses “mínimos” já estão estabelecidos na Constituição, ao instituir a carta de direitos sociais, não sendo possível “minimizar” o que a Carta Magna estabelece como necessário a todos os cidadãos brasileiros. Com esse raciocínio parece concordar o sujeito 6:

Se a gente ficar com essa teoria hoje que tem encaminhado muito na Europa, de que tudo tem que de ficar no possível, então, num país em que a consciência dos direitos é muito grande, que a consciência dos deveres também é muito grande e que o indivíduo só busca o Judiciário quando efetivamente ele sabe que há negligência e que há um dever estatal, é fácil você dizer que fica no possível. Agora, num país como o Brasil, em que a gente já falou aqui, que há os escândalos, que há a má distribuição das verbas, uma má aplicação das verbas, se eu deixar para essa “ética do possível”, do razoável, então, eu vou praticamente dizer que a Constituição não vai se efetivar. Porque tudo vai ser justificativa para não cumprir o que está lá na Constituição. A Constituição determinou e se o juiz vai ter que aplicar a Constituição, ele vai ter que determinar a concretização desse direito social e se o Estado não concorda, ele tem que debater isso com a sociedade e aí ele tenta modificar o texto constitucional. (Sujeito 6)

Para o sujeito 5, de modo semelhante ao pensamento acima exposto, não é papel do Judiciário verificar a disponibilidade orçamentária quando das decisões pela aplicabilidade dos direitos sociais em relação ao Poder Executivo ou Legislativo, sendo que, caso esses poderes considerem impossível a efetivação dos direitos sociais, é papel dos mesmos convocar a discussão pela construção de um novo texto constitucional:

As evoluções constitucionais ocorrem a partir daí. Cabe ao Judiciário aplicar a Constituição. Ao aplicar a Constituição ele deve dizer que o direito deve ser concretizado. Ele tem esse papel. Eu não posso dizer que o que está na Constituição é apenas uma norma programática e, quando o Estado puder, ele cumpre. Se eu disser isso, eu estou dizendo: “a Constituição é apenas um papel”. Nós estamos trabalhando no Direito há pelo menos uns sessenta anos, depois da 2ª Guerra Mundial – isso começou na Alemanha – nós estamos trabalhando desde lá para dizer que a Constituição não pode ser só um papel, que tem que haver a sua efetivação e que a sociedade tem que confiar no texto constitucional, porque se ela não confiar, ela vai nos dizer que aquilo realmente é só um papel. E se isso acontecer, eu acho que é a derrocada do Estado e nós não podemos trabalhar com essa idéia. A Constituição tem que ser realmente uma coisa viva e se a decisão jurisdicional interfere nesta política estatal, o governante tem que mostrar para a população a necessidade de mudar o texto constitucional e fazer a alteração.

Dizer que aquilo lá será efetivado até um determinado limite, e não é o que está lá hoje. (Sujeito 5)

Esse mesmo magistrado destaca que não é papel do juiz intervir exageradamente, superpondo as suas decisões àquelas que são de caráter exclusivo dos demais poderes, impondo sua visão sobre qual política administrativa deve ser aplicada. Porém, pondera que, por exemplo, ao garantir o direito à saúde de forma universal, a Constituição Federal de 1988 não fez distinção de classe entre os beneficiários dessa política pública. No ato de assegurar a saúde a todos, fica implícita a idéia da concessão de medicamentos àqueles que, por diversas razões, não o puderem adquirir por meios próprios, o que assegura ao Judiciário o poder e o dever de decidir em favor da efetivação desse direito. Já no que se refere à concessão desses medicamentos a cidadãos de maior poder aquisitivo, esse entrevistado discute que a questão deve ser ponderada pelo juiz responsável pelo caso, analisando com cuidado as variáveis da questão.

Me parece que aí é uma ponderação de valores, que a própria Constituição permite. Se eu pegar alguns valores constitucionais, eles são sociais, se eu pegar alguns valores constitucionais, eles são liberais. Eu não digo que há uma liberdade de iniciativa privada. Então, isso é a ponderação de valores e o judiciário pode fazer isso. Então, o mínimo necessário, eu acho que se o Estado se omite e vem a discussão à luz da Constituição, o juiz vai ter que garantir, isso é indispensável. Agora, esta ponderação de valores pode caminhar por este limite orçamentário. Até que ponto esse limite orçamentário permite? Ou até que ponto o Estado pode garantir isso aos seus cidadãos? O juiz tem que trabalhar com essa ponderação. Sempre que ele entender que o indivíduo está sofrendo muito maior risco do que o próprio orçamento do Estado, ele deve intervir para concretizar o direito do cidadão.

No âmbito da abordagem sobre essa ponderação que defende, o magistrado recorre à premissa de que o Estado existe para garantir direitos, partindo, para isso, da idéia de contrato social, já discutida no primeiro capítulo. Assumindo essa referência, faz coro aos contratualistas jusnaturalistas que defendiam a necessidade de um pacto social criado pelos homens para sair do estado de natureza e se defenderem mutuamente. Apregoa, portanto, o princípio de que o Estado é a instância reguladora e articuladora das forças sociais e que sua existência se justifica para “concretizar os direitos do cidadão”, em particular dos “mais fracos”. Em suas palavras,

Quando a gente resolveu se congregar em Estado, foi justamente para dizer que a união de todos pode alcançar a proteção dos mais fracos. Eu acho que é para isso que nós estamos reunidos. Então, se atuação estatal é para isso, nós vamos ter que chegar a esse limite. (Sujeito 5)

Tendo como ponto de partida este entendimento, o entrevistado conclui que não é admissível a um juiz adotar uma postura que responsabilize apenas a administração pública pela execução dos serviços e políticas sociais. Ao serem consagrados os direitos sociais na Constituição, deixaram de ser tarefa exclusiva de um dos poderes de Estado, sendo responsabilidade de todos e, nesse sentido, reforça a resposta às críticas feitas ao Judiciário quanto aos limites de sua atuação:

O juiz pode interferir toda vez que houver nulidade no ato administrativo e toda vez em que houver omissão administrativa. Então, o juiz não está se excedendo nos seus poderes e nas suas funções. (Sujeito 5)

A partir das discussões sobre o papel e os limites do Poder Judiciário na efetividade dos direitos sociais, vem à tona a questão das dificuldades identificadas pelos magistrados no interior dessa instituição no desempenho de tal tarefa. O assunto é abordado a seguir, sendo complementado pelo apontamento das alternativas visualizadas pelos entrevistados.

4.2 AS DIFICULDADES E AS ALTERNATIVAS VISLUMBRADAS

Não restam dúvidas quanto à complexidade da realidade atual, tanto nos países chamados desenvolvidos como os qualificados como em desenvolvimento, trazendo consequências e implicações para todas as instâncias sociais, inclusive para o Poder Judiciário. Sob esse ângulo, Faria (1989) apresenta uma reflexão sobre a necessidade de reavaliação do papel o Poder Judiciário frente a um contexto de transformação social, principalmente em países de terceiro mundo, cuja industrialização provocou uma diferenciação socioeconômica complexa e nos quais as classes populares se apropriaram do discurso dos direitos humanos, convertendo-os em direitos das majorias marginalizadas.

Para esse autor, tal contexto exige um Poder Judiciário apto, funcional e tecnicamente, para lidar com conflitos de classes que envolvam a reivindicação de tais direitos. Além disso, prossegue o autor, cabe o Judiciário atuar “tanto na reorganização do corpo social em bases mais igualitárias quanto na consolidação de um sistema jurídico eficaz e ao mesmo tempo reconhecido e acatado por todos.” (FARIA 1989, p. 96)

Para tanto, propõe diversas questões para reflexão, entre elas o fato de que a formação dos atores jurídicos permanece com um viés normativista-formalista da dogmática jurídica, cuja preocupação central é a “subsunção dos fatos à prescrição legal, valorizando apenas aspectos lógico-formais do direito positivo e enfatizando somente as questões da validade da norma, da determinação do significado das regras [...]” (FARIA 1989, p. 96). De acordo com ele, essas características da formação de alguns juristas dão origem a uma mentalidade estritamente legalista que se choca com a realidade não-legalista, tendo como uma das consequências a existência de operadores do direito com dificuldades de identificar as razões dos conflitos e tensões sociais e oferecer respostas a elas.

Esse movimento é uma das causas do fenômeno denominado pelo autor de “crise do Poder Judiciário”.

Sobre essa temática, sete dos entrevistados discordaram da tese de que a crise esteja relacionada com o preparo dos magistrados para lidar com as mudanças oriundas da Constituição de 1988 no que se refere ao acesso aos direitos sociais, identificando-se a concordância com a teoria do referido autor apenas por parte do sujeito 6. Em contrapartida, todos os entrevistados apontaram que o principal obstáculo que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta na atualidade diz respeito à estrutura e as condições objetivas de trabalho, permitindo críticas relativas a uma morosidade nos processos, como exemplifica o sujeito 2:

Então a crise nossa, e a maior crítica que a gente sofre, é em relação à morosidade, ao tempo do processo. A Constituição veio a determinar que o processo tenha um tempo razoável. O que não se consegue é definir o que seja esse tempo razoável. Para muitos autores, tempo razoável é que o processo tramite dentro dos prazos que o Código de Processos determina; os prazos previstos de tempo processual. Como solucionar isso? (Sujeito 2)

Ou seja, essa morosidade criticada seria decorrência das deficiências em termos de estrutura e condições objetivas de trabalho vivenciadas pelo Poder Judiciário, justificando a recorrente expressão dos entrevistados de que a Constituição Federal “abriu as portas do Judiciário”, mas não ofereceu os recursos para que fosse aberta a “saída”. Significa dizer que os magistrados avaliam que apesar da ampliação considerável das possibilidades de judicialização de conflitos de qualquer natureza, a readequação da estrutura judicial para o atendimento a essa demanda foi ínfima. Esta argumentação fica evidente no seguinte depoimento:

Por outro lado, como a Constituição de 88 – chamada de Constituição Cidadã – abriu enormemente o acesso ao Judiciário, a gente costuma dizer que existem hoje inúmeras portas de entrada, o número de demandas cresceu demais, as pessoas vem ao Judiciário tentar alcançar esses direitos, mas o número de saídas é muito pequeno. São muito poucos juízes, são muito poucos funcionários atuando para atender a essa demanda. [...] (Sujeito 6)

Concordando com isso, o sujeito 3 é categórico ao afirmar que a única crise do Judiciário é a crise de estrutura, das condições objetivas de trabalho, exemplificando que há pouco mais de vinte anos, Londrina tinha cerca de duzentos e cinquenta mil habitantes e a Comarca já dispunha de dez Varas Cíveis. Este número de Varas permanece até os dias atuais, quando o número de habitantes praticamente dobrou e a Constituição Federal estipulou um aumento significativo de possibilidades de intervenção pela via judicial. Relata que, naquele período, cada Vara Cível atendia uma média de dois mil e quinhentos a três mil processos, situação que é muito diferente da atual:

Tudo ampliando o leque: o Código de Defesa do Consumidor, que ampliou o leque, não só do acesso, mas de ações possíveis e o Judiciário de Londrina continuou com o mesmo número de Varas e isso faz com que a gente tenha em média 15 mil processos em cada Vara. (Sujeito 3)

O mesmo entrevistado destaca que não se trata de uma crise de quem não trabalha, tampouco de falta de transparência no processo de ingresso na magistratura, que, segundo ele, está cada vez mais difícil e transparente. Trata-se de uma questão claramente material, pois o volume de demanda se acumula consideravelmente, sem que se tenha uma perspectiva de melhoria de tais

condições de trabalho. O sujeito 4 apresenta ainda uma outra preocupação relacionada à questão:

O que eu vejo é uma falta de estrutura para o judiciário executar suas atividades. O que já tem um tom ideológico por trás. Por quê? Se o Judiciário for forte, como é que fica? Pode dar problema, pode incomodar. Então, o que a gente vê é uma campanha não tão velada pelos meios de comunicação contra o judiciário, ressaltando suposto aumento de salário sem base fática correspondente com a nossa realidade. (Sujeito 4)

Ressalta que esse “incomodo” não integra as críticas, bem como não são veiculadas questões como o dia-a-dia desses magistrados e os riscos que correm no exercício profissional, exemplificando esses riscos com menção ao fato de um colega paranaense ter tido recentemente sua casa alvejada por tiros.

Já o entrevistado 6, concordando com a análise de José Eduardo Faria, lembra que, historicamente, os magistrados brasileiros são formados em uma tradição positivista, constituída sob influência da tradição portuguesa e europeia, de se guiar por regras e normas e não por princípios e valores. Ainda que na Europa essa tradição já tenha sofrido evoluções nas últimas décadas, a tradição brasileira continua muito atrasada

[...] no sentido de que o juiz é formado para atuar no positivismo. Se a norma infraconstitucional dispõe que há um direito, o juiz concretiza esse direito. O juiz da tradição brasileira pouco foi preparado para atuar à luz de princípios e valores, que é a nossa base constitucional hoje: princípios e valores muito mais do que regras. A questão é dizer “é direito do cidadão à saúde. O Estado deve cumpri-lo”. O juiz está acostumado a dizer “manda a regra: „o juiz deve determinar pagamento de remédios até o limite de X%, do orçamento”” Então, o juiz com essa regra, trabalha bem. Com o princípio, que é aberto e genérico, não. Ele não foi preparado para trabalhar com esses princípios [...] Ao mesmo tempo, o juiz não está acostumado a trabalhar com essas demandas de direitos abertos e genéricos. A gente está acostumado a trabalhar: “matar alguém é homicídio e homicídio é pena de seis a doze anos”. Aí eu consigo trabalhar bem, porque está tudo já delimitado. Quando o legislador deixa isso em aberto e aí o legislador seria o constituinte, o juiz tem essa dificuldade. (Sujeito 6).

No intuito de ilustrar esse entendimento, o mesmo sujeito exemplifica:

É fácil você resolver o caso do locador com o seu inquilino, porque está quase tudo definido na Lei, o que pode e o que não pode, o que não está na Lei, está no contrato. Agora, é difícil decidir um direito do cidadão a ter um leito de hospital por uma regra genérica de que é direito à Saúde, enquanto o Estado vem e diz que não tem nem espaço físico, não tem nem médicos, nem orçamento para tudo isso. É um caso difícil de ser resolvido. Porque há dois conflitos de interesse muito sérios: o cidadão que está com o risco de morrer e o Estado que está com o risco de deixar de praticar outros atendimentos públicos por conta de uma decisão nesse sentido. Então, é difícil trabalhar com isso [...] (Sujeito 6).

Entretanto, o entrevistado observa uma mudança nesta realidade, impulsionada por uma renovação nos quadros do Poder Judiciário e uma maior qualificação dos magistrados. Em suas palavras:

Isso tem mudado, mas é uma mudança gradual, uma mudança que vem da renovação do quadro, é uma mudança que vem da renovação de mentalidades, é uma mudança que vem daqueles que conseguem acesso aos cursos de Mestrado e Doutorado, que tem acesso a novas idéias, novas metodologias. Mas esse acesso também é muito restrito. [...] mas a gente vai caminhando para tentar, no futuro, ter gente mais preparada para essas demandas. (Sujeito 6).

O Sujeito 5 acrescenta um outro elemento à discussão, elemento esse dizendo respeito às expectativas da sociedade em relação às funções do Poder Judiciário: Diz ele que, em primeiro lugar,

a nação brasileira não sabe diferenciar judiciário de justiça e de segurança pública. Enquanto você vê inúmeros dados de descrença na justiça, com índices superiores a 75%, você vê um crescimento de demandas em PG. Em progressão geométrica, não é nem em progressão aritmética, buscando acesso ao Judiciário. E isso é um contra-senso e ele só tem três explicações: 1º o brasileiro aprendeu o que é exercer a cidadania; 2º: o brasileiro sofre de uma educação de base tão tremenda que quando ele responde que não acredita na justiça, ele está respondendo que não acredita na segurança pública, que ele não acredita nas políticas públicas de inclusão e de garantia da segurança pública, de modo mediano por todos. Que ele não acredita na aplicação da lei em favor de todas as classes sociais, a exemplo de consumidores, de beneficiários de serviços de saúde, e eles recorrem ao Judiciário – uma das parcelas da Justiça macrocosmicamente discutida – para resolver seus problemas. [Por fim, em 3º.] até a mídia, utilizando-se dessas informações de forma licenciosa, acaba colocando a figura do Judiciário respondendo por todo o complexo mecanismo do sistema parcial da Justiça. (Sujeito 5)

No tocante a essa terceira possível explicação relacionada ao papel da mídia na construção de uma imagem pouco fidedigna do Poder Judiciário, o mesmo entrevistado exemplifica:

Exemplos há aos montes: você pega apresentadores locais na hora do almoço, que verificam um acontecido num bairro. “a policia não esteve em determinado local e alguém matou outra pessoa.” Ele entra, faz a inserção da matéria dizendo “Cadê a justiça? A justiça tem que funcionar!” E isso não tem nada a ver com Justiça. (Sujeito 5)

Esse exemplo ilustra com perfeição a afirmativa do entrevistado de que “a nação brasileira não sabe diferenciar judiciário de justiça e de segurança pública”, bem como o papel colaborador da mídia a essa indiferenciação que, no limite, implica em reforço a uma equívoca imagem negativa do Poder Judiciário. Como explicitado por ele, se associa judiciário com segmentos que não estão relacionados diretamente ele, como a Polícia Militar que visa a manutenção da ordem pública e está constitucionalmente vinculada ao Poder Executivo, especificamente à Secretaria de Segurança Pública. Não é função do Poder Judiciário zelar pela ordem pública em termos de prevenção e combate à criminalidade; sua função é a de dirimir conflitos quando estes se transformam em conflitos jurídicos. Nesses casos de justiça criminal, o envolvimento do Poder Judiciário se restringe aos efeitos da criminalidade e não às suas causas, cujo combate é de responsabilidade de outra ordem de poder de Estado.

Na mesma linha argumentativa menciona a indiferenciação entre Poder Judiciário e Ministério Público, ilustrando-a com a seguinte situação:

Muitas vezes verifica-se que o Ministério Público não promoveu uma demanda de forma a evitar cartel de combustível, o que é comum na nossa cidade. “Cadê a justiça?” O Judiciário é inerte, ele só age quando provocado. Temos um MP que cansa de promover audiências públicas, mas não promove uma medida para fixar preços em patamares mínimos e máximos, para prender essas pessoas. As investigações não terminam e o Judiciário fica aqui, de mãos atadas, dentro do padrão constitucional dos princípios que são a ele aplicados, aguardando ansiosamente uma medida para que possa tomar atitudes judiciais para tanto. (Sujeito 5)

Como se observa, além da confusão entre os conceitos de justiça e de segurança pública, o entrevistado se refere a outra imprecisão envolvendo a

questão da investigação pública que é de responsabilidade do Ministério Público, um órgão independente do Poder Judiciário. Como resultado,

Colocam num pacotinho chamado “justiça”: judiciário, ministério público, segurança pública, polícia civil, polícia militar, secretaria de segurança pública, ações institucionais das forças armadas e até determinadas ações do governo pela secretaria ou Ministério da Justiça, polícia federal, que é polícia de investigação e de auxílio à polícia judiciária como resolução de perícias técnicas, de investigação de crimes, mas também tem o seu papel de força operacional, de força ostensiva para segurança e soberania de portos e aeroportos e põem tudo isso no conceito de Justiça. E a população, que não tem nem educação de base, não sabe nem o que é Justiça, reclama da Justiça de modo geral, mas também procura o Juiz, procura a figura do Juiz, a figura da caneta, que na caneta ele resolve. Isso realmente tem ocorrido, as demandas crescem em progressão geométrica, o Judiciário está tendo o seu papel superestimado, me parece que como uma criança que começa a gritar “manhê, isso, manhê, aquilo...” para que alguém dê uma solução. E o Judiciário ainda vai sofrer o seu caos até que percebam que é necessário investir nesse órgão, que não tem uma representatividade na imprensa, que não divulga as suas boas ações. (Sujeito 5)

Concentrando-se nessa não divulgação das realizações do Poder Judiciário, o entrevistado retoma sua crítica ao papel contribuidor da mídia, enfocando o trato midiático dado às questões que o envolvem:

Quando a imprensa quer, ela divulga os seus salários, as suas defasagens, as férias, as discussões a respeito de benefícios. Nunca divulga o número de processos julgados, o número de ações realizadas, o número de conciliações, o número de conflitos resolvidos, só divulga o que interessa a respeito do Judiciário, que é inerte. E já afigura para o juiz a lei da mordada, porque ressalvada a crítica literária, um juiz não pode se manifestar nem sobre suas decisões nem sobre as decisões de colegas, pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional. E a gente sofre quieto, trabalhando, tentando dar cabo dessa avalanche de ações de exercício da cidadania, (Sujeito 5)

No que concerne às alternativas para que o Poder Judiciário avance na contribuição à efetivação dos direitos sociais, os entrevistados apontaram alguns caminhos. A questão mais recorrente apresentada foi em relação à prevenção dos conflitos sociais, de responsabilidade dos poderes Legislativo e Executivo, uma vez que, assegurados os direitos sociais na forma com que a Constituição Federal os previu, a necessidade de intervenção judicial tende a tornar-se mínima.

Na análise do sujeito 2, a concretização dos direitos fundamentais de todas as gerações tem como pressuposto a educação e a democracia; não existe maneira de serem alcançados sem partir dessa premissa. Nesse sentido, a educação teria o papel de formar cidadãos amplamente conhecedores de seus direitos, bem como das estruturas do poder, capazes de reivindicar mudanças e efetuar o controle social diretamente nos espaços adequados para tal. A participação popular seria, na perspectiva desse entrevistado, uma alternativa que diminuiria o movimento de judicialização da questão social.

Falta crescer ainda a questão da atuação de associações. Aqui em Londrina as associações – pelo que eu vi de ações aqui comigo – são mais na área de meio ambiente. Mas as associações, as ONGs, poderiam ter uma atuação maior já que a lei reconhece a elas legitimidade para entrar com ações civis públicas, ações coletivas. Então, acho que isso ainda poderia ser incrementado: a população se unindo em torno de associações para propor ações coletivas, que é uma vantagem em relação às ações individuais, você pulveriza as ações individuais numa ação coletiva e, numa única, você atenderia toda a coletividade. Eu acho que se tiver uma administração democrática, com a participação popular, por exemplo, em termos de saúde, cria-se um comitê, uma agência com a participação também da população onde ela vai ser ouvida e opinar sobre quais seriam as diretrizes desse atendimento, quais seriam as necessidades mais prementes a serem atendidas. Com relação à habitação, à segurança, em todas as áreas, se você tiver a participação da população na definição das políticas públicas, se ela participa e sabe que o Estado está atuando, sabe que ela vai ser atendida, de acordo com determinado cronograma ou programação, você diminui a judicialização, porque essa população já vai atuar diretamente junto ao Poder Executivo. (sujeito 2)

A fala do sujeito 2 faz alusão à necessária participação efetiva da população em todas as esferas decisórias do poder. É sabido que a Constituição Federal de 1988 prevê a participação da população nas ações e decisões em matéria de direitos sociais – diretriz essa posteriormente regulamentada nas Leis Orgânicas específicas. Entre elas está a Lei Orgânica da Saúde que institui instâncias colegiadas para atuar como mecanismo de gestão do Sistema Único de Saúde nas três esferas de governo: as Conferências e Conselhos, conforme lembra Ribeiro (2008).

A autora lembra também que as Conferências são fóruns amplos, promovidos a cada quatro anos, nas quais se reúnem representantes dos usuários dos serviços públicos de saúde, dos profissionais de saúde, dos dirigentes e dos

prestadores de serviços, entre outros, com o objetivo de avaliar a situação da política de saúde e propor diretrizes para a estruturação da mesma nas três esferas de governo. Já os conselhos referem-se a órgãos colegiados, com poder de deliberação, representados pela sociedade civil organizada e gestores. Tem como principais objetivos a formulação de estratégias, o controle, a fiscalização e a execução da política de saúde. Nessa perspectiva, a autora defende que a “participação, na perspectiva do Controle Social, possibilita à população interferir na gestão da saúde, colocando as ações do Estado na direção dos interesses da coletividade” (RIBEIRO 2008, p. 45)

Retomando as indicações dos magistrados no que se refere às alternativas para que se reduza o movimento de judicialização dos conflitos sociais, o sujeito 3 reforça a necessidade de otimização da aplicação dos recursos públicos, com o compromisso e preparo tanto do administrador público quanto do legislador:

para se prevenir seria a boa aplicação das verbas públicas, o bom preparo, não só do administrador como do legislador, para saber como direcionar... aí é questão, eu acho, que mais ainda do legislador, para sentir na sua região o que é mais necessário. [...] enfim, aí seria uma questão de melhorar o executivo, e o legislativo também, para que as leis consigam atingir uma maior parte da população, para que as verbas públicas sejam bem aplicadas e exista um maior controle das verbas públicas. (Sujeito 3)

O sujeito 3 prossegue seu discurso discorrendo sobre a necessidade de aplicação adequada dos recursos orçamentários estatais. Em seu entender, para que isso ocorra é necessário que se reveja também a qualificação do administrador público que, não raro, assume cargos eletivos de fundamental importância para o presente e o futuro da nação sem o devido preparo e, o que é pior, muitas vezes sem a consciência da importância de seu cargo. Quando isso ocorre no âmbito do legislativo, o resultado é a promulgação de leis nem sempre compatíveis com as necessidades da população, o que se reflete na atuação do Poder Judiciário que deve julgar os fatos conforme a lei. Já quando ocorre no Poder Executivo, pode resultar em ações concretas igualmente incompatíveis com as demandas econômicas e sociais do país, ocasionando o aprofundamento das desigualdades sociais, entre outras conseqüências severas.

O sujeito 4 expressa concordância com esse discurso, enfatizando, então, que a solução não passa por mudar a legislação, mas pela atuação do Estado que deve agir:

Assumindo a responsabilidade pela execução de tais serviços a partir das receitas públicas. Se isso não é cumprido com a devida efetividade, com a devida eficiência, não se trata de alterar o quadro desses direitos, mas sim de alterar a forma como esses direitos são encampados, são assumidos e prestados pelo Estado. Então, a busca seria de uma melhor execução, detecção das falhas, dos pontos negativos. Só que isso também tem como pressuposto uma conscientização da parte dos destinatários desses serviços. E aí envolve uma série de aspectos, dentre eles, a educação, uma democracia não só de voto, mas uma democracia participativa, questionadora, crítica, que cobre do Estado o papel que está previsto na Constituição. (Sujeito 4)

O sujeito 5 também destaca o papel da educação, lembrando a influência dos aspectos culturais na mudança da realidade, no que se refere ao controle dos atos públicos e à participação popular. Para ele, a atual conjuntura de má administração dos recursos públicos não será alterada somente com decisões judiciais, mas

[...] precisaria haver uma ação organizada e direcionada para que houvesse melhora. Ocorre que a gente vê poucas ações centradas com o objetivo efetivo de melhora. Então, em um determinado momento é veiculada uma proposta, depois há um retrocesso, aí há um avanço em determinado aspecto, mas em detrimento de outro, enfim... Então, não há uma ação organizada nem por parte do Estado, nem por parte da sociedade civil. Falta essa inter-relação e vai se fazendo as coisas na base da tentativa e erro, e se a economia vai bem ou se a economia vai mal, e aí surgem novos problemas... Então, eu penso que, se fosse resumir em uma palavra, seria Educação. (Sujeito 5)

Sobre a participação popular no controle dos atos públicos, concorda o sujeito 6 com a perspectiva do sujeito 5:

Parece-me que o primeiro grande foco para tentar efetivar esses direitos sociais deveria ser discussões públicas da sociedade organizada, de como é gasto o dinheiro na administração. A base é essa. O Judiciário deveria ser uma última saída. Mas, hoje em dia, ele cada vez mais é buscado pela omissão do agente. A prevenção deveria ser essa, a discussão dos órgãos da sociedade organizada, a discussão dos órgãos que realmente atuam no processo político, porque na verdade, a atuação jurisdicional não é tão positiva, ela deveria ser técnica, mas hoje ela tem que ingressar nessa discussão político-orçamentária, por exemplo, porque há um conflito entre o

cidadão que precisa de atendimento e o órgão estatal que não presta esse atendimento. (Sujeito 6)

Outra questão apontada pelo sujeito 5 refere-se à necessidade de reforma política:

Para mim o mal está na inércia em se votar a Reforma Política que já urge há pelo menos dez anos [...] Já precisava ter sido feita há dez anos. De acordo com o novo parâmetro Constitucional, depois das Emendas Constitucionais de Revisão, era para ter sido realizada em 2000 e até hoje não saiu do papel. [...] 90% desses problemas vão ser resolvidos com financiamento público de campanha e a exclusão sumária de candidatos que utilizarem verbas privadas, Lei da Ficha Limpa e qualificação mínima para servidores públicos em cargos eletivos. Isso tudo é tema de reforma política, que tinha que ser discutido. (Sujeito 5)

O mesmo entrevistado aponta outros mecanismos que considera necessários para que haja efetivação dos direitos sociais na realidade brasileira, entre eles, o simples cumprimento integral por parte do administrador público no que se refere aos direitos constitucionalmente previstos. Refere-se ainda à necessidade de uma maior conscientização dos cidadãos acerca de seus deveres de cidadania. Reflexão semelhante é adotada pelo sujeito 7, como se observa nos depoimentos abaixo:

Simples: cumpri-los [direitos constitucionalmente previstos] na esfera administrativa, que é dever do administrador público, e não invocando regras meramente formais da lei para negar benefícios que estão consagrados como direitos na Constituição. Aliás, a Constituição também tinha que trazer um capítulo de deveres individuais e não só de direitos individuais aos cidadãos e aos servidores públicos também. A nossa Constituição Cidadã, depois do período de ditadura, trouxe muitos direitos, mas não deu a mesma ênfase aos deveres e ela teria de trazê-los. Isso se chama “movimento pendular da lei”, de acordo com o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos. As leis ditatoriais estavam trazendo somente deveres e quando você passa para uma nova ordem constitucional, o pêndulo se movimenta para o outro lado e os dois geram desequilíbrio. Somente quando ele passa no meio de seu âmbito de atuação é que ele “toca a cornetinha”, a sineta, então, tem que ser trazido para o meio. (Sujeito 5)

Só existe um caminho, que é através dos setores políticos do Estado (Poder Legislativo e Executivo) darem efetiva garantia ou efetivarem esses direitos sociais assegurados na Constituição. Só existe esse mecanismo, não existe outra forma. Enquanto houver argumentos ou

mesmo omissão da parte do Executivo e do Legislativo na concretização desses direitos, isso não tem como diminuir, isso só vai aumentar. (Sujeito 7)

É possível extrair dos depoimentos dos entrevistados a necessidade de dar concretude à participação popular, como mecanismo de regulação das ações governamentais e empoderamento dos mandatários dos serviços públicos e da intervenção estatal. A participação popular legitima democraticamente as decisões judiciais, na medida em que é a expressão do exercício da cidadania e da democracia.

Fica evidente também a imprescindível obediência aos princípios básicos da administração pública, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios esses que, de acordo com Justen Filho (2005), fazem parte do instrumental do direito administrativo há séculos. Segundo o autor, a transformação concreta da realidade social e sua adequação ao modelo constitucional dependem essencialmente do desenvolvimento de atividades administrativas efetivas – preceito amplamente defendido pelos magistrados ao longo das entrevistas.

Nesse sentido, volta-se à discussão anterior, no que se refere à participação popular. Um dos mecanismos indicados pelos entrevistados diz respeito às ações coletivas, por meio das quais a sociedade civil tem o poder de apresentar demandas comuns a um grupo de cidadãos, e também propor a apreciação de denúncias de má administração pública, à ética dos agentes públicos, bem como à moralidade dos atos administrativos. Nesse sentido, compete a essa sociedade, questionar e acompanhar a concretização dos princípios constitucionais e a conseqüente implementação de políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procuramos apontar neste trabalho, como pano de fundo, que os processos de acumulação de riqueza e de exploração da força de trabalho inerentes ao modo de produção capitalista resultaram historicamente numa situação tão brutal de desigualdade social que foi necessário criar (sob pressão popular) mecanismos de proteção à classe trabalhadora, ainda que como estratégia de manutenção do próprio capitalismo. Trata-se do reconhecimento da segunda geração de direitos fundamentais que, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, tomaram maior visibilidade, justificando a discussão e posituação desses direitos em diversas Constituições e pactos internacionais.

Com base nesse pressuposto, buscou-se apontar a formação histórica, a consolidação teórica e a aplicação prática (efetivação) dos direitos sociais, tendo como foco central a realidade brasileira. A partir disso, verificou-se que a evolução dos direitos sociais sofreu um processo de especificação, superando a idéia abstrata do destinatário “cidadão” e determinando cada vez mais claramente a figura de seus destinatários. É dessa forma que foram delineados os direitos da infância, da adolescência e da velhice (fases da vida), das mulheres (gênero), da pessoa com deficiência (condições peculiares), entre tantos outros. No Brasil, esse processo foi observado com mais clareza a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e das legislações infraconstitucionais posteriores.

O eixo central que se intentou discutir neste trabalho refere-se ao problema que se apresenta e que urge respostas: após a posituação desses direitos, como vem acontecendo sua efetivação no Brasil? Qual o papel do Estado, especialmente do Poder Judiciário, nessa efetivação? Partiu-se do princípio de que há no Brasil uma restrição dos direitos sociais prestacionais, o que garante a possibilidade de o cidadão pleitear prestações materiais do Estado em caso de necessidade ou não cumprimento do dever estatal.

Procuramos responder as questões a partir da percepção dos magistrados, na medida em que esse segmento lida em seu cotidiano com litígios decorrentes da não-efetivação dos direitos sociais. Além disso, na qualidade de representantes do chamado terceiro Poder, suas decisões tem a possibilidade de influir no trato dos demais Poderes no que se refere à efetivação desses direitos.

Dentre os resultados, constatamos a existência de um novo papel para o juiz no Estado Democrático de Direito, especialmente no caso brasileiro, onde o Poder Judiciário e, conseqüentemente, a esfera de atuação do juiz, passou por significativa ampliação após a Constituição Federal de 1988. A Carta Magna, além de garantir o livre acesso do cidadão ao Poder Judiciário, ampliou o rol de direitos sociais.

Nesse sentido, o juiz representa para a sociedade civil um poder interventivo na realização dos compromissos constitucionais. Como conseqüência, a procura da população pela efetivação de tais direitos tem aumentado em grandes proporções, intentando respostas à ineficácia do Poder Executivo e demandando ao Poder Judiciário um posicionamento incisivo no que se refere à concretização de tais direitos e uma análise dos processos sob uma perspectiva não só jurídica, mas também social e política.

Nesse processo – aqui chamado de judicialização da questão social – na quase totalidade das Varas que participaram da pesquisa há um predomínio de litígios envolvendo o acesso ao direito à Saúde, nas mais diversas facetas, sobretudo no que se refere ao acesso a medicamentos e tratamentos de alto custo.

Isso nos leva a considerar que, decorridos vinte e dois anos da universalização do acesso à Saúde e da previsão constitucional do dever do Estado na sua garantia e efetivação, o mais básico dos direitos sociais (tendo em vista que aí está incluído o direito à vida, conforme assinalaram os entrevistados) permanece negligenciado em muitos dos seus aspectos no Estado brasileiro. Um ponto a ser destacado é o fato de que ainda existem direitos sociais que não são reclamados judicialmente, apesar da garantia constitucional expressa. É o caso, por exemplo, do direito ao lazer.

Isso já indica a precariedade do trato estatal à efetivação dos direitos. Concordando com Dallari (2002), ao invés de se buscar enfrentar os verdadeiros problemas relacionados, entre outras coisas, com o predomínio de estruturas sociais injustas, que apresentam desníveis regionais que distanciam cada vez mais o país pobre do país rico, o que se tem feito é deformar, sem real aproveitamento da população, a Constituição “cidadã”. Também concordamos com o autor quando o mesmo afirma que a Constituição de 1988 não teve a complementação legal necessária e é constantemente desrespeitada pelos governos da República.

Outro elemento a destacar foi a constatação, através da pesquisa de campo empreendida, de que os magistrados londrinenses apresentam posicionamentos teóricos e ideológicos diferenciados no que se refere ao papel do Estado e do Poder Judiciário em matéria de efetivação dos direitos sociais. Alguns dos entrevistados demonstraram posicionamentos conservadores, classificados por Dallari (2002) como “formalistas”, uma vez que tem seu discurso vinculado à lógica aparente do positivismo jurídico e “muitas vezes não chegam a perceber que o excessivo apego a exigências formais impede ou dificulta ao extremo a consideração dos direitos envolvidos no processo” (DALLARI, 2002, p. 40).

Outros, porém, se posicionaram numa perspectiva ampliativa de direitos, num movimento classificado por esse mesmo autor de “boa rebelião dos juízes”. Cientes do seu papel social e de sua responsabilidade na construção de uma nova socialidade, segmentos dos magistrados vêm assumindo o discurso e o posicionamento em favor de um processo de reformas, tendo por objetivo conferir ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra o seu posto de garantidor de direitos e distribuidor de Justiça.

Em suma, verificou-se que os magistrados londrinenses vêm no Estado e no Poder Judiciário elementos fundamentais para a construção desse patamar de acesso a direitos sociais intentado na Constituição Federal de 1988, de cunho universalizante e qualitativo. Entretanto, vêm nesse mesmo Estado uma figura contraditória que, na prática, não assegura os direitos a que se propõe, estabelecendo relações de dependência por parte da população cada vez mais empobrecida e aviltada de seus direitos mais básicos. Esse mesmo Estado se omite de suas funções essenciais, sob o pretexto de ausência ou limitação de recursos financeiros suficientes para o atendimento a todas as demandas sociais da população.

Os entrevistados apontaram a falha e ausência do Estado, expressa por uma má administração do erário público e das políticas públicas, como o principal fator que gera a judicialização da questão social. Soma-se a isso um movimento de mercantilização de serviços advocatícios, mencionado por alguns magistrados como mecanismo utilizado por profissionais que se utilizam dos conhecimentos técnicos para angariar lucros sobre o acesso à justiça. Por sua vez, houve magistrados que classificaram como positiva a ação dos advogados, uma vez que consideram que o número cada vez mais crescente de pessoas que tem

ingressado no Judiciário indica maior conhecimento dos direitos sociais expressos constitucionalmente.

Não há dúvidas de que caberá ao Judiciário o papel de ganhar, cada vez mais, espaços na luta pela efetivação dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal de 1988. Nisso concordamos com Barroso (1996) que afirma que o constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais, e democracia em soberania popular e governo da maioria. No entanto, se por ventura acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais, o Judiciário deve agir. Defende-se a idéia de que, depois da conquista de um direito, o próximo passo só pode ser a sua efetivação.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Maria Madalena Salsa. A Efetividade dos Direitos Sociais e a Tutela Jurisdicional. **Revista Esmafe**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 13, mar. 2007
- AGUINSKI, Beatriz Gershenson; ALENCASTRO, Ecleria Huff. Judicialização da questão social e os rebatimentos no trabalho dos assistentes sociais no Poder Judiciário. **Katálysis**, Florianópolis, v.9 n.1 jan./jun. 2006. p. 19-26
- ALAPANIAN, Silvia. **Serviço Social e Poder Judiciário**. Reflexões sobre o Direito e o Poder Judiciário. São Paulo: Veras, 2008.
- BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba: UniBrasil, v.5, n.5, 2005.
- BARROS, Sergio Resende de. **Noções sobre o Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/noco-esobre-estado-democratico-de-direito.cont>> Acesso em: 15 ago. 2010
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BEHRING, Elaine Rossetti e BOSCHETTI, Ivanete. **Política social: fundamentos e história**. São Paulo: Cortez, 2007. [Biblioteca básica de serviço social; v.2].
- _____. **Política Social no Capitalismo: tendências contemporânea**. São Paulo: Cortez, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. (Org.) **Dicionário de Política**. Trad. João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do Pensamento Marxista**. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n 1/92 a 58/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n 1 a 6/94. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Editora Livraria Almedina, 2002

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2005.

_____. **Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. , São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

COSTA, Lucia Cortes da. **A Reforma do Estado no Brasil**: uma crítica ao ajuste neoliberal. São Paulo: 2000. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2000.

COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira**: uma equação possível? 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

CUSTÓDIO, Alex Gonzalez. **Estado de Direito, Poder Judiciário e Cidadania**. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento) –Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí (RS), 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria Geral do Estado**. Ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

_____. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Sociais Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007 (Col. Prof. Gilmar Mendes; 5)

FAORO, Raimundo. **Os Donos do Poder**: Formação do patronato político brasileiro. 3. Ed. Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Direito e Justiça**. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

FERRAGINI, Albino. **O Ministério Público e a garantia judiciária dos direitos fundamentais sociais e o controle da omissão inconstitucional da administração pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Toledo – UNITOLEDO – Araçatuba, SP, 2008.

GARCIA, Rafael B. O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 10, n. 51, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. **Estado liberal, social e democrático de direito**: noções, afinidades e fundamentos. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp>> Acesso em: 15 ago. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem – 1948

MIOTO, Regina Célia Tamasso. Família e políticas sociais. In: BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social no Capitalismo**: Tendências Contemporâneas. São Paulo: Cortez, 2008.

MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lucia. **Estado, classe e movimento social**. São Paulo: Cortez, 2010. (Biblioteca Básica do Serviço Social; v. 5)

MOTA, Ana Elizabete (Org.). **O Mito da assistência social**: ensaios sobre Estado, política e sociedade. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2008.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **Política Social**: temas & questões. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2009.

PIRES, Sandra Regina de Abreu. **Serviço Social**: Função Educativa e Abordagem Individual. 2003. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

RIBEIRO, Carla Fernanda de Barros. **O Ministério Público e o Controle Social**: possibilidades de interação na construção da defesa e garantia do direito à saúde. 2008. Dissertação (Mestrado em Serviço Social e Política Social) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

ROCHA, Rosália Carolina Kappel. **A eficácia dos direitos sociais e a Reserva do Possível**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf> Acesso em: 18 jun. 2009.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais no Brasil**: abordagem analítica, empírica e normativa. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça**: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed.rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. Política social e democracia: reflexões sobre o legado da seguridade social. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 400-417, out./dez. 1985.

TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. A efetividade dos direitos fundamentais: uma visão à luz da teoria crítica dos direitos humanos. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.49, n.79, p.21-29, jan./jun.2009

TORRES, Ricardo Lobo (Org.) A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: MELLO, Celso Albuquerque et al. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIEIRA, Evaldo Amaro. Políticas sociais e direitos sociais no Brasil. **Jornal da USP**, Seção Opinião, v.12, n. 3 57, de 5 a 11 de agosto de 1996. p.2.

ZANELLA, Jose Caetano. **O Estado Social e o Poder Judiciário**: em busca da efetivação dos direitos sociais. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento) – Universidade Regional do Nordeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2007.

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

ANEXO

ANEXO A – Roteiro de perguntas

1. A Constituição de 1988 estabelece uma série de direitos sociais como dever do Estado. Em sua opinião, o Estado deve mesmo ter este papel de intervir, instalando um sistema de proteção social aos indivíduos? Por quê?

Objetivo: - Verificar a concepção de Estado dos entrevistados no que tange aos direitos sociais (perspectiva restritiva ou ampliativa de direitos)

2. Em sua opinião, a garantia constitucional destes direitos tem o potencial de possibilitar mudanças no quadro de desigualdade social do país? Por quê?

Objetivo: - Verificar a opinião dos entrevistados sobre relevância dos direitos sociais na sociedade brasileira contemporânea, também complementando a pergunta anterior no que tange à perspectiva restritiva ou ampliativa de direitos.

3. Pensando em termos práticos, o senhor considera que os direitos sociais previstos na Constituição Federal em 1988 vêm sendo efetivados no contexto brasileiro? Por quê?

Objetivo: - Verificar se os entrevistados consideram que os direitos sociais vêm sendo materializados no contexto da vida cotidiana dos brasileiros e quais as razões da efetivação ou não efetivação, entre elas a polêmica interpretativa quanto à inexistência de legislações regulamentadoras de alguns direitos.

4. Há hoje uma tendência de as pessoas recorrerem ao judiciário para tentar garantir a efetividade de direitos sociais. Gostaria que dissesse se isso é freqüente em sua vara e quais são as situações mais comuns.

Objetivo: - identificar o perfil das situações mais freqüentes nas Varas Cíveis de Londrina, envolvendo conflitos sociais.

5 - Em sua opinião, essa tendência é atribuída a quais fatores?

Objetivo: - Verificar a análise do entrevistado quanto aos fatores condicionantes do fenômeno da judicialização, bem como a relação indivíduo-sociedade no discurso.

6. Em sua opinião, o que deveria ser feito para evitar que as pessoas acionassem o Poder Judiciário para garantir a efetividade de alguns direitos sociais?

Objetivo: - Conhecer a forma com que os magistrados apreendem as responsabilidades públicas no que se refere à prevenção de litígios (conflitos

sociais/judicialização da questão social). (É possível prevenir? É preferível prevenir? É questão estrutural, relacionada ao modo de produção capitalista?)

7. O Sr. entende que cabe ao judiciário intervir neste campo da efetividade/garantia dos direitos sociais? Qual seria, em sua opinião, o papel do judiciário neste campo?

Objetivo: captar o posicionamento do juiz quanto à polêmica entre intervir ou não nas situações relacionadas aos conflitos sociais; captar a análise dos entrevistados quanto ao papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos sociais, bem sua influência sobre as políticas públicas.

8- Há magistrados que entendem que a intervenção do judiciário deve ser no sentido de garantir que o Poder Executivo atenda minimamente às necessidades dos cidadãos, numa perspectiva juridicamente denominada Mínimo Existencial. Outros entendem que essa intervenção deve ser no sentido de respeitar o princípio da Reserva do Possível, cuja premissa é o condicionamento da prestação do poder público à existência de recursos financeiros disponíveis para tal. Qual dessas posições o senhor compartilha?

Objetivos: - Identificar a opinião e a aplicabilidade prática cotidiana desses magistrados em relação ao Mínimo Social e Reserva do Possível. Verificar no discurso, se consideram que a ausência de recursos pode legitimar a recusa do Estado em cumprir os deveres correlatos aos direitos sociais.

9- Há segmentos do poder judiciário que entendem que ele está hoje em uma crise gerada pela dificuldade de se adequar às novas demandas que a constituição de 1988 desencadeou e, portanto, essa é uma dificuldade para que o Judiciário cumpra o papel de interferir na efetivação das políticas públicas, visando à modificação da realidade social e econômica. Qual a sua opinião sobre isso?

9.1- além dessa, qual outra dificuldade o senhor apontaria?

9.2- o senhor visualiza outra ordem de dificuldades para o cumprimento deste papel de interferência na efetivação de políticas públicas?

Objetivos: levar o entrevistado a analisar a estrutura do poder Judiciário, no que se refere à intervenção junto às políticas públicas, bem como quanto à chamada “crise do Judiciário”, abordada por alguns autores, como José Eduardo Faria. Além disso, leva-lo a apontar os fatores (internos ou externos ao Judiciário) que influenciam no processo de efetivação dos direitos.