

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

ROSMAR RISSI

**TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL À LUZ DE PRESSUPOSTOS
DEMOCRÁTICOS**

SÃO LEOPOLDO

2014

ROSMAR RISSI

TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL À LUZ DE PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre pelo
Programa de Pós-Graduação em DIREITO da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS
Área de atuação: Hermenêutica, Constituição e
Concretização de Direitos

Orientadora: Maria Eugenia Bunchaft

SÃO LEOPOLDO

2014

Ficha Catalográfica

R596

Rissi, Rosmar

Teoria do Mínimo Existencial à luz de pressupostos democráticos: / Rosmar Rissi; orientação [por] Maria Eugenia Bunchaft. - São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

183 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

1. Mínimo existencial. 2. Democracia. 3. Direitos Fundamentais Sociais. 4. Direitos Sociais. 5. Concretização Judicial de Direitos. I. Bunchaft, Maria Eugenia. II. Título.

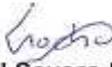
CDU 342.34

Bibliotecária Patrícia Saldanha CRB 10/1666

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL A LUZ DE PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS", elaborada pelo mestrando Rosmar Rissi, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 10 de abril de 2014.


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

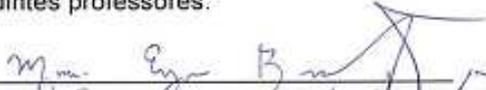
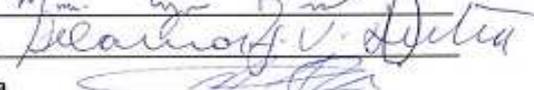
– Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Maria Eugênia Bunchaft

Membro: Dr. Delamar José Volpato Dutra

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira


AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento à orientadora, Dr. ^a Maria Eugenia pela paciência e a sábia maneira de orientar. Aos advogados(as), colegas de trabalho, por compreenderem minha ausência do trabalho e reconhecerem a dedicação e afinho ao longo deste tempo e prol da elaboração desta dissertação.

RESUMO

O conceito de mínimo existencial é, em linhas gerais, o conjunto de condições materiais indispensáveis à existência humana, o qual é mutável, de acordo com a cultura e o momento histórico. Investigar as teorias do mínimo existencial à luz das teorias democráticas é o foco do presente estudo. A democracia é considerada a melhor forma de governo. Agregar teorias que visam ao seu aprimoramento e à adequação para o que há de melhor em gestão da *res publica* ocorre no presente estudo, através da democracia deliberativa, caracterizada pelo conjunto de pressupostos e condições para a deliberação de demandas políticas em prol da cooperação na formação da vontade coletiva. É fundamental a existência dos pressupostos de liberdade e de igualdade para a cooperação na deliberação democrática. Na existência desses pressupostos, há espaço para a inclusão de novos direitos sociais e a efetivação daqueles já existentes. Numa sociedade governada a partir dessa teoria, a concretização de direitos ocorre de maneira satisfatória sem a necessidade de demandar à esfera judicial. Entretanto, a Ação Civil Pública é um instrumento judicial adequado para impulsionar a Administração Pública a executar políticas que concretizam os direitos sociais fundamentais, quando esses são negados ao cidadão. Sustentamos que o controle judicial de políticas públicas relativamente a direitos sociais fundamentais que viabilizam a cooperação democrática pode ser exercido excepcionalmente com base em critérios como os princípios da proteção deficitária e da vedação do retrocesso. A intervenção judicial forte diz respeito às hipóteses relativas a políticas públicas vinculadas ao Mínimo Existencial, atribuindo-se ao controle brando as políticas públicas vinculadas à concretização de direitos sociais não fundamentais. Como exemplos do modelo forte de controle judicial em políticas públicas, citamos a tutela do direito subjetivo à prestação *in natura* ou quando o orçamento revela-se inconstitucional, desconsiderando o Mínimo Existencial ou não sendo isonômico. A sociedade brasileira clama por novos direitos sociais, especialmente o transporte público gratuito, já existente em pequenas cidades. Direitos sociais concretizados, como: saúde, educação, previdência social e outros, possuem a universalização de acesso, mas apresentam lacunas na prestação de serviço ao cidadão. O mínimo existencial não possui expressa menção na legislação brasileira, mas está presente através dos princípios e nos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Mínimo existencial. Democracia. Direitos fundamentais sociais. Novos direitos sociais. Concretização judicial de direitos.

ABSTRACT

The concept of existential minimum is, in general terms, the set of material conditions essential to human existence, which is changeable, according to the culture and historical moment. Investigating the existential minimum theories under the light of democratic theories is the focus of the present study. Democracy is considered the best form of government. Add theories that aim its improvement and suitability for what is best in management of the res publica (commonwealth) occurs in the present study, through deliberative democracy, characterized by the set of assumptions and conditions for the determination of political demands in favor of cooperation in the collective will formation. The existence of assumptions of freedom and equality for cooperation in democratic deliberation is fundamental. In the existence of these assumptions, there is room for the inclusion of new social rights and the effectiveness of the existing ones. In a society governed from this theory, the concretization of rights occurs satisfactorily without the need of requiring the legal sphere. However, the civil action is an appropriate legal instrument to encourage public administration to execute policies which implement fundamental social rights when they are denied to citizens. We hold that the judicial control of public policies on fundamental social rights that enable democratic cooperation can be exceptionally exercised based on criteria such as the principles of protection deficit and the backtracking seal. The strong judicial intervention concerns with assumptions about public policies linked to the Existential Minimum, attributing to mild control public policies related to the implementation of non-fundamental social rights. As examples of the strong model of judicial review in public policy, we cite the tutelage of the subjective right to provision *in natura* or when the budget is revealed unconstitutional, disregarding the Existential Minimum or not being isonomic. The Brazilian society claims for new social rights, especially free public transport, which already exists in small towns. Achieved social rights, such as health, education, social security and others, have universal access, but there are gaps in service provision to citizens. The existential minimum has no express mention in the Brazilian legislation, but it is present through the principles and fundamental rights.

Keywords: Existential minimum. Democracy. Fundamental social rights. New social rights. Implementation of legal rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
2.1 Aspectos conceituais e históricos	17
2.2 Declarações que marcaram a história dos Direitos Fundamentais.....	22
2.3 As dimensões dos Direitos Fundamentais	25
2.3.1 A primeira dimensão dos direitos fundamentais	26
2.3.2 A segunda dimensão dos direitos fundamentais.....	27
2.3.3 A terceira dimensão dos direitos fundamentais.....	28
2.3.4 Quarta e quinta dimensão dos direitos fundamentais.	29
2.4 Contribuição de Luigi Ferrajoli ao tema dos direitos fundamentais.....	30
2.5 O processo de internacionalização dos Direitos Fundamentais	33
2.6 As novas ameaças aos direitos fundamentais no atual processo de universalização..	39
2.7 Conceito de Direitos Sociais.....	43
2.8 Os direitos fundamentais e seus titulares	46
3 A DEMOCRACIA E SUAS FORMAS DE GOVERNO	52
3.1 Democracia.....	52
3.2 A Sociedade para a Democracia.....	55
3.3 Democracia Formal e Democracia Substancial	57
3.4 Democracia Representativa e Democracia Direta.....	60
3.5 Estado Liberal e Estado Social.....	73
3.6 Democracia e Liberalismo	75
3.7 Democracia procedimental em Habermas	81
4 CONCEPÇÕES DE MÍNIMO EXISTENCIAL NA DOUTRINA BRASILEIRA	91
4.1 O mínimo existencial e sua complexidade	91
4.1.1 Panorama geral sobre as propostas a respeito do conteúdo do Mínimo Existencial	91
4.1.2 Condição para o exercício da liberdade real.....	94
4.1.3 A liberdade e a autonomia da vontade.....	95
4.1.4 Princípios fundamentais do mínimo existencial.....	98
4.1.5 O mínimo existencial e sua transversalidade.....	100
4.1.6 O mínimo existencial na perspectiva tributária	101
4.2 Condição para a Dignidade da Pessoa Humana.....	108

4.2.1 A dignidade humana.....	108
4.2.2 A barbárie	108
4.2.3 Condições judiciais de proteção à dignidade.....	109
4.3 Os direitos sociais como pressuposto para a cooperação democrática.....	111
5 O MÍNIMO EXISTENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	119
5.1 A proteção aos direitos sociais na legislação infraconstitucional.....	120
5.1.1 Educação.....	122
5.1.2 Saúde	127
5.1.3 Moradia.....	131
5.1.4 Previdência Social	132
5.1.5 Assistência Social	135
5.1.6 O transporte público como direito e política social.....	142
5.2 A efetivação de direitos fundamentais.....	147
5.3 A garantia de acesso ao mínimo existencial e o papel das ações coletivas na implementação dos pressupostos para cooperação democrática	152
5.3.1 Parâmetros para o controle judicial das políticas públicas que versam sobre direitos sociais componentes do Mínimo Existencial	157
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	166
REFERÊNCIAS	175

1 INTRODUÇÃO

O mínimo existencial não está expressamente contemplado pela Constituição da República Federativa do Brasil. Porém, a ausência de uma expressa menção não significa a sua inexistência. A força normativa de sua dicção implícita é irradiada pela máxima fundamental do princípio da dignidade humana. Sendo assim, deve ser procurada “na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”. (TORRES, 2001, p. 266). Ademais, sua presença é revelada em diversos dispositivos ao longo do texto da Magna Carta, bem como na legislação infraconstitucional.

A consagração formal dos direitos de liberdade e igualdade não garante a plenitude da satisfação dos cidadãos por parte do Estado de justiça social. Fatores como o impacto da industrialização, os complexos problemas sociais e econômicos, acabaram por gerar insatisfação generalizada. Diante disso surgem os movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, os quais exigiam que o Estado fosse obrigado a agir e a concretizar a justiça social¹. Ingo Sarlet (2012, p. 47-48) bem observa que a dimensão é positiva, onde exige a ação do Estado perante a sociedade, onde o Estado deve utilizar os meios necessários para efetivar a sua garantia.

Nesse contexto dos direitos fundamentais e da evolução das dimensões e na busca de reconhecimento e afirmação, nota-se que são fruto de reivindicações, geradas por situações de injustiça e agressão a bens fundamentais e essenciais à vida humana. Norberto Bobbio (1992, p. 15-16), na obra *A Era dos Direitos*, afirma que “o processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revela que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável”. Gregório Peces-Barba Martínez (1995, p. 113) assegura que até a Modernidade não se falava no termo direito fundamental. Nesse período, afirma o autor, “existia uma ideia de dignidade, de liberdade, de igualdade, ligada a autores clássicos como Platão, Aristóteles e Santo Tomás de Aquino”.

Originalmente, os direitos fundamentais eram restritos em virtude de sua concepção. Os direitos sociais têm por objetivo diminuir a desigualdade existente na sociedade; entretanto, é o Estado por meio de políticas públicas que pode concretizar e garantir a plena

¹ Bobbio (1992, p. 9) enfatiza que: a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permanecem no papel. O que dizer dos direitos de terceira e quarta geração?

efetivação dos direitos sociais que compõem o mínimo existencial. O Poder Judiciário quando demandado pelos cidadãos através de ações individuais, o Ministério Público e outros atores sociais com ações coletivas, são um mecanismo eficaz para a efetivação de direitos sociais.

Na concepção de Antônio Enrique Perez Luño (1998, p. 184-185), o objetivo dos direitos sociais é assegurar a participação na vida política, econômica, cultural e social dos indivíduos, assim como de grupos dos quais são integrantes. Perez Luño conceitua os direitos sociais como direitos de participação dos grupos e dos indivíduos, que são oriundos da integração deles na coletividade e que garantem seu caráter democrático.

A ONU, em seu Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966,² enfatiza a necessidade do desenvolvimento desses direitos, e que para a sua execução devem ser empregados os recursos necessários a fim de garantir o seu desenvolvimento.

O Direito Constitucional brasileiro é amplo, ou seja, inclui as posições jurídicas tipicamente prestacionais, como o direito à saúde, à educação, à assistência social, à alimentação, à moradia e outros contemplados no art. 6º da Constituição Federal. Entretanto, a Emenda Constitucional 64 de 2010, incluiu a alimentação como direito social. Neste viés, é premente a inclusão do transporte público gratuito no rol dos direitos sociais.

Por outra, mínimo existencial abrange os direitos fundamentais, desde os declarados no art. 5º da Constituição Federal (CF), e nos grandes textos internacionais, bem como os direitos fundamentais sociais descritos nos artigos 6º a 11º da Carta Magna.

A presente dissertação limita-se a fazer uma abordagem dos direitos fundamentais sociais, atuais e novos direitos que a sociedade demanda. Uma vez positivados os direitos fundamentais sociais, esses devem ser garantidos a todos os cidadãos ou pessoas. A busca desta limitação é a partir do Estado Social-Democrático, dar-se-á a fim de perceber a relevância que a sociedade possui na concretização e efetivação dos direitos sociais compreendidos como o mínimo existencial para a dignidade humana.

A questão é: Qual o papel da sociedade na afirmação dos direitos sociais atuais e vindouros que compõem o mínimo existencial? A Ação Civil Pública pode ser um instrumento judicial efetivo para compelir a Administração Pública a desenvolver políticas públicas? A partir do paradigma existente de direitos sociais, bem como do caminho já percorrido até a positivação, Bobbio (1992, p. 25) descreve o grande problema: “não se trata de saber quais e quantos são estes direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, mas sim o modo mais seguro para garanti-los”. O modelo garantista, de Luigi Ferrajoli, apresenta opções

² Ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 591 de 06 de julho de 1992.

diante de um sistema político democrático, em que obrigações e proibições são aprovadas a fim de atingir o objetivo de salvaguardar o que é de direito. Quando o Poder Executivo não atende à vinculação de recursos expressos na Constituição Federal (art. 198, §2º, I e II e art. 160), o Judiciário pode interferir na discricionariedade da administração, visando à concretização do mínimo existencial? O direito de acesso à justiça é universalizado de acordo com as políticas sociais, facilitando o acesso a todos perante uma restrição de direitos diante de uma real necessidade?

São questões fundamentais, desta dissertação: na hipótese de ausência de uma política pública ou de sua insuficiência para as metas estabelecidas pelo constituinte originário, esvaziando o conteúdo essencial de determinados direitos sociais fundamentais, pode o Poder Judiciário atuar no sentido de concretizá-lo, mesmo sem previsão orçamentária? Tal intervenção é legítima no sentido de garantir o mínimo existencial voltado para a dignidade humana ou por resguardar os pressupostos necessários à cooperação democrática? Quais os parâmetros que legitimam o controle judicial de políticas públicas sobre direitos sociais que compõem o Mínimo Existencial ou que incrementam a cooperação democrática?

Há uma série de indagações que buscam respostas com a finalidade de garantir o mínimo existencial voltado para a dignidade da pessoa humana.

As hipóteses trazidas visam elucidar e dar o norte ao presente estudo de dissertação de Mestrado:

- a) as garantias inerentes aos direitos fundamentais sociais que não se encontram positivadas, na concepção de Ferrajoli, são inatingíveis pelo direito, logo impossíveis de serem garantidas;
- b) entretanto, apesar das garantias serem plausíveis, possível a sua efetivação, faltam esforços e atitudes políticas, bem como investimentos em programas e projetos para a sua viabilidade;
- c) há escassez de recursos públicos. Para Paul Singer (2003, p. 254), o problema reside na ascensão da doutrina neoliberal, a qual tem os direitos sociais como inimigo do sistema. Na medida em que o Estado é paternalista, novas exigências surgem da sociedade, transformando-o no “polvo de mil tentáculos”, no dizer de Bobbio (2011, p. 144) em O Futuro da democracia. Este Estado gigantesco acaba não conseguindo atender às demandas, fica também sujeito à corrupção e desvios de dinheiro cada vez maiores;
- d) que a democracia deliberativa é o caminho mais seguro na positivação e garantia de novos direitos fundamentais;

- e) em que medida o transporte público gratuito pode aprimorar os pressupostos para a cooperação democrática através de sua inclusão no rol dos direitos fundamentais sociais, por ser um direito social que deve ser incluído no art. 6º da CF e garantido socialmente;
- f) que demandas judiciais tanto individuais como coletivas são um meio eficaz de acesso a direitos fundamentais sociais;
- g) demonstrar que o controle judicial de políticas públicas sobre direitos sociais que integram o mínimo existencial ou que viabilizam a cooperação democrática, pode ser estabelecido com base em alguns parâmetros, como os princípios da proibição da proteção deficitária e da vedação do retrocesso.

A pesquisa tem por objetivo geral, investigar as teorias do mínimo existencial à luz das teorias democráticas, bem como a recomendação de novos direitos para a garantia do mínimo existencial.

Tem os seguintes objetivos específicos que elucidam o tema:

- a) compreender o surgimento e a evolução dos direitos fundamentais contextualizados na sociedade americana e europeia, dando ênfase às cartas dos bens fundamentais e às divisões atualmente propostas pelos doutrinadores quanto à classificação dos direitos fundamentais;
- b) possibilitar a diferenciação entre direitos fundamentais, direitos fundamentais humanos, direitos fundamentais sociais, e seus titulares;
- c) compreender a democracia na concepção liberal, representativa, social, procedimental e outros, a fim de melhor fundamentar a efetivação do mínimo existencial dos direitos fundamentais;
- d) abordar os novos direitos sociais, tais como: acesso à água, preservação do meio ambiente, recursos tecnológicos, remédios essenciais, transporte público gratuito e outros, como necessários para a existência do mínimo existencial.

No momento em que se discute a reforma política no país, o tema é relevante em razão da crise da democracia representativa, o que motivou o estudo dos direitos fundamentais sociais e sua efetivação através de políticas do poder público. Pretendemos demonstrar a tese de que os direitos sociais que compõem o mínimo existencial são pressupostos para a cooperação democrática em sociedades plurais, devendo ser efetivados pelo poder judiciário

diante da inércia dos demais poderes. Há poucos estudos na linha do mínimo existencial na teoria brasileira, e especialmente quanto à mobilidade, através do transporte público gratuito.

A democracia exerce papel decisivo no desenvolvimento da sociedade, assumindo especial relevância na preservação da plenitude e na concretização dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões. Cumpre que haja a valorização do ser humano como pessoa, e não como objeto de utilização, a fim de obter valores financeiros, através da exploração do potencial humano. O Estado não é a única instituição em condições de garantir os direitos fundamentais sociais, mas é a única para validar a realidade de novos direitos sociais.

A perspectiva da pesquisa baseia-se no método fenomenológico-hermenêutico. Considerando que o método de abordagem objetiva aproxima o sujeito (pesquisador) do objeto a ser pesquisado, e as orientações metodológicas que permeiam as pesquisas realizadas no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, tem-se que a complexidade do tema dos direitos fundamentais sociais na perspectiva do mínimo existencial e da Democracia.

A abordagem do tema dar-se-á em quatro capítulos, para melhor exemplificar o tema. O primeiro Capítulo se denomina, “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais”.

O enfoque aos direitos fundamentais, como parte integrante do desenvolvimento, quer demonstrar a atualidade do tema em questão. A utilização de diversos autores clássicos nacionais e internacionais tem a finalidade de buscar a abrangência necessária para o aprofundamento do tema.

As dimensões dos direitos fundamentais buscaram organizar e sistematizar os direitos, e criar a concepção de continuidade, pois a partir das mudanças na sociedade novos direitos emanam de garantias.

Diversos fatos, como a Revolução Francesa e as Guerras Mundiais, foram determinantes para a universalização de direitos, os quais versavam sobre todos os seres humanos. Cada ser é titular de direitos, que são indisponíveis para negócio.

O segundo capítulo, “Democracia e suas formas de Governo”, motivado pela relevância destinada à compreensão dos direitos fundamentais sociais, é a sua necessidade de efetivação nas suas diversas dimensões. Há que se adentrar em qual das teorias democráticas a sua efetivação ocorre, a fim de garantir a existência de um mínimo digno a quem é titular deste direito ou venha ser.

Diante da estrutura conceitual existente referente às teorias democráticas, o conceito elucida e procura demonstrar a melhor forma de governar. O desejo é que a melhor forma de governo para o povo e para a sociedade consiga dar garantia aos direitos fundamentais sociais, que caracterizam o mínimo existencial para a sobrevivência humana.

No quadro teórico serão abordadas as diversas concepções de democracia, não que elas sejam uma continuidade ou uma evolução, mas sim uma maneira didática de exemplificar os conceitos teóricos dos diversos doutrinadores.

A esfera pública como o meio da concretização e valorização da ação estatal, por meio da participação cidadã, nos diversos níveis, deve ocorrer através de seus representantes ou pela própria participação. O Estado, independente da forma de governo, busca garantir os direitos. Entretanto, o surgimento de manifestações reivindicatórias de direitos, motivadas por problemas que degeneram parte da sociedade, é um alerta a ser considerado.

O terceiro capítulo, intitulado, “Teorias do mínimo existencial na doutrina brasileira”, que é definido e tratado como uma regra jurídica, deve se valer de valores, tais como a liberdade, a justiça e a solidariedade. Valores estes conhecidos desde a Revolução Francesa, que possuía os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. A efetivação do mínimo existencial pode ser realizada através de prestações positivas do Estado, ou pelas prestações negativas estatais, obrigações dirigidas ao poder estatal.

Há diversos países em situações de subdignidade humana, não somente por guerras, mas por fatores como a fome, a miséria, as doenças, o analfabetismo, a escravidão, a exploração do trabalho infantil, situações terríveis tanto quanto os efeitos causados pela guerra. Situações que são inadmissíveis no atual contexto da sociedade, mas infelizmente, numerosos fatos continuam sendo presenciados pela humanidade.

As condições básicas para a existência humana, somadas aos elementos necessários ao exercício da sua dignidade, é que configuram o núcleo do mínimo existencial. Esse compreende o conjunto de situações materiais para uma existência com dignidade, mas não somente uma existência meramente física, sendo também espiritual e intelectual, fundamentais em um Estado que, pela feição democrática, demanda a participação dos indivíduos nas gerências públicas e, pelo aspecto liberal, permite a cada um o alcance de seu próprio desenvolvimento. (BARCELLOS, 2002, p. 197-198).

Na compreensão de Luiz Edson Fachin (2006, p. 271), o “mínimo” e o “máximo” não são necessariamente duas espécies do gênero “extremo”. São eles “as barreiras que fixam a essência de cada coisa e delimitam o seu poder e as propriedades”. O mínimo pode ser mais que uma quantificação reducionista ou vinculada à ideia de básico ou elementar.

Enfatizando a questão das prestações negativas, há para o Estado um limite de intervenção intransponível, sob pena de ofensa ao princípio fundamental da dignidade humana. A conduta estatal interventiva não pode operar onde se localiza o mínimo existencial. A garantia das condições mínimas de vida digna do ser humano não se realiza

apenas através das prestações assistenciais de primeira dimensão, mas também pela não intervenção na parcela de incapacidade contributiva do indivíduo. Trata-se de limitação ao poder de tributar do Estado, aqui entendido em todas as suas três esferas de poder (União, Estados/Distrito Federal e Municípios, no caso de modelo federativo como o do Brasil); o poder impositivo do Estado não pode ultrapassar a margem de uma vivência mínima do cidadão, devendo repetir que não se trata apenas de subsistência pura e simplesmente, mas de uma vida dentro dos patamares entendidos como de dignidade humana.

O último capítulo, denominado “O mínimo existencial no ordenamento jurídico brasileiro”, tem como ponto de partida o direito à imunidade tributária, pois é da arrecadação de tributos que o Estado efetiva os direitos fundamentais sociais.

Serão abordados os direitos sociais referentes à educação, à saúde, à moradia, à previdência social, e à assistência social, elencados no art. 6º da CF. Pretendemos estudar individualmente, com a base jurídica e com a elucidação através de dados pesquisados por órgãos federais. Os dados explicitam o efeito do trabalho governamental e da sociedade na efetivação destes direitos. A propositura de inclusão no rol de direitos sociais, do transporte público gratuito, vem fundamentada nas mudanças da cultura social e no comportamento econômico dos meios de produção, bem como na necessidade social da gratuidade na sua locomoção.

A escolaridade brasileira apresenta índices baixos e há um grande índice de analfabetismo. Esse dado coloca em xeque a falta de qualidade da educação básica do país. Entre os problemas atinentes à educação, o analfabetismo se destaca como um grande vilão.

No âmbito da saúde, o legislador é muito atuante. A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e suas múltiplas modificações, dispõem sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, e também sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Dispõe no artigo 2º que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Bem como a última alteração desta lei, que ocorreu através da Lei 12.864 de 24 de setembro de 2013, demonstra que saúde não é apenas prestação de serviço direto, e assim a redação do artigo evidencia no art. 3º: “Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, [...] a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”. (BRASIL, 1990).

Fora dos grupos temáticos da seguridade social e da educação, podem ser apanhados na Constituição os artigos 183 e 191, que também realizam em alguma medida o mínimo

existencial, ao proporcionarem aos cidadãos e suas famílias a garantia do direito à moradia por meio da aquisição de propriedade imobiliária por usucapião e programas de incentivo a moradias, como “minha casa minha vida” do Governo Federal.

Os benefícios que compõem o seguro social básico visam à garantia das condições mínimas para a existência digna daqueles que estão incapacitados a obter no mercado de trabalho o necessário para seu sustento. Da sistemática, percebe-se caber ao indivíduo sua manutenção. O Estado atuará apenas subsidiariamente.

O transporte público gratuito é uma opção para suprir o problema da desigualdade na mobilidade urbana, oriundo do descompasso de políticas públicas, que cada vez mais penaliza a população de baixa renda. A universalização do serviço através dos diversos segmentos estatais e da sociedade buscam opções vantajosas e benéficas a todos, mantendo a qualidade. Salienta-se que há, entretanto, poucas experiências da universalização do transporte público com tarifa zero no Brasil.

O sistema de assistência social é o tema específico da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). No artigo 1º, a assistência social é enunciada como direito do cidadão e dever do Estado, sendo parcela não contributiva da seguridade social, destinada à provisão dos mínimos sociais, “realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”. (BRASIL, 1993). Devido ao contexto político e cultural em nível mundial, os meios empregados para a conquista de direitos têm sido diversos. Independente de sistema de governo, o que ocorre são manifestações em prol da efetiva positivação de direitos. Alguns pontos destacados para fundamentar os esforços do cidadão em suas reivindicações nos mais diversos segmentos. Movimento recente no Brasil, em prol do passe livre ou transporte público gratuito, caracterizando-o como serviço essencial, como os demais descritos anteriormente.

A primeira consideração metodológica diz respeito às traduções, que são livres e elaboradas pelo autor da dissertação, preservando o original em nota de rodapé, guardando assim o rigor científico do autor.

A segunda consideração metodológica diz respeito ao quarto capítulo, intitulado: “O mínimo existencial no ordenamento jurídico brasileiro”, na qual vieram a lume dados estatísticos divulgados sobre as condições de vida da população brasileira. Neste caso, houve o cuidado de também utilizar dados extraídos de órgão do Governo Federal, o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), com o fim de se manter uma coerência científica, em razão de que seria inapropriado comparar índices econômicos extraídos de fontes diversas.

Os índices apresentados estão de acordo com a última publicação referente ao assunto de âmbito nacional.

2 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este capítulo tem o intuito de fazer compreender o surgimento e a evolução dos direitos fundamentais contextualizados na sociedade americana e europeia, dando ênfase às cartas dos direitos fundamentais e às divisões atualmente propostas pelos doutrinadores quanto à classificação dos direitos fundamentais. Uma ressalva: não haverá especificamente análise histórica dos direitos fundamentais, pois é comum que essa abordagem histórica se limite pura e simplesmente à busca de antecedentes históricos, de preferência dos mais longínquos, como o Código de Hamurábi, e trilhar somente por esse caminho seria depauperar o trabalho. Entretanto haverá análise, a partir dos aspectos históricos que justifique a contribuição relevante com o tema.

2.1 Aspectos conceituais e históricos

O autor Gregorio Peces-Barba Martínez (1995, p. 113) assegura que até a Modernidade não se falava no termo direito fundamental. Nesse período, afirma o autor, “existia uma ideia de dignidade, de liberdade, de igualdade, ligada a autores clássicos como Platão, Aristóteles e Santo Tomás de Aquino”.

Quanto à terminologia e ao conceito acerca da expressão direitos fundamentais, não há consenso entre os doutrinadores³. Ingo Sarlet (2002, p. 27-29) enfatiza que outras expressões também são largamente utilizadas, tais como “direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdade públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais, apenas para referir as mais importantes”. O autor refere-se à expressão direitos fundamentais com o seguinte conceito: “aplica-se para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” e que a expressão, direitos humanos, “guardaria a relação com os documentos⁴ de direito internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal”. Diante dessas definições e do presente trabalho de Dissertação, a expressão utilizada será Direitos Fundamentais.

Identificando o Estado Moderno, Gregorio Peces-Barba Martinez (1995, p. 120-122) aponta como traços salientes com maior influência na formação teórica dos direitos

³ Doutrinadores como: Antonio-Enrique Perez Luño, Blanca Martínez de Valejjo Fuster, Norberto Bobbio e outros.

⁴ Documentos como: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Europeia de Direitos do Homem (1951), A Convenção Americana sobre Direitos do Homem (1969), sendo os mais destacados.

fundamentais os seguintes pontos: o monopólio do uso da força legítima, o monopólio da produção normativa, o desaparecimento progressivo no continente das dimensões estamentais, a fundamentação do poder absoluto pelos juristas régios, a consideração do indivíduo como súdito e único sujeito na relação com o monarca, a unidade e racionalidade do poder com dependência dos juizes, a administração, a justificação das condutas do poder por meio da ideia da razão e do Estado e a utilização da força do fator religioso para favorecer a unidade do poder do monarca.

Impulsionada principalmente pelo Humanismo⁵ e pela Reforma⁶, uma nova mentalidade cristalizará em uma nova cultura, com traços que apoiarão o nascimento do conceito de direitos fundamentais.

O humanismo e a reforma serão dois movimentos que se influem entre si; o primeiro estará presente em amplos setores da reforma, e esta marcará também o humanismo e seus herdeiros nos séculos XVII e XVIII.

[...]

Frente à ética medieval, ao grande edifício da ética católica, montada sobre o duplo apoio da graça e da liberdade, a ética renascentista será uma ética da graça com a reforma protestante e uma ética da liberdade com o humanismo. Ambas coincidirão, em que pese o afastamento, aparentemente de seus pontos de partida, em afirmar a autonomia, o valor do trabalho ou da atividade humana. Este antropocentrismo ético coloca o homem, construtor de si mesmo e dominador da natureza, no centro do universo.⁷ (PECES-BARBA, 1995, p. 123).

O Humanismo e a Reforma foram as duas concepções que favoreceram, mesmo que por caminhos diferentes, no ordenamento jurídico da sociedade, a criação de um âmbito de autonomia e de uma liberdade negativa, em que ninguém e nem o Estado, podem interferir. Desenvolveu-se, assim, inicialmente, a ideia das liberdades civis, e dos direitos políticos, as

⁵ “HUMANISMO: movimento intelectual que surgiu no Renascimento. Lutando contra a ‘esclerose’ da filosofia escolástica e aproveitando-se de um melhor conhecimento da civilização greco-latina, os humanistas se esforçaram por mostrar a dignidade do espírito humano e inauguraram um movimento de confiança na razão e no espírito crítico”. (ABBAGNANO, 2007, p. 132). O humanismo nasceu na Itália na segunda metade do século XIV, difundindo-se para os demais países da Europa. (ABBAGNANO, 2007, p. 518).

⁶ REFORMA: renovação religiosa ocorrida na Europa durante o século XVI, como retorno às origens do Cristianismo. Preparada pelo humanista Erasmo de Roterdã, a Reforma foi iniciada por Martinho Lutero. (ABBAGNANO, 2007, p. 839).

⁷ “El humanismo y la reforma serán dos movimientos que se influyen entre sí ; el primero estará presente en amplio sectores de la reforma , y ésta marcará también al humanismo y a sus herederos en los siglos XVII y XVIII.”

“Frente a la ética medieval, al gran edificio de la ética católica, montada sobre el doble apoyo de la gracia y de al libertad, la ética renascentista será una ética de la gracia con la reforma protestante y una ética de la libertad con el humanismo. Ambas coincidirán, pese a lo alejado, aparentemente, de sus puntos de partida, en afirmar la autonomía, el valor del trabajo u de la actividad humana. Este antropocentrismo ético coloca al hombre, constructor de sí mismo y dominador de la naturaleza, en el centro del universo.”

quais foram reivindicações da burguesia em face da opressão estatal daquele período, tendo como desfecho o surgimento da mentalidade liberal. (PECES-BARBA, 1995, p. 124).

Os primórdios do consenso da ideia de direitos fundamentais partiram de um dissenso impulsionado pelos membros da força social bem como das igrejas e seitas. Com isso a monarquia em determinado momento foi inimiga da burguesia, gerando a partir desse contexto o consenso. Gegorio Peces-Barba Martínez (1995, p. 138-139) assim descreve o período de transição existente:

O ponto de partida será esse desacordo, e essa impossibilidade de desenvolver as posições individualistas da burguesia num marco político fechado. Primeiro, burguesia e monarquia foram aliadas para acabar com o universo medieval, e porque o novo poder centralizado proporcionava a segurança reclamada inicialmente pela burguesia. Quando esta consolidou a sua força social, necessitou abrir os horizontes políticos e impulsionou a dissidência juntamente com os humanistas, os funcionários (a nobreza [‘noblesse de robe’], com os cientistas e aqueles que pertenciam a seitas ou Igrejas não pertencentes à religião do monarca. Nesse segundo momento, burguesia e monarquia foram adversárias. Tratava-se de uma divergência, ponto de partida para a construção de um consenso. Desconfiava-se e rejeitava-se um poder absoluto, arbitrário e acima da Lei, devia-se construir uma filosofia que limitasse, regulasse e racionalizasse esse poder. Nesse consenso que é o do incipiente constitucionalismo do Estado liberal, surgirá a filosofia e o Direito positivo dos direitos fundamentais.⁸

Também na história dos direitos fundamentais, as cartas de franquias⁹ tiveram uma grande relevância, pois foi através delas que ocorreu o nascimento dos direitos individuais positivados. Canotilho (2002, p. 380) salienta que “[...] a mais célebre delas foi a Magna Charta Libertatum de 1215”. Esse advento da Carta é de suma importância, pois nela encontram-se sinais históricos dos direitos fundamentais, a exemplo do devido processo legal e do habeas corpus.

⁸ “El punto de partida será ese desacuerdo, y esa imposibilidad de desarrollar los planteamientos individualistas de la burguesía en un marco político cerrado. Primero, burguesía y monarquía fueron aliada para acabar con el universo medieval, y porque el nuevo poder centralizado proporcionaba la seguridad que la burguesía reclamaba inicialmente. Cuando ésta consolidó su fuerza social, necesitó abrir los horizontes políticos e impulsó el disenso, junto con los hurmaniastas, los funcionarios (la ‘noblesse de robe’), con los científicos y los pertenecientes a sectas o Iglesias no coincidentes con la religión del monarca. En ese segundo momento, burguesía y monarquía fueron adversarias. Se trataba de un disenso, punto de partida de la construcción de un consenso. Si se desconfiaba y se rechazaba un poder absoluto, arbitrario y por encima de la Ley. se debía construir una filosofía que limitase, regulase y racionalizase ese poder. En ese consenso que es el del incipiente constitucionalismo del Estado liberal. Surgirá la filosofía y el Derecho positivo de los derechos fundamentales.”

⁹ A ênfase às cartas de franquia será no próximo capítulo. Elucidando que na Idade Média, as cidades eram patrocinadas pelos senhores feudais, submetendo os burgueses à sua absoluta autoridade. Todavia, com o crescimento do comércio e o fortalecimento da burguesia, algumas alcançavam sua liberdade de forma pacífica, pela compra de cartas de franquia. Tais cartas davam autonomia aos comerciantes na gestão da cidade, garantindo-lhes a possibilidade de arrecadar impostos e usá-los em prol da cidade, autonomia administrativa e judiciária, além da formação de uma milícia.

Referente à Carta Magna que foi redigida na Inglaterra em 15 de junho de 1215, com o Rei João, também conhecido como João Sem-Terra, e assinada perante o alto clero, os barões do reino e os nascentes burgueses de Londres para a outorga das liberdades à Igreja e ao reino inglês. Esse documento é composto de sessenta e três artigos, que na sua grande maioria limitam o poder do rei em favor do clero e dos súditos. Entretanto, o rei assinou essa Carta com a condição da cessação de hostilidades dos barões que ocupavam Londres com o propósito de protestar contra os abusos na cobrança de impostos. Conforme descreve o doutrinador Fábio Comparato (1999, p. 59):

Na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o séc. XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem-Terra, a partir da abertura de uma disputa com um rival pelo trono e o ataque vitorioso do rei francês, Filipe Augusto, contra o ducado da Normandia, pertencente ao monarca inglês por herança dinástica. Tais eventos levaram o rei da Inglaterra a aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas. Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos.

Assim, é possível afirmar que o mais importante antecedente histórico das declarações dos direitos humanos fundamentais encontra-se na Inglaterra, onde é possível citar a Carta Magna, que assume relevo neste contexto.

Vislumbra-se que o Rei João da Inglaterra assinou a Magna Carta com o intuito de amenizar os conflitos que estavam surgindo em face do aumento dos impostos fiscais. O clero e os nobres estavam insatisfeitos com o abuso da progressividade no tocante a esses aumentos. E com isso, passaram a exigir periodicamente, que em troca desses pagamentos exacerbados, fossem reconhecidos formalmente os seus direitos como pessoas e como cidadãos portadores desses direitos.

Neste ponto, a passagem da alta Idade Média, séc. XII para o século XVII, na Idade Contemporânea, advém que nesse período ocorreu a revolução industrial, um período fecundo em inovações técnicas que revolucionaram a produção industrial.

Durante todo o século XVII, a Inglaterra foi agitada por rebeliões e guerra civis, alimentadas por querelas religiosas. Em 1642 o então rei da Inglaterra Carlos I, foi condenado à morte e executado sob a acusação de tentar restabelecer o catolicismo como religião oficial, sendo seu sucessor Carlos II, que reinou até 1685. Durante os quatro últimos anos do seu reinado, dispensou a convocação do Parlamento para a votação de impostos, graças ao apoio que recebeu de seu primo Luis XVI, o rei da França. (COMPARATO, 1999, p. 78).

Diante desse contexto, em 13 de fevereiro de 1689, surgia o *Bill of Rights*, que criou a divisão de poderes o qual, por outro lado, particularmente, se preocupa com a independência do parlamento, dando, o passo decisivo para o estabelecimento da separação dos poderes.

Esse documento, decorrente da abdicação do Rei Jaime II e outorgado pelo príncipe de Orange, significou uma enorme restrição ao poder estatal, prevendo dentro de suas regulamentações o fortalecimento do princípio da legalidade, a criação do direito de petição, a liberdade de eleição dos membros do parlamento, a imunidade parlamentar, e a convocação frequente do parlamento. Esses direitos, basicamente, constituíram o corpo da redação do *Bill of Rights*, dentre eles, conforme já citado anteriormente, o mais importante foi estabelecer a separação de poderes. Conforme Comparato (1999, p. 80-81), nos ensina que:

[...] o essencial do documento foi a instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o *Bill of Rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.

Nessa trilha, é de grande relevância na evolução dos direitos fundamentais, salientar a contribuição da Revolução dos Estados Unidos da América, com relevância para os seguintes documentos históricos: a Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776; e a Constituição dos Estados Unidos em 17 de setembro de 1787. (CANOTILHO, 2002, p. 380).

Assim foi na Colônia da Virgínia, na América do Norte, que surgiu a primeira Declaração de Direitos. Em suas primeiras linhas anunciou que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes e portadores de certos direitos inerentes, ou seja, direitos à vida, à propriedade, à segurança, entre outros¹⁰.

¹⁰ “Artigo 1. Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar os seus descendentes a saber: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.”

“Artigo 3. Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo. E, que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público.”

“Artigo 7. Que toda faculdade de suspender as leis ou a execução destas por qualquer autoridade, sem consentimento dos representantes do povo, é prejudicial aos direitos deste e não deve ser exercida.”

“Artigo 12. Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.”

No velho continente, a Revolução Francesa desencadeou, em um curto espaço de tempo, a eliminação, ao menos em tese, das desigualdades entre os indivíduos e grupos sociais. Foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. Referindo-se à igualdade jurídica, Norberto Bobbio (1999, p. 40) conclui que se trata de uma verdadeira utopia, algo de difícil realização e implementação em sua plenitude e assim descreve:

Já que as sociedades até hoje existentes são de fato sociedades desiguais, as doutrinas não igualitárias representam habitualmente a tendência a conservar o estado de coisas existente: são doutrinas conservadoras. As doutrinas igualitárias, ao contrário, representam habitualmente a tendência a modificar o estado de fato: são doutrinas reformadoras. Quando, além do mais, a valorização das desigualdades chega a ponto de desejar e promover o restabelecimento de desigualdades agora canceladas, o não igualitarismo se torna reacionário; ao contrário, o igualitarismo torna-se revolucionário quando projeta o salto qualitativo de uma sociedade de desiguais, tal como até agora existiu, para uma futura sociedade de iguais.

A Liberdade, para os homens, no ano de 1789 (revolução francesa), consistia na eliminação de todas as desigualdades sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofício.

Nessa linha evolutiva ou progressiva na conquista dos direitos fundamentais, faz-se relevante o estudo das Declarações Americana e Francesa, cada qual com suas respectivas características inerentes à organização política de seu tempo e ao desejo de assegurar direitos.

2.2 Declarações que marcaram a história dos Direitos Fundamentais

Uma forte discussão referente aos direitos fundamentais ocorreu na década de 1990, no âmbito do direito público inglês. A Inglaterra sempre foi considerada como um dos países onde a ideia de direitos fundamentais surgiu. Entretanto não possuía até 1998 uma declaração em vigor referente aos direitos fundamentais, a exemplo dos moldes conhecidos em países com democracia contemporânea.

“Artigo 15. Que nenhum povo pode ter uma forma de governo livre nem os benefícios da liberdade sem a firme adesão à justiça, à moderação, à temperança, à frugalidade e virtude, sem retorno constante aos princípios fundamentais.”

“Artigo 16. Que a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; conseqüentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita a sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo. (DECLARAÇÃO ..., 1776).

Uma das dificuldades, apontada pelo doutrinador Virgílio Afonso da Silva, (2005, p. 543), o que pôs entraves para a aprovação da declaração, foi que ela vinculava o parlamento, em “uma espécie de controle de constitucionalidade”, ocorrendo a submissão do parlamento, ou seja, o tornaria submisso, e isso vinculado à ideia de que qualquer declaração de direitos que vinculasse o parlamento seria antidemocrática. A culminância do acordo ocorreu em 1998 com a aprovação do *Human Rights Act* a qual entrou em vigor no ano de 2000.

Na elucidação referente a documentos, como a Magna Carta, de 1215, o *Petition of Rights*, de 1629 e, especialmente, o *Bill of Rights*, de 1689, eram ou são declarações destinadas a garantir privilégios e prerrogativas a uma classe, a nobreza, como fica demonstrado na Magna.

Para Virgílio Afonso da Silva, (2005, p 544), as atuais declarações de direitos, implicam vinculação de todos os poderes estatais, inclusive o legislativo, um dos motivos das discussões na Inglaterra, pois ela não o vinculava anteriormente.

A declaração de Virginia não emana de uma situação de conflito, como no caso da França, a qual se originou da revolução de 1789. A ideia principal foi de “declarar” que os direitos humanos pertenceriam a todos congenitamente, sendo que muitos deles já faziam parte da realidade em uma sociedade não estamental. Com isso é possível perceber que a ideia de revolução, presente na declaração francesa de 1789, buscava romper a estrutura estamental existente na França. (SILVA 2005, p. 544).

A Declaração de Direitos da Virgínia continha catorze parágrafos. A redação que compunha o corpo do texto abrange direitos natos da pessoa, soberania popular, o poder emana do povo; igualdade perante a lei, sem distinção de classes sociais, religião, raça ou sexo; igualdade de condição política de todo o cidadão, qual seja, que toda pessoa podia aspirar a um cargo de governo; somente os cidadãos que demonstrem a sua condição de proprietário é que, são legitimados a votar; direito e proteção à liberdade de imprensa e instituição do tribunal do júri.

A Declaração francesa, oriunda da própria revolução, teve como ponto forte a liberdade, uma reação aos abusos cometidos pelo regime absolutista. A liberdade religiosa acatava a superação da perseguição aos protestantes, bem como a igualdade do acesso aos cargos públicos, uma vez que era privilegio nobiliárquico, etc. (SILVA, 2005, p. 545).

O elemento justificador, por excelência, das primeiras Declarações de direitos foi, sem dúvida, o recurso à ideia de direitos naturais. O recurso a essa ideia tem uma razão simples, que pode ser expressada pelo contratualismo lockeano, segundo o qual o Estado tem o dever de respeitar alguns direitos básicos, especialmente a liberdade e a propriedade. Esse recurso

aos direitos naturais foi importante nas primeiras declarações, entretanto, sofreu a erosão posteriormente especialmente em função da influência dos utilitaristas, que, para usar a expressão de Bentham, classificavam a ideia de direito natural “como completo *nonsense*”. (SILVA, 2005, p. 545).

Não obstante, a relevância da Declaração Francesa do século XVIII originou vários documentos constitucionais fortemente marcados pelas preocupações sociais, como se comprova por seus principais textos: Convenção de Genebra de 1864; Ato Geral da Conferência de Bruxelas de 1890; Constituição Mexicana de 31 de janeiro de 1917; Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918; Constituição Alemã de Weimar de 1919; Convenção de Genebra Sobre a Escravatura de 1926; Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra (Genebra) de 1929 e a Carta das Nações Unidas, surgida em 1942, destinada a fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos países em prol da paz mundial.

Sem dúvida, dentre as mais importantes e merecedoras de destaque, por quanto mais recente a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, retomou os ideais da Revolução Francesa. Essa universalização de direitos consiste numa síntese de direitos fundamentais.

A Declaração teve uma grande força moral, orientadora para a maioria das decisões tomadas pela comunidade internacional. A adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, constitui o principal marco do desenvolvimento da ideia contemporânea de direitos humanos. Concernente ao tema, Comparato (1999, p. 211) pondera:

[...] a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

A referida declaração tornou-se um verdadeiro modelo ético a partir do qual se pode medir e contestar a legitimidade dos regimes de governos. Os direitos ali inscritos constituem um dos mais importantes instrumentos da nossa civilização. Contendo trinta artigos, essa Declaração contempla um conjunto indissociável e interdependente de direitos individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem os quais a dignidade da pessoa

humana não poderia se realizar. Na sequência, a transcrição de artigos da Declaração com especial ênfase à garantia de direitos.

Artigo II

1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo III

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo XXII

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (DECLARAÇÃO..., 1789).

Entretanto, todo movimento histórico ao longo de séculos conduziu a um aperfeiçoamento das garantias para a existência de um mínimo em termos de direitos, porém nem todo movimento teve a mesma finalidade, pois a Declaração de 1948 se origina da II Guerra.

Nessa compreensão dos direitos fundamentais, a abordagem das dimensões busca uma elucidação e compreensão da ação perante a humanidade. As dimensões e a atualização de direitos ou a mudança nos contextos sociais e a necessidade de reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais num caráter cumulativo e de complementariedade é dever de toda a humanidade.

2.3 As dimensões dos Direitos Fundamentais

José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 387) utiliza a expressão gerações, entretanto enfatiza que na atualidade os autores preferem a expressão dimensões de direitos fundamentais. Outras expressões como famílias, naipes ou grupos são empregadas, aduzindo que o emprego da expressão gerações remete à sucessão com o passar do tempo, onde uma toma o lugar de outra, ensejando a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração pela outra. Isso não é o que ocorre com os direitos fundamentais, pois o surgimento de um novo grupo não faz desaparecer o anterior. Sarlet (2012, p. 45) enfatiza que é fantasioso

empregar a denominação geração dos direitos, que é uma “imprecisão terminológica”, uma vez que ela conduz à compreensão equivocada de tais direitos, ensejando o entendimento que eles se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de atualização e fortalecimento.

O termo “gerações de direitos” é recente e atribuído a Karel Vasak. Ainda que largamente utilizado, não é ele, contudo, um conceito aceito sem ressalvas. A mais importante delas é, sem dúvida, a que sustenta que a ideia de “gerações” de direitos poderia ser erroneamente compreendida com base no raciocínio de que uma geração supera a geração anterior. Esse não é o caso, pois, como se sabe, as gerações, a despeito de potenciais colisões, são complementares. Por isso, muitos autores preferem o termo “dimensões” dos direitos fundamentais. (SILVA, 2005, p. 546).

A posição aqui adotada será a do termo dimensões dos direitos fundamentais, a qual está na esteira da mais moderna doutrina, tendo presente que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, pois, em princípio há consenso referente ao conteúdo.

2.3.1 A primeira dimensão dos direitos fundamentais

Com o surgimento das primeiras Constituições escritas, os direitos fundamentais tiveram o seu reconhecimento, bem como são o produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, tendo como ponto forte o cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado. Sendo direitos de cunho negativo, presente direitos de defesa, demarcaram uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. (SARLET, 2012, p. 46). São direitos de cunho negativo, pois não obrigam o ente público a uma ação, mas sim à abstenção no poder de agir. Nessa exigência de conduta omissiva, além das intituladas garantias fundamentais, assim considerados não só os direitos-garantia, mas também as garantias institucionais revestidas de fundamentalidade. (SARLET, 2012, p. 47). Nesse plano de compreensão, para José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 541), os direitos fundamentais cumprem uma dupla função, assim descrita:

[...] os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente

direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos deles.

Os direitos aqui assegurados possuem inspiração jusnaturalista, nos quais são abarcados os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante as “Liberdades” que congregam várias denominações, como liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação e outras. Há também liberdade aos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva. O direito à igualdade perante a lei, bem como algumas garantias processuais que são contempladas nesta categoria. É notável que os direitos de primeira dimensão sejam os denominados direitos civis e políticos, que no Estado Democrático de Direito integram os Catálogos das Constituições na atualidade. (SARLET, 2012, p. 47).

2.3.2 A segunda dimensão dos direitos fundamentais

São contemplados nesta dimensão os direitos econômicos, sociais e culturais. A consagração formal dos direitos de liberdade e igualdade não garantiram a plenitude da satisfação dos cidadãos por parte do Estado da justiça social. Fatores como o impacto da industrialização os complexos problemas sociais e econômicos, acabaram por gerar insatisfação generalizada. Frente a isso surgem os movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, os quais exigiam que o Estado fosse obrigado a agir e a concretizar a justiça social¹¹. Ingo Sarlet (2012, p. 47-48) bem observa que a dimensão é positiva, onde exige a ação do Estado perante a sociedade, onde o Estado deve utilizar os meios necessários para efetivar a sua garantia.

Na esfera do reconhecimento desses direitos fundamentais algumas Constituições já haviam inserido tais direitos mesmo que de forma tímida, como as Constituições francesas de 1793 e 1848, a própria Constituição brasileira de 1824, a Constituição alemã de 1849 possuíam como ponto em comum a garantia aos indivíduos de direitos de prestações sociais estatais, sendo a assistência social, saúde, educação, trabalho, previdência e outros. Entretanto somente no século XX, no período denominado pós-guerra, que esses novos direitos fundamentais foram contemplados em diversas Constituições, bem como passaram a fazer parte de diversos pactos internacionais. (SARLET, 2012, p. 48).

¹¹ Bobbio (1992, p. 9) enfatiza que: a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permanecem no papel. O que dizer dos direitos de terceira e quarta geração?

Outrossim, a segunda dimensão dos direitos fundamentais não é restrita aos direitos de cunho positivo, mas também às denominadas “liberdades sociais”, que a exemplo da liberdade de sindicalização, do direito de greve, são voltadas a garantir os direitos fundamentais trabalhistas, citando como exemplo o direito a férias, ao repouso semanal remunerado, a um salário mínimo, à limitação da jornada de trabalho, ao intervalo intrajornadas e outros. Esta dimensão é mais abrangente do que os direitos de cunho prestacional, pois marca uma nova fase na evolução dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 48).

2.3.3 A terceira dimensão dos direitos fundamentais

Direitos de fraternidade ou de solidariedade são os direitos fundamentais englobados pela terceira dimensão. Esses direitos não possuem um titular específico, ou seja, não pertencem a um único indivíduo, pois são destinados à proteção de grupos humanos, família, povo, nação, e sua titularidade é coletiva ou difusa. No consenso dos direitos da terceira dimensão cumpre citar os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, ao desenvolvimento e à qualidade de vida, e ainda o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. (SARLET, 2012, p. 48).

O ponto relevante dos direitos da terceira dimensão é a sua titularidade, a qual é sempre coletiva, e por vezes indefinida e indeterminável, pois não é possível determinar a quem pertence. Pois o direito do meio ambiente, da qualidade de vida, “a qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama por novas técnicas de garantia e proteção.” (SARLET, 2012, p. 49).

A denominação direitos de solidariedade ou fraternidade, nessa terceira dimensão, é devido na sua implicação universal, que exige esforços e responsabilidade em escala, ou seja, governo e sociedade, para a sua efetivação. Portanto, sua positivação nas Constituições é restrita, e eles estão garantidos a partir de tratados e documentos transnacionais. Nesta seara dos direitos, Pérez Luño (1991, p. 206), ensina que os direitos fundamentais da terceira geração assim podem ser compreendidos:

Podem ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado de ‘poluição das liberdades’, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias. Nesta perspectiva, assumem especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito de informática, cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do

controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade individual mediante bancos de dados pessoais, meios de comunicação, etc.

Essa vinculação das liberdades com o controle mediante diferentes meios de comunicação e as garantias da intimidade e da privacidade questionam o seu enquadramento na terceira dimensão uma vez que é possível definir a titularidade.

Nessa seara são referidas as garantias contra a manipulação genética, o direito de morrer com dignidade, o direito à mudança de sexo, etc. Direitos esses que poderiam estar em outras dimensões, entretanto são deduzidos do princípio da dignidade da pessoa humana, da ideia de liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais. (SARLET, 2012, p. 50).

2.3.4 Quarta e quinta dimensão dos direitos fundamentais.

A teoria não é passível quanto à problemática dessas dimensões, bem como a sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas.

A ideia de que todas as demandas da esfera dos direitos fundamentais gravitem sempre baseadas nos valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade e tendo como base o princípio da dignidade da pessoa, diante das incertezas e mudanças parece não ser possível sustentar, pois o futuro não traz a garantia e segurança da efetivação desses direitos. Entretanto, reconhece-se a existência de uma quarta dimensão, sendo ela o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, e que isso poderia ser designada como a “derradeira fase de institucionalização do Estado Social”. Paulo Bonavides (2001, p. 143) atribui à quarta dimensão os direitos à democracia e à informação, assim como o direito ao pluralismo.

Nesse contexto dos direitos fundamentais e da evolução das dimensões e na busca de reconhecimento e afirmação, pode-se concluir que são fruto de reivindicações, geradas por situações de injustiça e agressão a bens fundamentais e essenciais à vida humana. Norberto Bobbio (1992, p. 15-16), na obra *A Era dos Direitos*, afirma que “o processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revela que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável”.

Nesse contexto das dimensões dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet (2012, p. 53) vê uma revitalização dos direitos:

Além disso cumpre reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.

Em síntese, sobre as diversas dimensões é possível afirmar que a proteção da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ou seja, a garantia de todos os direitos fundamentais individuais ou coletivos é a finalidade do direito positivado constitucionalmente.

2.4 Contribuição de Luigi Ferrajoli ao tema dos direitos fundamentais

Na definição formal de direitos fundamentais, Ferrajoli (2004, p. 45) enfatiza aqueles que são universais, e destaca a vida, a liberdade pessoal e o direito de voto. São fundamentais porque correspondem a valores e a interesses vitais e também porque são indisponíveis, inalienáveis, intransferíveis e personalíssimos.

Para Ferrajoli (2004, p. 40), os direitos fundamentais compreendem quatro classes, a partir da definição construída de sistemas jurídicos, a qual perpassa os direitos humanos, público, civis e políticos. Na compreensão de direitos humanos, Ferrajoli (2004, p. 40) afirma que são “todos os direitos primários das pessoas e atingem indistintamente a todos os seres humanos”, como o direito à vida e à integralidade da pessoa, a liberdade pessoal, a liberdade de consciência e de manifestação do pensamento, o direito à saúde e à educação e as garantias penais e processuais.

Direitos públicos, são os direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos, como o direito à residência e circulação em território nacional, de agrupamento em associação, o direito ao trabalho, o direito à subsistência e à assistência de quem é inabilitado para o trabalho. Direitos civis são inerentes a todas as pessoas humanas com capacidade de agir, como o poder de negociar, a liberdade contratual, a liberdade de escolher e trocar, a liberdade de imprensa, o direito de demandar em juízo, e em geral todos os direitos potestativos em que se manifesta a autonomia privada e sobre os fundamentos do mercado. Direitos políticos que são, enfim, os direitos secundários, reservados unicamente aos cidadãos com capacidade de agir, como o direito ao voto, de ser candidato, o direito de ocupar cargos públicos, e todos os

direitos potestativos em que se manifesta a autonomia política e sobre os quais se fundamenta a representação da democracia política. (FERRAJOLI, 2004, p. 40).

Na perspectiva de Ferrajoli, o termo direitos fundamentais enseja uma definição para a sua compreensão e estudo, tendo em vista a amplitude do macro conceito do termo, a partir de sua origem histórica. Os direitos fundamentais do homem são aqueles que nascem da própria condição humana e que são ou estão previstos no ordenamento constitucional. Não se pode desconsiderar que os direitos fundamentais se solidificaram a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

De maneira elucidativa nesta pesquisa, salienta-se que Ferrajoli (2010b, p. 35) faz uma distinção conceitual entre bens fundamentais e patrimoniais, com o objetivo de enfatizar a relevância e determinar os bens fundamentais, compreendidos também como direitos fundamentais, porém, a seguir há uma distinção entre bens e direitos fundamentais. Bens patrimoniais são “os bens disponíveis no mercado através de atos de disposição ou de troca, a par dos direitos patrimoniais dos quais são o objeto, a cujos titulares é, portanto, reservado o seu uso e gozo”. Referente a bens fundamentais, o autor assim os define:

Chamarei por outro lado de bens fundamentais os bens cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais e que por isso, da mesma forma que estes, são subtraídos à lógica do mercado: o ar, a água e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade e, ainda, os órgãos do corpo humano, os fármacos considerados ‘essenciais’ ou ‘salva-vidas’ e similares. Temos assim uma distinção na qual é fácil reconhecer a analogia com a respectiva distinção dos direitos subjetivos em direitos patrimoniais e direitos fundamentais. As duas distinções residem na correlação sintática expressa pelas definições das duas classes de bens: aquela de bens patrimoniais como qualquer bem que seja objeto de um direito patrimonial, e aquela de bens fundamentais como qualquer bem que seja objeto de um direito fundamental primário. (FERRAJOLI, 2010b, p. 35).

Com isso o autor busca exemplificar e distinguir por meio de analogia que os direitos subjetivos¹² abrangem os direitos patrimoniais e os direitos fundamentais. Entretanto conclui que “todos os bens fundamentais são por definição objeto de direitos fundamentais, não sendo verdadeira a tese contrária”. Seguindo esse entendimento, Ferrajoli enfatiza que somente alguns direitos fundamentais têm como objeto bens fundamentais que seriam tais, como “direito à imunidade, o direito à integridade pessoal, e alguns direitos sociais, como o direito à

¹² Ferrajoli (2004, p. 59) define direitos subjetivos como qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica.

saúde e à alimentação básica”. Com estas definições, Ferrajoli (2010b, p. 36) acaba por fundamentar direitos fundamentais com a seguinte compreensão:

Os direitos fundamentais, segundo a definição por mim proposta, são todos aqueles direitos que dizem respeito universalmente a todos enquanto pessoas e/ou cidadãos e/ou pessoas com capacidade de fato, que, enquanto tais, são prescritos imediatamente por normas, as quais designei, por isso mesmo, ‘téticas’ e precisamente ‘tético-deônticas’, sendo conseqüentemente indisponíveis e inalienáveis.

É possível afirmar também que os direitos fundamentais têm abrangência universal, uma vez que a todos lhes é permitido usufruir, ou a cada um igualmente, mesmo sendo de maneira reservada.

No entanto, há uma diferença entre a indisponibilidade dos direitos fundamentais e a dos bens fundamentais. Um bem fundamental, como, por exemplo, um órgão vital do corpo humano, tornar-se-á patrimonial se os direitos sobre ele se tornarem disponíveis, entretanto depende do direito positivo. Com isso, os direitos fundamentais, além de existirem e serem o direito, devem ser positivados, serem normas constitucionalmente válidas, a fim de evitar que, por exemplo, a liberdade de consciência seja vendida ou negociada, a exemplo do modelo inglês em que não era admitida a liberdade religiosas. Ferrajoli (2010b, p. 37) assim descreve em seu entendimento:

Um ato de venda da liberdade de consciência ou de manifestação do pensamento, por exemplo, seria irrealizável e sem sentido, dado que as normas que estabelecem tais liberdades são normas heterônomas cuja existência é independente de qualquer coisa que possamos pensar ou fazer. Pelo contrário, a venda ou a destruição de um bem fundamental são fatos, talvez irreversíveis, dos quais o direito não pode impedir a sua concreta comissão, mas somente proibi-la e puni-la como ilícita.

Ferrajoli (2010b, p. 39-40) organiza os bens fundamentais sobre a estrutura de três classes: a) bens personalíssimos “que são objeto de direitos passivos consistentes unicamente em rígida imunidade”, b) bens comuns que objeto de direitos ativos de liberdade consistentes, além de imunidade de devastação e saque, também em faculdade ou “liberdade de” isto é, no direito de todos de aceder ao seu uso e gozo”, c) bens sociais “que são objeto de direitos sociais à subsistência e à saúde, garantidos pela obrigação da sua prestação: a água, os alimentos básicos e os assim chamados “medicamentos essenciais”. Nessa classificação de

bens sociais, significa que eles são acessíveis a todos, como “garantia do direito à sobrevivência e à saúde, em contraste com interesses públicos vitais”.

Os quatro critérios axiológicos postulados por Ferrajoli (2001, p. 314 e 329) para estabelecer quais direitos devem ser considerados fundamentais (igualdade, democracia, paz e proteção dos mais fracos), trazem em si contradições, pois a igualdade jurídica pode não abranger a todos os não cidadãos. Entretanto, a todos deve ser garantido o mínimo para a sobrevivência humana a partir da igualdade internacional de direitos.

2.5 O processo de internacionalização dos Direitos Fundamentais

A Declaração Universal dos Direitos do Homem que é certamente, com relação ao processo de proteção global dos direitos do homem, um ponto de partida para uma meta progressiva, pois a Declaração contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais. O autor refere que “contém em germe”, a fim de elucidar que a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não é possível visualizar. A Declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas. (BOBBIO, 2004, p. 14-19).

Ferrajoli (2006, p. 48) enfatiza que os direitos fundamentais devem ser universais. A utilização do termo evolução deve ser compreendida a partir do caminho histórico, das conquistas sociais obtidas e positivadas. Compreender que a evolução ocorre na conquista do direito e sua posterior garantia é o que Peces-Barba (1999, p. 161-162), cita e contextualiza:

Definitivamente, estamos com este processo, na situação de compreender a potencia do teor racional dos direitos e sua capacidade de transcender a sua criação ou as forças sociais que a possibilitaram de tornar-se uma ferramenta ética, a moralidade dos direitos fundamentais, com vocação de eficiência social na busca da liberdade e da igualdade de Direitos dos direitos fundamentais.

Mas é também o resultado de sua impossibilidade de romper com a realidade da cultura política ou jurídica de cada tempo histórico, em cujo interior é incubada, desenvolvida e progride, e sem a qual se convertem em ideias que flutuam no ar, ou pior, em instrumentos de legitimação de realidades históricas injustas olímpicamente ignoradas.

Isso ocorreu nas origens do Estado liberal, e foi a conexão razão-história, onde se desenvolve o processo de generalização, que permitiu sair da contradição.¹³

Nas origens históricas desse processo de generalização, por vezes havia o confronto de titulares de determinados direitos ao longo do tempo. O autor enfatiza o direito à propriedade, de associação, na qual cada indivíduo pode dispor, é um direito particular regido por direito próprio e que sua garantia não demanda conteúdo universal igual para a proteção devida.

No entanto, esta generalidade dos destinatários titulares dos direitos não correspondia à realidade, nem o caráter abstrato dos conteúdos, como no caso da propriedade, que é, como foi referido, de impossível conteúdo igualitário. Além disso, direitos fundamentais não foram considerados e estavam excluídos da lista daqueles incluídos nas Declarações. É o caso do direito de associação, que foi proibido na França, com a Lei Le Chapelier, de 14 de junho de 1791, abolindo as corporações; os clubes políticos que surgiram com a Revolução foram suprimidos [...]. (PECES-BARBA, 1999, p. 162-163).¹⁴

Nesse contexto, outros direitos buscavam o seu espaço e sua universalização, como os direitos econômicos, sociais, culturais, indispensáveis para a efetivação desse processo de universalização. (PECES-BARBA, 1999, p. 164).

Entretanto, o tema da universalização dos direitos não é adotado e nem pacífico na maioria das correntes doutrinárias. Ferrajoli (2010a, p. 144), quando trata do multiculturalismo e da universalidade cita, que muitos comunitaristas que defendem o multiculturalismo interpretam essa busca da universalização como “uma manifestação de imperialismo do Ocidente”, sendo que valores como liberdade, igualdade e direitos sociais superam a concepção de divisão entre Oriente e Ocidente. Valores esses que superam as fronteiras geográficas delimitadas politicamente. Os sistemas políticos foram e são de

¹³ En definitiva, estamos con este proceso, en la situación de comprender la potencia del tenor racional de los derechos y su capacidad de trascender a su creación u a las fuerzas sociales que la hicieron posible para convertirse en una herramienta ética, la moralidad de los derechos fundamentales, con vocación de eficacia social en la búsqueda de la libertad y de la igualdad, el Derecho de los derechos fundamentales. Pero es asimismo la consecuencia de su imposible ruptura con la realidad de la cultura política u jurídica de cada tempo histórico, en cuyo seno se incubaba, se desarrolla y progresa, y sin la cual se convierten en ideas que flotan en el aire, o lo que es peor, en instrumentos de legitimación de realidad históricas injustas que se ignoran olímpicamente. Eso ocurrió en los orígenes del Estado liberal, y fue la conexión razón-historia, donde se desenvuelve el proceso de generalización, lo que permitió salir de la contradicción.

¹⁴ Sin embargo, esta generalidad de los destinatarios titulares de los derechos no se correspondía con la realidad, ni tampoco el carácter abstracto de los contenidos como en el caso de la propiedad, que es, como hemos señalado, de imposible contenido igualitario. Por otra parte, derechos claves no se consideraban, y estaban excluidos del elenco de los recogidos en las Declaraciones. Es el caso del derecho de asociación, que incluso se prohíbe en Francia con la Ley Le Chapelier, de 14 de Junio de 1791, que suprime las corporaciones; los clubs políticos que emergen con la Revolución son suprimidos [...].

fundamental importância para a universalização e garantia de direitos. Será a democracia o sistema ideal para a concretização de tais direitos? Seriam a garantia para o cumprimento do mínimo existencial? O autor enfatiza que determinados sistemas não permitem a evolução da abrangência do direito e sublinha a relevância da democracia.

O esforço para superar as contradições, primeiro para construir a teoria de uma nova geração de direitos, e para excluir os que eram inseparáveis dos interesses de classe ou de impossível conteúdo igualitário depois, se fará a partir dos setores progressistas do pensamento liberal que se abrem para posições democráticas e a partir de setores socialistas igualmente abertos a esses valores. A democracia será o ponto de encontro do liberalismo e do socialismo. No processo de generalização frente ao liberalismo conservador - que se encerra em posições reducionistas dos direitos e que não aceita a democracia representativa - e frente ao socialismo totalitário do marxismo-leninismo - que se encerra em uma completa negação da mesma categoria de direitos e nem aceita a democracia representativa. Para esses liberais democráticos, o socialismo, como uma expressão do movimento operário, não uma realidade a destruir, mas um fenômeno positivo a integrar. Para aqueles da aqueles socialistas democráticos, o Estado de Direito, o sistema parlamentar e os direitos fundamentais, não são instituições essencialmente burguesas, mas de origem histórica burguesa, e são adequados para realizar a partir deles os ideais socialistas a partir deles. Posteriormente, na cultura jurídica europeia, irão juntar-se ao movimento de generalização a partir de setores com inspiração Católica humanista.¹⁵ (PECES-BARBA, 1999, p. 164).

Em todo esse período com sistemas políticos diversos, houve a evolução, até a concretude do Estado Democrático de Direito. É possível reconhecer que o princípio da igualdade foi positivado na maioria das constituições, com o objetivo de garantir as diferenças de identidade, sendo assim independente de sexo, língua, religião, opiniões políticas, classe social, todos iguais perante a lei. O respeito pela multiculturalidade está presente, bem como a garantia de outros valores inerentes à dignidade humana se fazem presentes, bem como a compreensão de que cada indivíduo é único e diferente perante seu semelhante. (FERRAJOLI, 2010a, p. 145).

¹⁵ El esfuerzo para las contradicciones, primero para construir la teoría de una nueva generación de derechos, y para excluir de ellos a los que eran inseparables de intereses de clase u de imposible contenido igualitario después, se hará desde sectores progresistas del pensamiento liberal que se abren a posiciones democráticas, y desde sectores socialistas igualmente abiertos a esos valores. La democracia será el punto de encuentro del liberalismo y del socialismo. En el proceso de generalización, frente al liberalismo conservador - que cierra en posiciones reducionistas de los derechos y que no acepta la democracia representativa - y frente al socialismo totalitario del marxismo-leninismo - que se cierra en una negación total de la misma categoría de los derechos y que tampoco acepta la democracia representativa. Para esos liberales democráticos, el socialismo, como expresión del movimiento obrero, no es una realidad a destruir, sino un fenómeno positivo a integrar. Para esos socialistas democráticos, el Estado de Derecho, el sistema parlamentario representativo y los derechos fundamentales, no son instituciones esencialmente burguesas, sino de origen histórico burgués, y son adecuadas para realizar desde ellas los ideales socialistas. Posteriormente, en la cultura jurídica europea, se incorporarán al movimiento de generalización sectores de inspiración humanista católica.

No processo de generalização dos direitos fundamentais e neste ponto contextualizado a partir dos direitos humanos, os quais são relevantes perante o ser humano pessoa, onde a liberdade e a dignidade são fundamentalmente carentes de elementos e políticas garantidoras.

Hoje, uma identificação dos direitos humanos é impossível sem considerar esta dimensão internacional com a qual eles são apresentados. Este é um processo incompleto ou que também está localizado no âmbito jurídico, o da Comunidade Internacional, que carece de um poder político para garantir a plena eficácia deste ordenamento, estando em uma situação semelhante à poliarquia medieval, ou seja, em um momento anterior à formação do Estado no mundo moderno.¹⁶ (PECES-BARBA, 1999, p. 173).

As primeiras iniciativas para a garantia de direitos universalmente ocorreram através da luta contra o tráfico humano, o qual possuía por objetivo a venda de escravos, deu origem a múltiplos tratados em prol da cooperação internacional. Mesmo com a assinatura de diversos tratados, a escravidão continuou por um longo período. *In verbis*:

Originalmente, talvez o primeiro sinal da cooperação internacional, foi à luta contra a escravidão, até alcançar mais de cinquenta tratados entre 1815 e 1880, entre eles o Tratado de Londres de 1841, a Convenção Geral de Bruxelas de 1890, revisada pela convenção de Saint Germain-en-Laye. A Conferência de Berlim sobre a África Central (1885) afirmou que ‘o comércio de escravos é proibido, de acordo com os princípios do direito internacional reconhecido pelas potências signatárias ...’. Após a Primeira Guerra Mundial, entre outros textos, devemos destacar a Convenção Internacional sobre a abolição da escravatura e do comércio de escravos, auspiciado pela Liga das Nações, de 25 de setembro de 1926. Após a Segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento do artigo 14 da Declaração da escravidão, sobre o comércio de escravos e as instituições e práticas semelhantes em 1956, que entrara em vigor em 29 de abril de 1957.¹⁷ (PECES-BARBA, 1999, p. 173).

¹⁶ Hoy, una identificación de los derechos humanos es imposible sin considerar esta dimensión internacional con la que se presentan. Se trata de un proceso incompleto u que se sitúa también en un ámbito jurídico, el de la Comunidad internacional, que carece de un poder político que garantice plenamente la eficacia de ese ordenamiento, encontrándose en una situación similar a la poliarquía medieval, es decir, en un momento previo a la formación del Estado en el mundo moderno.

¹⁷ En el origen, quizá el primero de los signos de esa cooperación internacional sea la lucha contra la esclavitud, hasta alcanzar más de cincuenta tratados entre 1815 y 1880, entre los que destacan el Tratado de Londres de 1841 y el Acta General de Bruselas de 1890, revisada por la convención de Saint Germain-en-Laye. La conferencia de Berlín sobre África Central (1885) afirmará que ‘el comercio de esclavos está prohibido de acuerdo con los principios del Derecho Internacional reconocido por los poderes firmantes...’. Después de la primera guerra mundial, entre otros textos, hay que destacar el Convenio Internacional sobre la abolición de la Esclavitud y el comercio de esclavos, auspiciado por la sociedad de Naciones, de 25 de Septiembre de 1926. Después de la segunda guerra mundial, como desarrollo del artículo 14 de la Declaración de la esclavitud, sobre el comercio de esclavos y sobre prácticas e instituciones semejante en 1956, que entrará en vigor en 29 de abril de 1957.

Notadamente há dificuldade de um sistema político governamental em obter resultados rápidos e práticos quando os envolvidos possuem interesses diversos a dignidade humana, e neste caso o poder econômico interessado por mão de obra. De 1815 a 1957, ou seja, um período de cento e quarenta e dois anos para se obter a eficácia da busca da proibição do tráfico de escravos. Na vida moderna a escravidão existe, sob a denominação de tráfico de pessoas, sendo um negócio de larga lucratividade. Para Bauman, (2007), esta exclusão da dignidade humana é característica da liquidez da vida moderna, que gera coisas e pessoas descartáveis, transformadas em refugio da sociedade.

Entretanto, foi somente após a Segunda Guerra Mundial, que houve uma corrida em busca da proteção dos direitos fundamentais, principalmente a proteção dos direitos humanos. A dificuldade encontrada a partir das diversas concepções políticas não foi suficiente para barrar o processo de internacionalização.

Após a Segunda Guerra Mundial vai se produzir uma importante eclosão da tarefa convencional de tratados internacionais, a fim de proteger os Direitos humanos, refletida em numerosos tratados setoriais sobre reconhecimento e proteção Internacional dos Direitos fundamentais. Esta importante atividade convencional de proteção setorial ocorreu apesar da guerra fria e das diferentes concepções, que em matéria de Direitos fundamentais, tinham os países capitalistas, socialistas e os emergentes da descolonização - tal como hoje a universalização enfrenta a dialética de concepções universalistas e particularistas.¹⁸ (PECES-BARBA, 1999, p. 174).

A atual legislação é farta em termos de Tratados, Convenções, Declarações bem como de doutrina versando sobre questões primordiais para a proteção aos direitos fundamentais. Peces-Barba enfatiza a questão do controle internacional, pois a existência da norma não é garantia de sua eficácia, bem como a aplicações de sanções aos infratores, e assim descreve:

Esse alto grau de desenvolvimento normativo, com os defeitos apontados, aos quais se deve acrescentar o baixo desenvolvimento de controles internacionais para verificar e sancionar as violações das obrigações dos Estados, no entanto, não deve obscurecer a visão diante do avanço que esses tratados supuseram, na humanidade, para a proteção dos Direitos fundamentais.

E ao lado desses textos setoriais relativos a direitos concretos, os mais necessitados de proteção, o processo de internacionalização supõe uma

¹⁸ Después de la segunda guerra mundial se va producir una importante eclosión de la tarea convencional internacional en orden a la protección de los Derechos humanos, reflejada en multitud de tratados sectoriales sobre reconocimiento y protección internacional de Derechos fundamentales. Esta importante actividad convencional de protección setorial que se produjo a pesar de la guerra fría y de las diferentes concepciones que, en materia de Derechos fundamentales, tenían los países capitalistas, socialistas y los surgidos de la descolonización – del mismo modo que hoy en día la universalización se enfrenta a la dialéctica de las concepciones universalistas y particularistas.

tentativa enfrentar uma proteção integral com textos como as Declarações liberais, embora ampliados pelos novos direitos, produto do processo de generalização.

Entre esses textos estão declarações como a Declaração Universal da ONU de 10 de dezembro de 1948, ou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem previamente aprovada durante a IX Conferência Pan-Americana realizada em Bogotá de 30 de março a 2 de Maio de 1948. Também encontramos Tratados multilaterais internacionais, de caráter universal como o Pacto da ONU sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16 dezembro de 1966, por direitos econômicos, sociais e culturais, da mesma data: ou regionais, como Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos de 04 de novembro de 1950, ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 07 de abril de 1970.¹⁹(PECES-BARBA, 1999, p. 175-176).

Múltiplos esforços e formas foram despendidos em vista da internacionalização, sendo que muitos avanços foram conquistados de caráter global ou regional, continental. Entretanto, o desafio de buscar a solidificação desses direitos ainda é atual.

O autor Marcelo Neves, que descreve um sistema, denominando-o sociedade mundial, onde todos seriam dignos dos mesmos direitos, em virtude de todos serem compreendidos como seres humanos. Assim formula sua proposição:

[...] proponho que os direitos humanos sejam definidos primariamente como expectativa normativa de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social. Essa definição não impede que se sustente que os direitos humanos também reagem ao ‘perigo da desdiferenciação’ ou servem à ‘manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação’, assim como já se afirmou acima a respeito dos direitos fundamentais positivados constitucionalmente nos Estados. Isso porque a orientação ou preferencia estrutural por inclusão das pessoas nos sistemas funcionais, particularmente no direito, está intimamente relacionada com a manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação na sociedade mundial e, portanto, com a diferenciação do direito. [...] Dessa maneira tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais dizem respeito à inclusão das pessoas e à diferenciação da sociedade. (NEVES, 2009, p. 252-253).

¹⁹ Este alto grado de desarrollo normativo, con los defectos apuntados, a los que se debe añadir el bajo desarrollo de los controles internacionales para verificar y sancionar los incumplimientos de las obligaciones de los Estados, sin embargo, no debe empañar la vista ante el avance que dichos tratados han supuesto, en la humanidad, para la protección de los Derechos fundamentales. Y junto a estos textos sectoriales referidos a derechos concretos, los más necesitados de protección, el proceso de internacionalización supone un intento de afrontar una protección integral con textos como las Declaraciones liberales, aunque ampliados por los nuevos derechos producto del proceso de generalización. Entre estos textos están declaraciones como la Declaración universal de la ONU de 10 de diciembre de 1948, o la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre aprobada con anterioridad, durante la IX conferencia panamericana celebrada en Bogotá de 30 de marzo al 02 de mayo de 1948. También encontramos Tratados internacionales multilaterales con carácter universal como el Pacto de la ONU sobre derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966, o el de derechos económicos, sociales y culturales, de la misma fecha: o regionales, como el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos de 4 de noviembre de 1950, o la Convención Americana sobre derechos humanos de 7 de abril de 1970.

A proteção que o Estado em nível mundial deve despender para garantir o mínimo de direitos fundamentais desafia a concretização deste processo de internacionalização.

Entretanto nessa evolução surgem “novas dimensões, e novos adversários da universalização aparecem na sociedade atual”, e com isso novas soluções devem ser apontadas. (PECES-BARBA, 1999, p. 164).

Outrossim, ameaças aos direitos fundamentais que a seguir será abordada, é relevante o questionamento de por que sistemas políticos diversos, estruturas estatais e a sociedade como um todo permitem violações para as quais de antemão são previstas ameaças que posteriormente se concretizam, sem que ocorra uma ação preventiva eficaz diante dos cenários políticos existentes.

A partir da premissa de que a Declaração busca a universalização dos direitos do homem, vemos que estes dependem de sua conceituação e efetividade. Nos tópicos seguintes, seguiremos os direitos fundamentais a partir da ótica do doutrinador italiano Luigi Ferrajoli e outros.

2.6 As novas ameaças aos direitos fundamentais no atual processo de universalização

Antigamente a primeira preocupação era de garantir os direitos fundamentais através de sua positivação. Na atualidade, por si só isso não basta, há novas ameaças que circundam os direitos fundamentais, que exigem novas atitudes. Não é garantia a sua positivação constitucional. Essas novas ameaças que circundam os direitos fundamentais exigem novas reflexões e novas dimensões para gerar a universalidade garantida.

Uma das ameaças é o corporativismo, na política e nos meios de comunicação. Os partidos políticos pela manipulação do poder que possuem, e os meios de comunicação pela manipulação da liberdade de expressão. Assim descreve o autor esta ameaça:

Assim, os partidos políticos tornaram-se independentes de seus autores, e em sua dinâmica própria de desvirtuar o núcleo central da democracia que é o Parlamento, que poderia passar a ser não o representante da soberania popular, mas a dos partidos. Por outro lado, a profissão jornalística e as empresas dos meios de comunicação estão monopolizando a liberdade de expressão, por vezes à margem do interesse dos indivíduos por uma informação verdadeira. Não se trata de substituir, nem os partidos e nem os meios de comunicação, mas redirecionar sua ação a serviço do indivíduo e de seus direitos fundamentais.²⁰ (PECES-BARBA, 1999, p. 171).

²⁰ Así, los partidos políticos se han independizado de sus autores, y en su dinámica propia pueden desvirtuar el núcleo central de la democracia que es el Parlamento, que podría pasar a ser, no el representante de la

Nesse mesmo viés, dos meios de comunicação, Ferrajoli em sua crítica ao sistema político italiano, aborda o controle das informações dos meios de comunicação, cerceando a liberdade de expressão. O efeito dessa política foi a reclassificação da Itália em um nível mais baixo no quesito liberdade de imprensa, pois quanto mais controlada, menos está a serviço dos direitos fundamentais.

A redução das garantias jurisdicionais dos direitos de trabalhadores, o controle político da informação e dos meios de comunicação, especialmente a televisão, fez que a Itália caísse para o septuagésimo terceiro lugar da classificação da Freedom House sobre os níveis de liberdade de imprensa.²¹ (FERRAJOLI, 2011, p. 44).

O corporativismo gera um ciclo vicioso onde os envolvidos buscam seus interesses, gerando assim uma entreajuda benéfica no gueto criado. Outrossim, toda sociedade carece de um direito fundamental, a informação correta e necessária para a construção de uma civilização de acordo com a democracia e a liberdade. Neste círculo de interesses, que Ferrajoli utiliza a expressão intercâmbio, entre política, dinheiro e informação, criando assim uma superestrutura capaz de manipular qualquer sistema existente, a partir de interesses próprios e não da sociedade. *In verbis*:

Sob este aspecto os conflitos de interesse, nas formas da corrupção ou da troca política com os *lobbies* corporativos e, acima de tudo, com os meios de comunicação são hoje fenômenos endêmicos em todos os ordenamentos democráticos, nos quais resulta cada vez mais forte a relação entre dinheiro, informação e política: dinheiro para fazer política e informação, informação para ganhar dinheiro e política, política para fazer dinheiro e informação, segundo um ciclo vicioso que se desenvolve em um crescente condicionamento anti ou extra representativo da ação de governo.²² (FERRAJOLI, 2011, p. 49).

soberanía popular, sino de la de los partidos. Por outro lado, la profesión periodística y las empresas de los medios de comunicación están monopolizando la libertad de expresión, a veces al margen del interés de los individuos por una información veraz. No se trata de substituir ni a los partidos ni a los medios de comunicación, sino de reconducir su acción al servicio del individuo y de sus derechos fundamentales.

²¹ La reducción de las garantías jurisdiccionales de los derechos de los trabajadores; el control político de la información y de los medios de comunicación, sobre todo televisivos, que ha hecho a Italia precipitarse en el puesto septuagésimo tercero de la clasificación de Freedom House sobre los niveles de libertad de prensa.

²² Bajo este aspecto los conflictos de intereses, en las formas de la corrupción o del intercambio político con los lobbies corporativos y, sobre todo, con los medios de comunicación son hoy fenómenos endémicos en todos los ordenamientos democráticos, en los que resulta cada vez más fuerte la relación entre dinero, información y política: dinero para hacer política e información, información para hacer dinero y política, política para hacer dinero e información, según un círculo vicioso que se resuelve en el creciente condicionamiento anti- o extra-representativo de la acción de gobierno.

Esse círculo vicioso da tríade dinheiro - informação-política, não comunga com a atual sociedade, sendo que a liberdade de informação corresponde ao mais digno dos direitos. A desinformação gera indivíduos alienados da sociedade, tornando assim de fácil manipulação o controle sobre os cidadãos. Essa ameaça tem sua relevância no alcance atual, mesmo diante de múltiplos meios de comunicação independente, os meios de comunicação em massa têm um enorme poder de manipulação privando o cidadão da devida informação. Em nível de universalização dos direitos, a informação é o aliado em ambos os sentidos, para a sua divulgação ou o cerceamento da promoção e garantia de direitos a quem deles faz jus.

Mas dentro dos grandes meios de informação não há as garantias do exercício independente da mesma liberdade, nem portanto do direito dos cidadãos à informação não condicionada por relações impróprias de subordinação. Simplesmente, não há garantias de independência efetiva da grande informação: nem do direito de liberdade ativa de quem faz a informação, ou seja, dos jornalistas, nem o direito passivo à não informação de quem é destinatário das informações.²³ (FERRAJOLI, 2011, p. 61).

Os direitos fundamentais são essenciais para garantir a liberdade, caso contrario a “vontade geral” é apenas um sonho, um desejo a ser concretizado na sociedade. Assim destaca Ferrajoli:

Que a ideia de uma ‘vontade geral boa’ é uma ilusão, que a sociedade pode ser amplamente moldada pela política, quando faltam as garantias dos direitos fundamentais e, em particular, o pluralismo e a independência da informação.²⁴ (FERRAJOLI, 2011, p. 65).

Diante da facilidade de acesso aos meios de comunicação por todos, fica ameaça a proteção à integridade pessoa, e a sua intimidade diante das inúmeras possibilidades existentes de invasão e acesso à informação alheia. (PECES-BARBA, 1999, p. 172).

O imperialismo da economia constitui uma forte ameaça, pois a modernidade não leva em conta a economia moral, que foi sustentada pela Teologia e pela Filosofia, pois a emancipação ocorrida no século XVII voltou-se para a questão científica, e o desenvolvimento do capitalismo cada vez mais deixa os critérios morais em último plano, ou

²³ Pero dentro de los grandes medios de información no se dan garantías del ejercicio independiente de la misma libertad, ni, por consiguiente, del derecho de los ciudadanos a una información no condicionada por relaciones improprias de subordinación. Dicho en pocas palabras, no existen garantías de una efectiva independencia de la gran información: ni del derecho activo de libertad de quien hace la información, es decir, de los periodistas, ni del derecho pasivo a la no desinformación de quien es destinatario de las informaciones.

²⁴ Que la idea de una «voluntad general buena» es una ilusión, que la sociedad puede ser ampliamente modelada por la política, cuando falten las garantías de los derechos fundamentales y, en particular, el pluralismo y la independencia de la información.

melhor, encontra nesses direitos empecilhos para o desenvolvimento. Reforçando essa tese assim escreve o autor:

Interessa mais a liberdade de mercado que a liberdade das pessoas, e os direitos fundamentais terão que ser um campo de defesa do indivíduo, diante da santificação do capitalismo e das leis do mercado. Será certamente outra frente do que poderíamos chamar a generalização do futuro: para fazer o homem livre será necessário submeter e racionalizar a economia.²⁵ (PECES-BARBA, 1999, p. 172).

Outras ameaças surgirão a partir de novos contextos da sociedade, com os movimentos políticos, sociais, educacionais, econômicos e culturais. Peces-Barba assim demonstra a sua preocupação referente ao todo neste processo de internacionalização e de novos direitos.

O processo de internacionalização ocorre a partir de várias dimensões complementares, que exprimem também a mudança que está se apresentando no Direito internacional:

A primeira supõe o uso de formas técnico-jurídicas do Direito internacional clássico pelos Estados, sem ruptura da soberania estatal e como cooperação interestatal.

A segunda, parte da tomada de consciência da insuficiência da proteção estatal, que sempre pode encontrar o seu limite na razão de Estado. Na verdade, isso tem acontecido mesmo nos países mais avançados nesta matéria, como na Grã-Bretanha, e também na Espanha, que tem, no entanto, um sistema muito moderno. *A soberania é um obstáculo* para a organização e proteção dos direitos ou se buscam instâncias, para além do interestatal, para vencê-la. Embora o objetivo esteja muito distante e pareça uma utopia, foi assim também no século XIX, o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, que hoje são uma realidade muitos deles. Esta segunda maneira de enfrentar a internacionalização dos direitos questiona o princípio de soberania, convertendo a pessoa individual em sujeito do Direito internacional e propõe a existência de uma certa autoridade supranacional que se impõe à estatal.²⁶ (PECES-BARBA, 1999, p. 178. **Grifo nosso**).

²⁵ Interessa más la libertad del mercado que la libertad de las personas, y los derechos fundamentales tendrán que ser un ámbito de defensa del individuo, frente a la santificación del capitalismo y de las leyes del mercado. Será seguramente otro frente de lo que podríamos llamar la generalización del futuro: para hacer al hombre libre será necesario someter y racionalizar a la economía.

²⁶ El proceso de internacionalización se produce desde diversas dimensiones complementarias, que expresan también el cambio que está presentándose en el Derecho internacional:

La primera supone la utilización de formas técnico-jurídicas del Derecho internacional clásico por los Estados, sin ruptura de la soberanía estatal y como cooperación interestatal.

La segunda, parte de la toma de conciencia de la insuficiencia de la protección estatal, que siempre puede encontrar su límite en la razón de Estado. De hecho, eso ha ocurrido incluso en los países más avanzados en esta materia como en gran Bretaña, y también en España que tiene, sin embargo, un sistema muy moderno. La soberanía es un obstáculo para la organización y protección de los derechos u se buscan instancias, más allá de lo interestatal, para vencerla. Aunque el objetivo está muy lejano y parece una utopía, también lo era, en el siglo XIX, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, y sin embargo hoy son una realidad muchos de ellos. Esta segunda forma de afrontar la internacionalización de los derechos pone en

Os direitos humanos possuem, na Costa Rica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTEIDH), a qual tem abrangência para as Américas. A Organização Mundial do Comércio (OMC) atualmente conta com cento e cinquenta e sete países signatários e tem a missão de garantir condições de igualdade, contribuir para o desenvolvimento econômico e a vigilância nos contratos. Eis dois exemplos, um em nível de continente e outro de abrangência mundial. Para os direitos fundamentais não há instituição supranacional que dê a devida garantia diante de possíveis violações que ocorrem. (OMC, 2013).

Bobbio enfatiza que a luta continua, pois não temos a plena efetividade desses direitos. As ameaças podem vir de diversos segmentos da sociedade em virtude de fatores que alteram a organização e o contexto social, gerando adversidades e novas necessidades. E afirma:

A atualidade é demonstrada pelo fato de hoje se lutar, em todo o mundo, de uma forma diversa pelos direitos civis, pelos direitos políticos e pelos direitos sociais: faturalmente, eles podem não coexistir, mas, em vias de princípio, são três espécies de direitos, que para serem verdadeiramente garantidos devem existir solidários. Luta-se ainda por estes direitos, porque após as grandes transformações sociais não se chegou a uma situação garantida definitivamente, como sonhou o otimismo iluminista. As ameaças podem vir do Estado, como no passado, mas podem vir também da sociedade de massa, com seus conformismos, ou da sociedade industrial, com sua desumanização. É significativo tudo isso, na medida em que a tendência do século atual e do século passado parecia dominada pela luta em prol dos direitos sociais, e agora se assiste a uma inversão de tendências e se retoma a batalha pelos direitos civis. (BOBBIO, 1998, p. 355).

A crise dos direitos sociais, ou a deficiência para a plena garantia desses direitos, está diretamente ligada a fatores como o crescimento da economia, a qual gera empregos, tendo como ideal o pleno emprego, e conseqüentemente a geração de receitas fiscais que financiam os gastos sociais. Não ocorrendo em perfeita harmonia esse ciclo, o Estado enfrenta dificuldades para garantir a todos os direitos fundamentais sociais. (SINGER, 2003, p. 260).

2.7 Conceito de Direitos Sociais

Na delimitação conceitual, será abordada a conceituação dos direitos sociais. A ONU, em seu Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966,²⁷ enfatiza

cuestión el principio de soberanía, convierte a la persona individual en sujeto del Derecho internacional y propone la existencia de una cierta autoridad supranacional que se impone a la estatal.

²⁷ O Brasil ratificou o pacto através do Decreto 591 de 06 de julho de 1992.

a necessidade do desenvolvimento desses direitos, e que para a sua execução devem ser empregados os recursos necessários a fim de garantir o seu desenvolvimento.

Embora os direitos econômicos, sociais e culturais, sejam tratados igualmente, existem diferenças históricas. Direitos econômicos são, fundamentalmente, provenientes do Direito Internacional, o qual possui uma visão de mercado. No tocante aos direitos Sociais, os fundamentos, em nível teórico e normativo, tem sua origem no Direito Constitucional e dos ramos do Direito nacional, regulados mediante a matriz disciplinadora do direito social. (ABRAMOVICH, 2002, p. 120).

O autor Antonio Enrique Perez Luño, (2005, p.192-193) entende que a denominação direitos sociais é utilizada em sua acepção ampla como sinônimo de direitos econômicos, sociais e culturais, entretanto a expressão direitos sociais será adotada ao longo do presente trabalho.

Nas dimensões de direitos, os direitos individuais clássicos (civis e políticos) possuem o mesmo nível de aceitação teórico e de reconhecimento acadêmico, sendo que fazem parte do catálogo dos direitos fundamentais. Os direitos sociais surgiram posteriormente àqueles e encontram dificuldades de identificação e aceitação nesta categoria. (PECES-BARBA, 1999, p. 24-25).

A compreensão da história nos faz reconhecer que muitas lutas e energias empregadas pelos direitos políticos ao longo dos séculos, tiveram como grande objetivo atingir as metas sociais emergentes das ideologias liberal-progressista e socialista democrática, as quais pretendiam criar uma homogeneidade social, por meio da técnica dos direitos. A interligação dos direitos políticos e dos direitos sociais era a igualdade mediante a satisfação das necessidades básicas, sem as quais grande parte da população jamais atingiria os níveis de dignidade humana aceitável tendo em vista os direitos individuais, em especial, civis e políticos. (PECES-BARBA, 1999, p. 25).

Nesse regaste histórico dos direitos sociais, Bobbio, no dicionário de política, enfatiza o caminho traçado pelos direitos sociais, onde o indivíduo necessitado de direitos sociais era visto como um elemento perigoso para os outros membros da sociedade. Situação esta de oposição de direitos que perdurou por muitos anos, mesmo posteriormente à Revolução Francesa, a qual possuía o forte ideal de igualdade. Direitos sociais a todos os seres humanos, ainda não incorporados no rol de direitos fundamentais. Assim descreve:

A oposição entre os direitos civis (de expressão, de pensamento e também de comércio) e o direito à subsistência torna-se totalmente explícita com a lei dos pobres, aprovada em 1834 na Inglaterra, pela qual se obtinha o

mantimento a expensas da coletividade em troca da renúncia à própria liberdade pessoal. Como acentua T. H. Marshall (1964), para ter a garantia da sobrevivência, o pobre tinha de renunciar a todo o direito civil e político, devia ser colocado 'fora de jogo' em relação ao resto da sociedade. Se o Estado provia às suas necessidades, não era como portador de qualquer direito à assistência, mas como tendentemente perigoso para a ordem pública e para a higiene da coletividade. Esta oposição entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos sociais, de outro, mantém-se durante grande parte do século XIX, sendo exemplo claro disso a legislação social de Bismarck. As leis aprovadas na Prússia, entre 1883 e 1889, representam a primeira intervenção orgânica do Estado em defesa do proletariado industrial, mediante o sistema do seguro obrigatório contra os infortúnios do trabalho, as doenças de invalidez e as dificuldades da velhice. É necessário chegar ao começo do século XX para encontrar medidas assistenciais que não só não estão em contradição com os direitos civis e políticos das classes desfavorecidas, mas constituem, de algum modo, seu desenvolvimento. É na Inglaterra que, entre 1905 e 1911, um alinhamento político progressista leva à aprovação de providências de inspiração igualitária, como a instituição de um seguro nacional de saúde e de um sistema fiscal fortemente progressivo. (BOBBIO, 1998, p. 416).

Originalmente, os direitos fundamentais eram restritos em virtude de sua concepção. Os direitos sociais têm por objetivo diminuir a desigualdade existente na sociedade, entretanto é o Estado que com sua forma de governo e suas políticas pode concretizar e garantir a sua implementação.

Os direitos fundamentais representam a tradicional tutela das liberdades burguesas: liberdade pessoal, política e econômica. Constituem um dique contra a intervenção do Estado. Pelo contrário, os direitos sociais representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. A forma do Estado oscila, assim, entre a liberdade e a participação (E. Forsthoff, 1973).

Além disso, enquanto os direitos fundamentais representam a garantia do status quo, os direitos sociais, pelo contrário, são a priori imprevisíveis. (BOBBIO, 1998, p. 401).

Na concepção de Antonio Enrique Perez Luño (2005, p. 184-185), o objetivo dos direitos sociais é assegurar a participação na vida política, econômica, cultural e social dos indivíduos, assim como de grupos dos quais são integrantes. Na lição de Georges, trazida por Perez Luño, o qual conceitua os direitos sociais como direitos de participação dos grupos e dos indivíduos, que são oriundos da integração deles na coletividade e que garantem seu caráter democrático.

Nessa compreensão conceitual, os direitos sociais podem ser entendidos nos sentidos objetivo e subjetivo. No objetivo, o conjunto de normas mediante as quais o Estado leva a cabo sua função equilibradora das desigualdades sociais. O subjetivo, a faculdade dos

indivíduos e dos grupos em participar dos benefícios da vida social, traduzindo-se em determinados direitos e prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos.

Ingo Wolfgang Sarlet, refere-se aos direitos sociais a partir do constitucionalismo pátrio e os descreve:

[...] compõe um complexo e amplo e multifacetado de posições jurídicas, de tal sorte que a denominação direitos sociais encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas e sociais em geral. (SARLET, 2012, p. 173).

O autor enfatiza o conceito de direitos sociais a partir do Direito Constitucional brasileiro, o qual é amplo, ou seja, inclui tanto as posições jurídicas tipicamente prestacionais, como o direito à saúde, à educação, à assistencial social e outros, quanto uma gama de direitos de defesa, como limitação da jornada de trabalho, direito à greve, à liberdade de associação sindical e outros.

Ferrajoli (2001, p. 24) compreende que os direitos civis, políticos e sociais, são “todos concebidos não como da pessoa ou da personalidade, mas sim do cidadão e da cidadania”, bem como que são direitos de expectativa, tanto negativas como positivas.

No presente trabalho, os direitos sociais abarcados na dimensão Constitucional do direito brasileiro, será partir da posição prestacional de direitos ao cidadão. Dimensão essa descrita no art. 6º da CF, que visam as garantias para o mínimo existencial, para a dignidade humana. O equilíbrio da desigualdade social existente ocorre através de políticas que favorecem a participação democrática dos cidadãos desfavorecidos de meios econômicos para a plena satisfação das condições mínimas para a existência humana.

2.8 Os direitos fundamentais e seus titulares

A tendência dominante é pelo emprego do termo titular de direitos fundamentais, pois há doutrinadores²⁸ que utilizam como sinônimo o termo destinatários de direitos. O titular do direito, no viés subjetivo dos direitos e garantias fundamentais, necessariamente “é quem

²⁸ Doutrinadores e obras que adotam o referido termo, tais como: J. A. da Silva. Curso de direito constitucional positivo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 192; G. M. Bester. Direito constitucional: Barueri: Manole, 2005. v. 1: Fundamentos Teóricos, p. 569.

figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado), em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito”. A cada titular resulta uma gama de direitos fundamentais, aplicados e garantidos. (SARLET, 2012, p. 209).

A liberdade, inerente à dignidade humana, não permite que até mesmo os titulares de direito possam disponibiliza-la ou emprega-la da maneira que melhor lhes convier. O que é perante muitos direitos, que os seus titulares não possam dispor da total liberdade? Enfim a necessidade da titularidade bem como a sua proteção. Ferrajoli enfatiza que há bens cuja propriedade é diversa, não pertencem a uma determinada pessoa e não havendo titularidade, não é possível dispor desses bens a partir da própria vontade.

Todos somos igualmente livres para manifestar nosso pensamento, igualmente imunes de prisões arbitrárias, igualmente autônomos em dispor dos bens de nossa propriedade e igualmente titulares dos direitos à saúde e à instrução. Mas qualquer um de nós é proprietário ou credor de coisas diferentes e em medidas diversas: eu sou proprietário desta minha roupa ou da casa onde vivo, isto é, de objetos diversos daqueles dos quais outros, e não eu, são proprietários. (FERRAJOLI, 2011, p. 20).

O efeito da titularidade é a construção de uma vida social coerente com a moralidade pública. Entretanto, há necessidade de essa cultura jurídica ser efetivada e compreendida por todos, em sua função garantidora de um mínimo para a existência.

Isto significa dizer que os direitos fundamentais integram uma moralidade pública, que pretende facilitar a vida social, através do Direito, das pessoas titulares dos direitos. O exercício de sua moralidade privada, e a livre escolha dos planos de vida. Normalmente, esta função é exercida por meio de três grandes dimensões que compõem o consenso da cultura jurídica sobre a extensão dos direitos, como expressão dessa moralidade pública, e que são a função garantidora ou protetora, a participativa e a promocional.²⁹ (PECES-BARBA, 1999, p. 423).

A propósito, Alexy enfatiza a tríade para a titularidade, onde há o titular, o destinatário, o objeto do direito, podem ser ações positivas ou negativas, diante de determinado objeto do direito:

²⁹ Es decir, que los derechos fundamentales integran una moralidad pública que pretende facilitar en la vida social, a través del Derecho, a las personas titulares de los mismos. El ejercicio de su moralidad privada, la libre elección de los planes de vida. Normalmente, esa función se ejerce a través de tres grandes dimensiones, que integran el consenso de la cultura jurídica sobre la extensión de los derechos como expresión de esa moralidad pública, y que son la función garantizadora o protectora, la participativa y la promocional!

O direito a alguma coisa pode ser concebido como uma relação triádica cujo primeiro membro é o portador ou titular do direito. (a) O segundo membro, o destinatário do direito (b) e seu terceiro membro, o objeto do direito (c) [...] O objeto de um direito a alguma coisa é sempre uma ação do destinatário [e] isso resulta de sua sua estrutura como relação triádica entre um título, um destinatário e um objeto.³⁰ (ALEXY, 1993, p. 186-187).

No viés da universalidade de direitos, Ferrajoli enfatiza que todos são titulares desses direitos, sem distinção, “entendo universal no sentido puramente lógico e avalorativo da quantificação da classe dos sujeitos que são titulares dos mesmos”. (FERRAJOLI, 2001, p. 20). O autor também enfatiza que quanto à titularidade desses direitos, eles podem ser classificados de diversas maneiras, e que de muitos direitos, como a saúde e a educação, todos somos titulares.

Alguns são inclusivos e formam a base da igualdade jurídica, que como disse o artigo 1º da Declaração de 1789 é precisamente uma igualdade de direitos. Os outros são exclusivos ou seja, excludentes e, assim, formam a base da desigualdade jurídica, que também é uma desigualdade de direitos. Somos todos igualmente livres de manifestar nosso pensamento, igualmente imunes perante as detenções arbitrárias, igualmente autônomos de dispor dos bens que possuímos e igualmente titulares do direito à saúde e à educação.³¹ (FERRAJOLI, 2001, p. 30).

Na democracia os direitos devem ser respeitados perante os titulares, os quais não podem ser modificados a partir da vontade dos representantes do Estado. Ferrajoli, salienta essa preocupação e esse direito.

Portanto, não se trata de ‘direitos do Estado’, ‘para o Estado’ ou em ‘interesse do Estado’, como escreviam Gerber e Jellinek, mas de direitos para e, se necessário, contra o Estado, isto é, contra poderes públicos, embora sejam democráticos ou da maioria. Além disso, o fato de que, como já foi visto no parágrafo anterior, os direitos fundamentais não estejam previstos por normas como efeitos de atos normativos, singulares, mas que eles mesmos são regras, que retroagem sobre a natureza da relação entre os sujeitos e a Constituição. De fato, disso segue-se que dessas normas, isto é, da parte substancial da Constituição, são, por assim dizer, titulares, mais que destinatários, todos os sujeitos aos quais as mesmas normas atribuem os

³⁰ El derecho a algo puede ser concebido como una relación triádica cuyo primer miembro es el portador o titular del derecho (A). su segundo miembro, el destinatario del derecho (b) y su tercer miembro, el objeto del derecho (G) (...) El objeto de un derecho a algo es siempre una acción del destinatario [y] esto resulta de su estructura como relación triádica entre un titular, un destinatario y un objeto.

³¹ Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica, que como dice el artículo 1 de la Declaración de 1789 es, precisamente, una égalité en droits. Los otros son exclusivos, es decir, excludendi alias, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica, que es también una inégalité en droits. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias, igualmente autónomos para disponer de los bienes que nos pertenecen e igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación.

direitos fundamentais. A isso se deve a impossibilidade de serem modificadas por decisão da maioria. Em princípio, tais normas estão dotadas de rigidez absoluta, porque não são mais que os mesmos direitos fundamentais consagrados como invioláveis, de maneira que todos e cada um são seus titulares.³² (FERRAJOLI, 2001, p. 38).

Referente à abrangência da titularidade, o autor enfatiza que muitos direitos fundamentais não são feitos para todos, logo há exclusão, devido a critérios, como a capacidade de ação, a idade, entre outros.

A história dos direitos fundamentais, precisa Ferrajoli, é a história da expansão progressiva das categorias de sujeitos dos direitos em relação a todos os seres humanos. Em muitos direitos positivos, os titulares dos direitos fundamentais são apenas uma pequena minoria (alguns poucos cidadãos, homens, adultos, proprietários e chefes de famílias). No mundo de hoje existem, diz Ferrajoli, duas grandes discriminações em matéria de direitos jurídicos: a cidadania para os direitos políticos, e a menoridade e a incapacidade mental para alguns direitos civis que se vinculam à capacidade de agir. Segundo Ferrajoli, a primeira pode e deve ser superada, a segunda não pode ser eliminada, porque se baseia numa diferença intransponível.³³ (FERRAJOLI, 2001, p. 116).

Em diversas situações os direitos fundamentais seguem uma lógica paternalista de proteção, como foi possível observar anteriormente. É possível compreender esta necessidade para a garantia de direitos aos que por si só não têm condições de requerê-las, como os menores e os deficientes mentais.

Deve-se, por último insistir que a titularidade dos direitos sociais não deve ser considerada privativa dos grupos, mas, como já se indicou, pode corresponder também aos indivíduos. Como a função dos direitos sociais não

³² Por tanto, no se trata de 'derechos del Estado', 'para el Estado' o 'en interés del Estado', como escribían Gerber o Jellinek, sino de derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado, o sea, contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría. Más aún, el hecho de que, como se ha hecho ver en el apartado precedente, los derechos fundamentales no estén previstos por normas como efectos de actos preceptivos singulares, sino que ellos mismos son normas, retroactúa sobre la naturaleza de la relación entre los sujetos y la Constitución. En efecto, de aquí se sigue que de estas normas, o sea, de la parte sustancial de la Constitución, son, por decirlo así, titulares, más que destinatarios, todos los sujetos a los que las mismas adscriben los derechos fundamentales. A ello se debe la imposibilidad de que sean modificadas por decisión de la mayoría. En principio, tales normas están dotadas de rigidez absoluta porque no son más que los mismos derechos fundamentales establecidos como inviolables, de manera que todos y cada uno son sus titulares.

³³ La historia de los derechos fundamentales, precisa Ferrajoli, es la historia de la progresiva expansión de las categorías de sujetos de los derechos respecto a la totalidad de los seres humanos. En muchos derechos positivos, los titulares de los derechos fundamentales no son más que una exigua minoría (unos pocos ciudadanos, varones, adultos, propietarios y cabezas de familia) . En el mundo de hoy quedan, dice Ferrajoli, dos grandes discriminaciones en materia de derechos jurídicos: la ciudadanía para los derechos políticos, y la minoría de edad y la incapacidad mental para algunos derechos civiles que se vinculan a la capacidad de obrar. Según Ferrajoli, la primera puede y debe superarse ; la segunda no puede eliminarse porque está basada en una diferencia insuperable.

é tanto a de fazer titulares de suas facultades os grupos, mas sim de projetar a sua titularidade para o indivíduo que atua e desenvolve sua existência concreta integrado em determinados grupos, sem que por isso seus interesses possam marginaliza-se por completo do bem coletivo. (PÉREZ LUNO, 1995, p. 94).

A idea de matriz da soberania popular de uma sociedade entendida como um conjunto de indivíduos titulares dos mesmos direitos fundamentais e sujeitos políticos de vontades equivalentes, não correspondem ao real funcionamento da práxis social.³⁴ (PEREZ LUNO, 1995, p. 198).

Os direitos de quarta e quinta dimensão, que se referem a biotecnologias e outros, ensejam a reflexão quanto à titularidade de direitos fundamentais que extrapolam a dimensão humana, ou seja, animais e outros seres vivos. O que temos é uma proteção à fauna e flora, a partir de dispositivo expresso na Constituição Brasileira³⁵. Entretanto não é possível atribuir que aos animais a titularidade de direitos fundamentais como aos humanos. Ingo Sarlet expressa que mesmo não sendo positivados tais direitos, eles são dignos de reconhecimento em face da dignidade, e assim descreve:

Embora, o direito constitucional positivo não reconheça direta e expressamente direitos fundamentais como direitos subjetivos aos animais, no sentido de serem estes titulares de direitos desta natureza, o reconhecimento de que a vida não humana possui uma dignidade, portanto, um valor intrínseco, e não meramente instrumental em relação ao Homem, já tem sido objeto de chancela pelo Direito, e isto em vários momentos, seja no que concerne à vedação de práticas cruéis e causadoras de desnecessário sofrimento aos animais, seja naquilo em que se vedam práticas que levem à extinção das espécies. (SARLET, 2012, p. 226).

Neste entendimento, há sim o respeito não como titulares de direitos, mas como merecedores e parte integrante do sistema ecológico em que vivemos, sem os quais estaríamos em desequilíbrio. Pondera o autor que não há como atribuir uma igualdade de direitos aos animais, *in verbis*:

³⁴ Debe, por último, insistirse en que la titularidad de los derechos sociales no debe considerarse privativa de los grupos, sino que, como ya se ha indicado, puede corresponder también a los individuos. Ya que la función de los derechos sociales no es tanto la de hacer titulares de sus facultades a los grupos, sino más bien la de proyectar su titularidad al individuo que actúa y desarrolla su existencia concreta integrado en determinadas agrupaciones sin que, por tanto, sus intereses puedan marginarse por completo del bien colectivo. (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 94).

La idea matriz de la soberanía popular de una sociedad entendida como un conjunto de personas titulares de los mismos derechos fundamentales y sujetos en el orden político de voluntades equivalentes, no corresponde al real funcionamiento de praxis social. (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 198).

³⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Certo é que mesmo a prevalecer a tese de que não há como atribuir aos seres vivos não humanos, especialmente aos animais, na condição de seres sensíveis, a titularidade de direitos humanos, o reconhecimento da fundamentalidade da vida para além da humana, implica pelo menos a existência de deveres fundamentais de tutela desta vida e desta dignidade. (SARLET, 2012, p. 226).

Somente ser titular, portador de um cabedal de garantias, em nada fortalece a dignidade humana uma vez que não possui o seu real efeito. A partir desta abordagem dos direitos fundamentais, adentrar-se-á na democracia, como forma de governo que melhor busca fundamentar e garantir os direitos mínimos para a existência humana.

3 A DEMOCRACIA E SUAS FORMAS DE GOVERNO

Compreendida a relevância dos direitos fundamentais sociais, a sua necessidade de efetivação nas suas diversas dimensões, há que se adentrar em qual das teorias democráticas a sua efetivação ocorre, a fim de garantir a existência de um mínimo digno a quem é titular deste direito ou venha ser.

Diante da estrutura conceitual existente referente às teorias democráticas, o conceito elucida e procura demonstrar a melhor forma de governar. O desejo é que a melhor forma de governo para o povo e para a sociedade consiga dar garantia aos direitos fundamentais sociais, que caracterizam o mínimo existencial para a sobrevivência humana.

Nesse quadro teórico serão abordadas as diversas concepções de democracia, não que elas sejam uma continuidade ou uma evolução, mas sim uma maneira didática de exemplificar os conceitos teorizados pelos diversos doutrinadores.

A esfera pública como o meio da concretização e valorização da ação estatal, por meio da participação cidadã, nos diversos níveis, deve ocorrer através de seus representantes ou pela própria participação.

3.1 Democracia

De início, é premente enfatizar que o termo Democracia enseja uma compreensão clara e original. Partindo de sua origem, do grego, *demokratía* resulta da união de *demos* (povo) e *krátos* (poder), bem como em sua continuidade, segundo o léxico, significa:

1. Governo do povo; soberania popular; democratismo [cf. vulgocracia.] 2. Doutrina ou regime político baseado nos princípios da soberania popular e da distribuição equitativa do poder, ou seja, regime de governo que se caracteriza, em essência, pela liberdade do ato eleitoral, pela divisão dos poderes e pelo controle da autoridade, i.e., dos poderes de decisão e de execução; democratismo. [cf. (nesta acepç.) ditadura (1).] 3. País cujo regime é democrático. 4. As classes populares; povo proletariado. [...]. (FERREIRA, 1995, p. 534).

Para Ferrajoli (2008, p. 77), a democracia compreende o método para a tomada de decisões que envolvem a coletividade, ou seja, as regras que os representantes do povo devem assumir nas decisões, e assim enfatiza o autor:

Segundo a concepção certamente dominante, a democracia consiste unicamente em um método de formação das decisões coletivas: precisamente

no conjunto das regras que atribuem ao povo, e portanto, à maioria de seus membros, o poder – direto ou através de representantes de assumir decisões. Esta não é a apenas a concepção etimológica de ‘democracia’, mas também a concepção unanimemente compartilhada desde Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl da teoria e da filosofia política.³⁶ (FERRAJOLI, 2008, p. 77).³⁷

No resgate histórico, Platão na República, cita cinco formas de governo, sendo elas “aristocracia, timocracia, oligarquia, democracia e tirania, só uma delas, a aristocracia, é boa.” Refere-se à democracia como a que “nasce quando os pobres, após haverem conquistado a vitória, matam alguns adversários, mandam outros para o exílio e dividem com os remanescentes, em condições paritárias, o Governo e os cargos públicos, sendo estes determinados, na maioria das vezes, pelo sorteio”. (BOBBIO, 1998, p. 320).

É mister enfatizar que, na teoria contemporânea da Democracia, confluem três grandes tradições do pensamento político: a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; b) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania, conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república. O problema da Democracia, das suas características, de sua importância ou desimportância é, como se vê, antigo. Tão antigo quanto à reflexão sobre as coisas da política, tendo sido reproposto e reformulado em todas as épocas. De tal maneira isso é verdade, que um exame do debate contemporâneo em torno do conceito e do valor da

³⁶ Según la concepción seguramente dominante, la democracia consiste únicamente en un método de formación de las decisiones colectivas: precisamente, en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, y por lo tanto a la mayoría de sus miembros, el poder – directo o a través de representantes de asumir decisiones. Esta no es sólo la acepción etimológica de ‘democracia’, sino también la concepción unánimemente compartida desde Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl de la teoría y de la filosofía política.

³⁷ Ferrajoli enfatiza essa concepção no primeiro capítulo do livro Poderes selvagens, intitulado, *el paradigma de la democracia constitucional*.

Democracia não pode prescindir de uma referência, ainda que rápida, à tradição. (BOBBIO, 1998, p. 319).

A democracia como poder do povo, emana do pensamento de se obter o consenso para o bem comum. Bobbio enfatiza que a democracia deve ser compreendida como “contraposta a todas as formas de governo autocrático caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”. Destaca-se que todo agrupamento de pessoas “está obrigado a tomar decisões vinculatórias” para a sobrevivência de todos os integrantes que a ele pertençam. Entretanto, a participação da totalidade na tomada de decisão é praticamente inviável. Mesmo com o emprego da mais sofisticada tecnologia da informação atual, não seria possível atingir a todos os cidadãos. Com isso, “até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide).” Por isso, para que uma decisão tomada por indivíduos, um, poucos, muitos, todos, possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras, não importa se escritas ou consuetudinárias, que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos. (BOBBIO, 2011, p. 31).

Ao abordar a questão da modalidade de decisão, Bobbio (2011, p. 32), refere-se ao princípio fundamental da democracia que, segundo ele, “é a regra da maioria”, a qual passa a valer e ser respeitada por todos. Mesmo que a maioria aprove determinada regra, ela ainda não é unânime, a qual sendo torna a decisão mais válida, pois é de consenso da totalidade representativa. Há dificuldade dessa unanimidade, a qual é possível “apenas num grupo restrito ou homogêneo, e pode ser exigida em dois casos extremos e contrapostos”. Esses casos extremos seriam decisões muito graves em que cada um dos participantes tem direito de veto, ou no caso de decisões de escassa importância em que se declara de acordo quem não se opõe expressamente. Em suma, um grupo decide por todos, tendo o fator da gravidade como determinante obscuro da importância e da forma da decisão.

Extremos também que desvirtuam a democracia podem surgir como produtos de mudanças na produção do direito, da legislação e normas constitucionais, principalmente em períodos pós-guerras, como no caso da II Guerra Mundial, onde diversos países tiveram a normatividade reordenada. Onde o único poder operando era o político, não havendo assim uma efetividade e garantia dos direitos mínimos. (FERRAJOLI, 2011, p. 31).

Como enfatizado anteriormente, a democracia somente pode ser compreendida uma vez que observados outros regimes de governo. Para uma definição mínima de democracia, na compreensão de Bobbio, são necessárias três condições, a saber: a primeira: que não bastam

“nem a atribuição a um elevado número de cidadãos, do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletiva”. A segunda condição é: “nem a existência de regras de procedimento como a da maioria”. É indispensável uma terceira condição: “é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra”. Fatores esses determinantes para a realização da democracia. Em passagem elucidativa, o autor enfatiza os fatores que devem ser garantidos.

Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. — os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos ‘invioláveis’ do indivíduo. (BOBBIO, 2011, p. 32).

A democracia é o fator determinante para a garantia da liberdade do indivíduo bem como da sua proteção, tendo sua representatividade garantida.

A partir da construção teórica, a democracia é conceituada com base em diversas denominações: formal, substancial, representativa, direta e constitucional. Nesta definição e conceituação das denominações de democracia, algumas críticas também serão aviltadas, tendo em vista que todos os modelos em sua flexibilidade possuem lacunas.

3.2 A Sociedade para a Democracia

A democracia não é compreendida sem sociedade. É um produto artificial elaborado a partir da vontade dos indivíduos, com a finalidade de uni-los, criando assim uma instituição de poder não tirânico, onde o todo passa a prevalecer sobre o único, e assim concebe:

A democracia nasceu de uma concepção individualista da sociedade, isto é, da concepção para a qual - contrariamente à concepção orgânica, dominante na idade antiga e na idade média, segundo a qual o todo precede as partes - a sociedade, qualquer forma de sociedade, e especialmente a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos. (BOBBIO, 2011, p. 34).

A filosofia social da idade moderna é caracterizada por formar a concepção individualista da sociedade e do Estado, é também a responsável pela dissolução da

concepção orgânica, e três eventos são relevantes, o contratualismo, o nascimento da economia e a filosofia utilitarista.

O contratualismo do Seiscentos e do Setecentos, o qual parte da seguinte hipótese: “que antes da sociedade civil existe o estado de natureza, no qual soberanos são os indivíduos singulares livres e iguais, que entram em acordo entre si para dar vida a um poder comum” sendo que é a partir deste poder que a vida e a liberdade são garantidas, bem como civilmente a propriedade. (BOBBIO, 2011, p. 34).

Quanto ao nascimento da economia política, a qual também advém do indivíduo particular, não de um indivíduo da economia, de um membro de uma comunidade, mas do indivíduo singular que, “perseguindo o próprio interesse, frequentemente promove aquele da sociedade de modo mais eficaz do que quando pretenda realmente promovê-lo”, sendo que autores como Hobbes e Locke haviam prefigurado a sociedade de mercado, ao descrever o estado de natureza. (BOBBIO, 2011, p. 34).

O autor traz como terceiro evento significativo a filosofia utilitarista de Bentham a Mill (1979 apud BOBBIO, 2011, p. 35), o qual também possui como essência o indivíduo singular, “para a qual o único critério capaz de fundar uma ética objetivista, e portanto distinguir o bem do mal sem recorrer a conceitos vagos como ‘natureza’ e outros, é o de partir da consideração de estados essencialmente individuais”, e nesta concepção individualista, tudo o que é útil “como o prazer e a dor, e de resolver o problema tradicional do bem comum na soma dos bens individuais ou, segundo a fórmula benthamiana, na felicidade do maior número”. (BOBBIO, 2011, p. 35).

Na estruturação da democracia, em seus primórdios das monarquias absolutas que a composição era “uma cabeça, um voto”, entretanto na organização social dos estados democráticos houve fatores de organização em grupo, que conjugados os mesmos interesses buscavam um agrupamento para melhor serem representados e garantidos os interesses próprios. Na doutrina democrática originária, não haveria intermediários entre o povo e seus representantes, bem como Rousseau desprezava as sociedades particulares, influência essa que resultou na Lei francesa denominada *Le Chapelier*³⁸ de 1791, que foi revogada somente em 1887, sendo válida por um longo período. (BOBBIO, 2011, p. 35).

Entretanto não foi essa a realidade dos estados democráticos, pelo contrario, os indivíduos relevantes na sociedade deram origem a grandes grupos representativos, tais como: “associações das mais diversas naturezas, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das

³⁸ A Lei Chapelier proibia os sindicatos, as greves e as manifestações dos trabalhadores. Era a repressão da burguesia sobre a classe operaria.

mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos”, formando assim grandes organizações. Com isso, tornam-se os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos. A participação no governo ocorre de maneira direta e indireta através da autonomia relativa diante de um governo central. (BOBBIO, 2011, p. 35).

Feitas essas considerações referentes à sociedade que através de seus indivíduos protagonizaram o sistema democrático, sendo que o mesmo é compreendido através de diversos modelos, que a seguir serão esboçados e exemplificados.

3.3 Democracia Formal e Democracia Substancial

Elucidamos os dois modelos de democracia, que de per si, apresentam suas significativas diferenças. A democracia formal, em sua própria formulação denota a necessidade de procedimentos que visem a sua legalidade, e a democracia substancial que visa à garantia de todos os indivíduos pertencentes ao Estado. Reafirmando esta compreensão, Cadermatori enfatiza:

Enquanto a democracia formal refere-se ao Estado político representativo, que tem no princípio da maioria a fonte da legalidade, a democracia substancial ou social nada mais é do que o Estado de Direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais quanto sociais.

São modelos independentes entre si, como são independentes os sistemas de garantias constitucionais inerentes: de um lado, as regras que asseguram a mera legalidade, ou seja, a vontade da maioria; de outro, as que garantem a estrita legalidade, a matéria a ser decidida. (CADERMATORI, 2011, p. 164).

Nessa linguagem política contemporânea, bem como na noção comportamental de Democracia, surge outro significado de democracia³⁹, o qual compreende formas de regime político.

Os termos, formal e substancial, na concepção de Bobbio (1998, p. 328), podem levar a confusão do seu real significado, pois se trata de um atributo qualificante ao conceito genérico de Democracia. Na busca dessa compreensão, Bobbio caracteriza assim o seu modo elucidativo frente à denominação conceitual de democracia formal e substancial:

³⁹ Tendo como paradigma a democracia dos países socialistas ou dos países do Terceiro Mundo, especialmente, dos países africanos, onde não vigoram ou não são respeitadas mesmo quando vigoram algumas ou todas as regras que fazem que sejam democráticos, já depois de longa tradição, os regimes liberais-democráticos e os regimes sociais-democráticos. (BOBBIO 1998, p. 328).

Chama-se formal à primeira porque é caracterizada pelos chamados ‘comportamentos universais’ (*universali procedurali*), mediante o emprego dos quais podem ser tomadas decisões de conteúdo diverso (como mostra a co-presença de regimes liberais e democráticos ao lado dos regimes socialistas e democráticos).

Chama-se substancial à segunda porque faz referência prevalentemente a certos conteúdos inspirados em ideais característicos da tradição do pensamento democrático, com relevo para o igualitarismo. Segundo uma velha fórmula que considera a Democracia como Governo do povo para o povo, a democracia formal é mais um Governo do povo; a substancial é mais um Governo para o povo. (BOBBIO, 1998, p. 328).

Na democracia formal pode ocorrer o favorecimento “de uma minoria restrita de detentores do poder econômico e, portanto não ser um poder para o povo, embora seja um Governo do povo⁴⁰”, sendo também um caminho de perda da liberdade, tendo em vista um interesse exclusivo de determinado grupo. (BOBBIO, 1998, p. 328).

Na compreensão de Ferrajoli (2008, p. 77), a democracia formal, enfatiza o procedimentalismo oriundo da forma em si mesmo diante do sistema, tendo por objetivo que seja efetivamente garantida a vontade do povo, assim o autor define a democracia formal:

Podemos chamar formal ou procedimental essa definição de democracia. Na verdade, ela identifica a democracia unicamente com base nas formas e procedimentos idôneos para garantir a vontade do povo: em outras palavras, sobre a base de ‘quem’ (o Povo ou seus representantes) e do ‘como’ (a regra da maioria), das decisões independentemente do seus conteúdos, quaisquer que eles sejam. Inclusive um sistema no qual as decisões por maioria na supressão de uma minoria, seria, à luz deste critério, ‘democrático’.⁴¹ (FERRAJOLI, 2008, p. 77).

Entretanto, uma definição formal de democracia, não enseja a completude do assunto. Seria esta a definição mais adequada de democracia? Ao percorrer o texto acima é perceptível que democracia não é uma fórmula matemática pronta. Ela opera em diversas variáveis que buscam um objetivo único, o bem comum na liberdade e a representatividade adequada para a garantia de direitos.

⁴⁰ Salienta o autor também que “uma ditadura política pode favorecer em períodos de transformação revolucionária, quando não existem condições para o exercício de uma Democracia formal, a classe mais numerosa dos cidadãos, e ser, portanto, um Governo para o povo, embora não seja um Governo do povo”. (BOBBIO, 1998, p. 328).

⁴¹ Podemos llamar formal o procedimental a esta definición de la democracia. De hecho, ella identifica a la democracia únicamente sobre la base de las formas y de los procedimientos idôneos para garantizar la voluntad popular: en otras palabras, sobre la base del “quién” (el Pueblo o sus representantes) y del “como” (la regla de la mayoría), de las decisiones, independentemente de sus contenidos, cualesquiera que ellos sena. Incluso un sistema em el cual de decidiese por mayoría la supresión de una minoría sería, a la luz de este critério, “democrático

Neste viés, Ferrajoli (1995, p. 864) refere que a democracia formal é vinculada ao Estado político representativo, “que tem no princípio da maioria a fonte da legalidade”, entretanto, o decidir é subordinado aos princípios da democracia substancial relativos ao que não lícito decidir e ao que é lícito deixar de decidir.⁴²

A democracia formal estabelece as normas para a decisão, ou seja, quem decide e como decide, sendo esta pela maioria. Quem decide, limita-se aos representantes da sociedade eleitos.

Bobbio (1998), também observa que o conceito de Democracia atribuído aos Estados socialistas e aos Estados do Terceiro Mundo espelha mais fielmente o significado aristotélico antigo de Democracia, sendo que o contexto social desfavorável faz da democracia uma péssima forma de governo, e assim descreve:

Democracia é o Governo dos pobres contra os ricos, isto é, é um Estado de classe, e tratando-se da classe dos pobres, é o Governo da classe mais numerosa ou da maioria, e é esta a razão pela qual a Democracia foi mais execrada do que exaltada no decurso dos séculos. (BOBBIO, 1998, p. 328).

Nessa linha de raciocínio, Bobbio destaca que não é possível obter uma solução a partir da definição da palavra, “não se resolve em definir e redefinir uma palavra que pelo seu significado eulógico é referida a coisas diferentes, o negócio deve ser determinado em torno de um conceito geral de Democracia dividido em Espécies”. As espécies a que o autor se refere, é a democracia liberal⁴³ e a Democracia dos países socialistas. Entretanto é possível considerar o que há em comum entre as espécies, que é “prover as condições para o pleno e livre desenvolvimento das capacidades humanas essenciais de todos os membros da sociedade”. Um ideal utópico a ser conquistado, mas não desprezível. (BOBBIO, 1998, p. 328).

Por fim, na precisão conceitual em torno da democracia formal e substancial, que possuem significados distintos, sendo definida a primeira como um certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento acima descritas, independentemente da consideração dos fins e a segunda que visa a um objetivo social, de resultado bom, e definida como “o conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para os alcançar”. A formalidade em si,

⁴² Democracia formal o política al “estado político representativo”, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad. Sustanciales, respecto de las formales de democracia política, pueden ser en efecto consideradas las normas secundarias que las enuncian: las cuales, de manera diferente a las normas sobre el “qué” y sobre el “cómo” se debe decidir. (FERRAJOLI, 1995, p. 864).

⁴³ Plebiscitaria, populista, totalitária.

não agrega valor à democracia, uma vez que segue rigorosamente o método, entretanto, agregada a um bem maior, a busca da igualdade. (BOBBIO, 1998, p. 328).

Na constante busca para uma definição ideal de democracia, os autores conseguem teoriza-la, mas os regimes comprovam que não existe a perfeição.

Uma vez que na longa história da teoria democrática se entrecruzam motivos de métodos e motivos ideais, que se encontram perfeitamente fundidos na teoria de Rousseau segundo a qual o ideal igualitário que a inspira (Democracia como valor) se realiza somente na formação da vontade geral (Democracia como método), ambos os significados de Democracia são legítimos historicamente. Mas a legitimidade histórica do seu uso não autoriza nenhuma ilação sobre a eventualidade de terem um elemento conotativo comum. Desta falta de um elemento conotativo comum é prova a esterilidade do debate entre fatores das Democracias liberais e fatores das Democracias populares sobre a maior ou menor democraticidade dos respectivos regimes. Os dois tipos de regime são democráticos segundo o significado de Democracia escolhido pelo defensor e não é democrático segundo o significado escolhido pelo adversário. O único ponto sobre o qual uns e outros poderiam convir é que a Democracia perfeita — que até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto — deveria ser simultaneamente formal e substancial. (BOBBIO, 1998, p. 329).

A democracia perfeita, necessária, mas utópica, em termos de atender a todos igualmente e distintamente perante a vontade do povo, a qual diverge a partir do contexto da vida. Entretanto a democracia perfeita continua sendo o ideal dos cidadãos.

3.4 Democracia Representativa e Democracia Direta

Nesta seara da busca de uma democracia satisfatória, os modelos da democracia representativa e direta serão objeto de elucidação neste subtítulo. Entretanto, Bobbio (2011), critica a democracia representativa, em prol da democracia direta, a qual não é perfeita, mas melhor, mesmo com ressalvas, como a de que nem todos precisam decidir sobre tudo. A partir desse contexto, da democracia representativa a qual deve ser compreendida com o seguinte enfoque:

A exigência, tão frequente nos últimos anos, de maior democracia exprime-se como exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta. Tal exigência não é nova: já a havia feito, como se sabe, o pai da democracia moderna, Jean-Jacques Rousseau, quando afirmou que ‘a soberania não pode ser representada’ e, portanto, ‘o povo inglês acredita ser livre mas se engana redondamente; só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez eleitos estes, ele volta a ser escravo, não é mais nada’ Rousseau entretanto também estava

convencido de que ‘uma verdadeira democracia jamais existiu nem existirá’, pois requer muitas condições difíceis de serem reunidas. Em primeiro lugar um estado muito pequeno, ‘no qual ao povo seja fácil reunir-se e cada cidadão possa facilmente conhecer todos os demais’; em segundo lugar, ‘uma grande simplicidade de costumes que impeça a multiplicação dos problemas e as discussões espinhosas’; além do mais, ‘uma grande igualdade de condições e fortunas’; por fim, ‘pouco ou nada de luxo’. (BOBBIO, 2011, p. 53).

Nesse contexto, Rousseau, ao afirmar que a soberania não pode ser representada, atribui ao indivíduo significativa importância social, bem como na impossibilidade da perfeição democrática.

Com isso emerge a necessidade de um alargamento da democracia representativa, bem como também da democracia direta. Contudo, seria esta a solução? Bobbio (2011, p. 54) delinea a questão para obter uma resposta. Aborda que a compreensão literal de democracia direta é a “participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes”, evidente que mesmo na tecnocracia é insensata a sua concretização. Diante da complexidade da sociedade moderna, e o desejo de todos decidirem sobre tudo, é materialmente impossível.

Humanamente não é desejável que a população esteja decidindo sobre tudo. Bobbio refere que “Marx havia indicado o homem total como meta do desenvolvimento civil da humanidade.” Este homem total somente seria possível tendo sua dedicação exclusiva nos seus deveres. “Mas o indivíduo rousseauiano conclamado a participar da manhã à noite para exercer os seus deveres de cidadão não seria o homem total, mas o cidadão total.” E neste intuito pode ser interpretada como democracia totalitária em polêmica com a democracia liberal. (BOBBIO, 2011, p. 54).

Dworkin (2002) chega a conclusão de que a democracia representativa é adequada, mas imperfeita para a sociedade atual, devido à complexidade e à diversidade existentes, bem como os interesses individuais que distorcem a real forma da democracia representativa, em seu resultado desejado, ou seja, a preferência real dos eleitores.

Contudo, por mais importante que seja esta conclusão no nível da filosofia política, ela é em si mesma de importância prática limitada, porque é impossível conceber procedimentos políticos que discriminem com precisão entre preferências pessoais e externas. A democracia representativa é amplamente concebida como a estrutura institucional mais adequada, em uma sociedade complexa e diversificada, para a identificação e a consecução de políticas utilitaristas. Nesse ponto ela funciona imperfeitamente, pela conhecida razão de que a regra de decisão pela maioria não consegue levar suficientemente em conta a intensidade, por oposição ao número, das preferências particulares, e porque as técnicas de persuasão política, apoiadas pelo dinheiro, podem corromper a precisão com a qual os votos

representam as verdadeiras preferências dos eleitores. (DWORKIN, 2002, p. 425).

Diante do exposto, Dworkin demonstra que o *lobby*, artimanha proibida em diversos países democráticos, é fator de imperfeição para a democracia representativa, pois há poderes velados como o potencial econômico e o tráfico de influência por interesses particulares. As técnicas de persuasão política referidas, devido a sua intensidade, destroem a real necessidade na busca de garantir direitos e passa a ser tendenciosa, ficando assim a representação em segundo plano, devido a interesses individuais, ocasionando a imperfeição.

Na democracia representativa, o conceito padrão é que o Estado Parlamentar seja a representação perfeita da população, entretanto, na democracia presidencial, também é possível ter a representação, e assim elucida o autor:

A expressão ‘democracia representativa’ significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade. Ponto e basta. O estado parlamentar é uma aplicação particular, embora relevante do ponto de vista histórico, do princípio da representação, vale dizer, é aquele estado no qual é representativo o órgão central (ou central ao menos em nível de princípio, embora nem sempre de fato) ao qual chegam as reivindicações e do qual partem as decisões coletivas fundamentais, sendo este órgão central o parlamento. Mas todos sabem que uma república presidencial como a dos Estados Unidos, que não é um estado parlamentar, também é um estado representativo em sentido genérico. (BOBBIO, 2011, p. 56).

É verdadeira a afirmação de que no estado representativo as deliberações políticas são oriundas dos representantes eleitos, sendo indiferente a questão de que se os “órgãos de decisão são o parlamento, o presidente da república, o parlamento mais os conselhos Regionais”, etc. É equivocada a afirmação que ‘democracia representativa’ signifique a mesma coisa que ‘estado parlamentar’, ou seja, a representatividade não possui estado único para a sua representação. (BOBBIO, 2011, p. 56).

É sábia a conclusão de que se nem todo estado representativo é um estado parlamentar, o estado parlamentar pode muito bem não ser uma democracia representativa. Se por democracia entende-se, como um regime no qual todos os cidadãos adultos têm direitos políticos, onde existe, em poucas palavras, o “sufrágio universal”, é de se considerar que historicamente os parlamentos vieram antes da extensão do sufrágio e que, portanto, por muito tempo existiram estados parlamentares que eram representativos, mas não democráticos. (BOBBIO, 2011, p. 57).

Na própria gênese da “democracia representativa” deve-se dar relevo tanto ao adjetivo quanto ao substantivo. Entretanto é verdade que nem toda forma de democracia é representativa, mas também é verdade que nem todo estado representativo é democrático pelo simples fato de ser representativo: daí a insistência sobre o fato de que a crítica ao estado parlamentar não implica a crítica à democracia representativa, já que, se é verdade que toda democracia é representativa, é igualmente verdade que nem todo estado representativo é em princípio e foi historicamente uma democracia. (BOBBIO, 2011, p. 57).

O conceito de representação pode ser emitido a partir da literatura jurídica, sociológica e politológica, o qual é tão abundante que rios de tinta podem ser utilizados para escrever e descrever, que mesmo assim há novas compreensões que surgem para dar conta da amplitude do conceito.

Bobbio (2011), ao referir-se a esse conceito, utiliza diversas imagens e exemplos, como a figura do Papa, para ilustrar a representação.

Para dar-lhes apenas uma pálida ideia da confusão em que se cai toda vez que se procura entender e fazer entender o que é que está por trás da relação de representação entre A e B, basta lembrar que dizer que o Papa é o representante de Deus na terra não é a mesma coisa que dizer que o senhor Reagan representa o povo dos Estados Unidos, assim como dizer que o senhor Rossi representa um laboratório farmacêutico não é a mesma coisa que dizer que o ilustre deputado Bianchi representa um partido no parlamento. (BOBBIO, 2011, p. 58).

A partir do emprego de uma simples fórmula, é possível dizer que o problema da representação pode ter soluções diversas conforme as respostas que, uma vez acertado que A deve representar B, suscita as seguintes questões: “Como o representa?” e “que coisa representa?”. Como resposta padrão a essas duas perguntas pode ser o seguinte. Na primeira questão: “A pode representar B ou como delegado ou como fiduciário. Se é delegado, A é pura e simplesmente um porta-voz, um núncio, um legado, um embaixador, de seus representados,” sendo assim, é um mandato frágil, e facilmente substituível a partir dos interesses em jogo por quem ele representa. (BOBBIO, 2011, p. 58).

Na segunda hipótese apresentada quanto ao representante, sendo ele “chamado a representar os interesses gerais do representado não é necessário que pertença à sua mesma categoria profissional;” em vista de interesses abrangentes, a representação ocorre através da denominada “categoria dos políticos de profissão”. Tendo por interesse e objetivo específico “representar os interesses específicos de uma categoria, normalmente ele pertence à mesma categoria profissional dos representados, com o que apenas o operário pode representar

eficazmente os operários”, sendo categorias diversas, como por exemplo, professores, mineradores, médicos, garis e todas as profissões organizadas é regulamentado o seu funcionamento. É uma representação orgânica, ou seja, dos interesses particulares da categoria que representa. (BOBBIO, 2011, p. 59).

Na representação política ocorre o contrário, não em sua totalidade, mas na maior parte dos estados que se governam a partir de um sistema representativo. Fator característico da democracia representativa é, “com respeito a ‘quem’, que o representante seja um fiduciário e não um delegado; e é, com respeito ao ‘que coisa’, que o fiduciário represente os interesses gerais e não os interesses particulares”. Nem mesmo interesses de um determinado grupo de eleitores deve ser objeto de representação do parlamentar. (BOBBIO, 2011, p. 59).

Essas são condições para um sistema empregar o termo “representação” e consequentemente ser compreendido como “sistema representativo” o qual enseja para o tradicional termo “democracia representativa. Nesse sistema democrático, o representante compreende uma pessoa com características bem definidas e Bobbio enfatiza essencialmente duas, sendo que a primeira ele descreve dizendo: “Na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável”; e a segunda característica, que tem como fator relevante os interesses gerais, ele a descreve: “Não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria”. (BOBBIO, 2011, p. 59).

Uma crítica ao sistema é que ele forma os denominados “políticos de profissão”, uma vez que representam interesses gerais e não específicos de uma categoria. Esses interesses gerais artificialmente constituídos para a obtenção de um resultado, ser eleito, e Bobbio utiliza-se de uma eficiente definição citada por Max Weber, o qual refere aos representantes afirmando que “não vivem apenas para a política, mas vivem da política”. (BOBBIO, 2011, p. 60).

A partir das características citadas quanto ao sistema representativo, evidencia-se a real necessidade de mudança, ou melhor, “de uma democracia mais larga, mais completa, em suma, mais democrática”. (BOBBIO, 2011, p. 60).

Nesse sistema que gera o político de profissão, ele exige resultados de seus representantes, e sendo produto da atuação a Lei, a cada dia novos projetos são propostos e outros são aprovados e sancionados. Quando a lei é benéfica a todos, atende aos interesses gerais, é louvável, entretanto, a “proliferação das pequenas leis” para atender à demanda produtiva acaba gerando leis que visam a “interesses particulares”, de ordem econômica,

política, de uma categoria, de determinado segmento e do lobby corporativo. O resultado é péssimo para a sociedade e para o Estado, pois o parlamento é desacreditado em virtude de tais atitudes, nada condizentes com um verdadeiro sistema democrático e com o interesse geral. (BOBBIO, 2011, p. 62).

A democracia direta, na sua mens não permite intermediário, sendo que o próprio interessado participa das deliberações nas quais ele tem interesse.

Para que exista democracia direta no sentido próprio da palavra, isto é, no sentido em que direto quer dizer que o indivíduo participa ele mesmo nas deliberações que lhe dizem respeito, é preciso que entre os indivíduos deliberantes e a deliberação que lhes diz respeito não exista nenhum intermediário. Mesmo se substituível, o delegado é um intermediário, acima de tudo porque, apesar de vinculado às instruções que recebe da base, tem de fato uma certa liberdade de movimento e se com ele não se entendessem todos os que devem chegar a uma deliberação coletiva, qualquer deliberação coletiva seria impossível; em segundo lugar porque ele não pode ser revogado a todo instante e substituído por um outro, a não ser sob o risco de paralisar as negociações. (BOBBIO, 2011, p. 63).

O delegado é um intermediário, ou seja, um representante, mesmo não sendo um carreirista político, pois sua ação é em nome de determinado grupo ou interesse. Com isso um “sistema democrático caracterizado pela existência de representantes substituíveis é, na medida em que prevê representantes, uma forma de democracia representativa”, mas a aproximação com a democracia direta ocorre uma vez que “admite que estes representantes sejam substituíveis.” (BOBBIO, 2011, p. 64).

Um sistema democrático ideal que não permitisse que a democracia representativa e a de democracia direta sejam empregadas até a sua forma extrema, tendo em vista que não são sistemas alternativos e sim compatíveis entre si, vejamos:

[...] poderia ser um sistema de democracia integral que pode conter todas, cada uma delas em conformidade com as diversas situações e as diversas exigências, e isto porque são perfeitamente compatíveis entre si posto que apropriadas a diversas situações e a diversas exigências. (BOBBIO, 2011, p. 65).

É notável que não haja uma concorrência ou exclusão entre os dois sistemas, os quais podem ser integrados. A ressalva é que diante desta fórmula conjugada de um sistema de democracia integral, “as duas formas de democracia são ambas necessárias, mas não são consideradas em si mesmas, suficientes.” (BOBBIO, 2011, p. 65).

A complexidade do Estado e sua crise, como Morais (2011, p. 14) descreve, que há uma “crise política, em particular no que se refere à democracia representativa”. Diante dessa afirmação vem o reconhecimento da insuficiência da democracia. “É necessário e faz parte deste projeto no futuro, que o debate democrático possa refletir o seu caráter e conteúdo, tendo presentes as insuficiências e deficiências atuais da democracia dos modernos”.

Há uma insuficiência de sistema para atender ao clamor público na perspectiva de uma satisfação dos direitos fundamentais.

Que a democracia direta não seja suficiente torna-se claro quando se considera que os institutos de democracia direta no sentido próprio da palavra são dois: a assembleia dos cidadãos deliberantes sem intermediários e o referendun. Nenhum sistema complexo como é o de um estado moderno pode funcionar apenas com um ou com outro, e nem mesmo com ambos conjuntamente. (BOBBIO, 2011, p. 65).

Bobbio (2011) quando se refere à ideia de Rousseau sobre democracia, parte do contexto de uma pequena comunidade, onde era possível realizar uma assembleia com todos os participantes.

A assembleia dos cidadãos - a democracia que Rousseau tinha em mente - é um instituto, como de resto Rousseau sabia muito bem, que pode ter vida apenas numa pequena comunidade, como era a do modelo clássico por excelência, a Atenas do V e do IV séculos, quando os cidadãos não passavam de poucos milhares e a sua assembleia, considerando-se os ausentes por motivo de força maior ou por livre e espontânea vontade, reunia-se com todos juntos no lugar estabelecido (no qual, escreve Glotz, raramente podiam ser vistos mais que dois ou três mil cidadãos, mesmo que na colina onde habitualmente se realizavam as assembleias ordinárias pudessem estar, sempre segundo Glotz, vinte e cinco mil pessoas em pé e dezoito mil sentadas). (BOBBIO, 2011, p. 65).

Tendo em vista a mudança do tempo, em que a própria organização política e geográfica passam por mudanças, é impossível realizar uma assembleia da cidade, entretanto, é possível realizar uma assembleia de bairro, de uma região, onde a forma democrática ocorre. A relação política ocorre nas diversas formas, a saber:

O que acontece agora é que o processo de democratização, ou seja, o processo de expansão do poder ascendente, está se estendendo da esfera das relações políticas, das relações nas quais o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na variedade de seus status e de seus papéis específicos, por exemplo de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante e até mesmo de pai de estudante, de médico e de doente, de oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de

produtor e de consumidor, de gestor de serviços públicos e de usuário, etc. Com uma expressão sintética pode-se dizer que, se hoje se pode falar de processo de democratização, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na passagem da democracia representativa para a democracia direta quanto na passagem da democracia política em sentido estrito para a democracia social, ou melhor, consiste na extensão do poder ascendente, que até agora havia. (BOBBIO, 2011, p. 66).

Mesmo que a democracia representativa permaneça no contexto da sociedade, ela ainda possui uma organização hierárquica e burocrática. A própria sociedade em seus diversos segmentos de vida social, por vezes não emprega o princípio democrático, mas sim hierárquico de poder. Bobbio (2011) assim o descreve:

Uma vez conquistada à democracia política, percebe-se que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla que é a esfera da sociedade no seu todo e que não existe decisão política que não seja condicionada ou até mesmo determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. Percebe-se que uma coisa é a democratização do estado (ocorrida com a instituição dos parlamentos), outra coisa é a democratização da sociedade, donde se conclui que pode muito bem existir um estado democrático numa sociedade em que a maior parte das suas instituições — da família à escola, da empresa à gestão dos serviços públicos — não são governadas democraticamente. Daí a pergunta que melhor do que qualquer outra caracteriza a atual fase de desenvolvimento da democracia nos países politicamente já democráticos. (Bobbio, 2011, p. 68).

Um termômetro para medir a democracia na atualidade, não pode ser o número de pessoas que têm o direito. Logo, é possível a sobrevivência de um estado democrático numa sociedade não democrática? Pergunta que pode ser formulada também deste modo: a democracia política, pois foi e é até agora necessária para que um povo não caia sob um regime despótico, é também suficiente?

Como exemplo, Bobbio (2011) refere-se à sociedade italiana, no contexto da sua escrita, onde não há uma única ideologia, mas sim o pluralismo ideológico democrático, não será possível chegar a um consenso, a uma compreensão uniforme.

Divida-se por comodidade a sociedade italiana nestes três níveis: econômico, político e ideológico. Não há dúvida de que em todos os três ela é uma sociedade articulada em grupos diversos e contrapostos, através dos quais correm tensões profundas, explodem conflitos lacerantes e se desenrola um contínuo processo de decomposição e recomposição. Existe pluralismo no nível econômico onde existe ainda em parte uma economia de mercado, várias empresas em concorrência entre si, um setor público distinto do setor privado, etc.; pluralismo político quando existem vários partidos ou vários movimentos políticos que disputam entre si, através do voto ou de outros meios, o poder na sociedade e no estado; pluralismo ideológico na medida em que não existe uma doutrina de estado única, mas diversas orientações de

pensamento, diversas visões do mundo, diversos programas políticos com livre curso e dando vida a uma opinião pública não homogênea, não monocórdia, não uniforme. (BOBBIO, 2011, p. 72).

Neste sentido, a solução de conflitos para o poder exorbitante da democracia, ocorre à propositura da teoria democrática e da teoria pluralista, que, segundo o autor, não são incompatíveis, mas convergentes e complementares. A questão do poder é o fator chave na democracia, pois o fator constitutivo gera seus efeitos, podendo ser tão somente concentrado ou distributivo.

O que significa então dizer que a democracia dos modernos deve fazer as contas com o pluralismo? Significa dizer que a democracia de um estado moderno nada mais pode ser que uma democracia pluralista. Vejamos por quê. A teoria democrática e a teoria pluralista têm em comum o fato de serem duas propostas diversas, mas não incompatíveis contra o abuso do poder; representam dois remédios diversos mas não necessariamente alternativos contra o poder exorbitante. A teoria democrática toma em consideração o poder autocrático, isto é, o poder que parte do alto, e sustenta que o remédio contra este tipo de poder só pode ser o poder que vem de baixo. A teoria pluralista toma em consideração o poder monocrático, isto é, o poder concentrado numa única mão, e sustenta que o remédio contra este tipo de poder é o poder distribuído. (BOBBIO, 2011, p. 72).

A democracia dos modernos é oriunda de um Estado que é simultaneamente democrático e autocrático, advindo de sistemas políticos constituídos ao longo do tempo. O objetivo é manter o equilíbrio entre o poder que parte do alto em nome do poder que vem de baixo, e contra o poder concentrado em nome do poder distribuído. Este ataque em duas frentes deve-se à insuficiência da democracia direta para governar, a qual emana novas formas.

Onde a democracia direta é possível, o estado pode muito bem ser governado por um único centro de poder, por exemplo, a assembleia dos cidadãos. Onde a democracia direta, em decorrência da vastidão do território, do número de habitantes e da multiplicidade dos problemas que devem ser resolvidos, não é possível e deve-se então recorrer à democracia representativa, a garantia contra o abuso do poder não pode nascer apenas do controle a partir de baixo, que é indireto, mas deve também poder contar com o controle recíproco entre os grupos que representam interesses diversos, os quais se exprimem por sua vez através de diversos movimentos políticos que lutam entre si pela conquista temporária e pacífica do poder. (BOBBIO, 2011, p. 73).

Em termos comparativos entre a democracia representativa e a democracia direta, o problema da primeira é a “tendência à formação destas pequenas oligarquias que são os

comitês dirigentes dos partidos; tal defeito apenas pode ser corrigido pela existência de uma pluralidade de oligarquias em concorrência entre si”. Bobbio (2011, p. 73) enfatiza que o melhor para a sociedade é “se aquelas pequenas oligarquias, através de uma democratização da sociedade civil, através da conquista dos centros de poder da sociedade civil por parte dos indivíduos sempre mais dispostos a participar e a participar de modo sempre mais qualificado” e o efeito é o estado com menos oligarquias fazendo com que o poder não seja apenas distribuído, mas também controlado.

Embora existam significativas diferenças entre as formas de organização política, a regra do jogo deve ser respeitada, e os direitos fundamentais sociais garantidos. As formas democráticas até aqui compreendidas, pelo viés de Bobbio, não diferem de outros autores, os quais seguem linhas semelhantes.

No calor dos acontecimentos portugueses da década de setenta (Revolução dos Cravos⁴⁴), Bobbio (1983), ao estabelecer um intenso diálogo com a esquerda europeia, reafirmou a ideia de que a escala de complexidade dos Estados modernos impossibilita a tomada das decisões nacionais através da democracia direta, no mínimo por razões técnicas, fazendo também considerações sobre a democracia representativa. Ele mesmo explicita seu objetivo:

Quis desacreditar a lenda segundo a qual existem duas formas de democracia incompatíveis e que destas duas formas de democracia, uma, a representativa, é característica da democracia burguesa, e a outra, a direta, é característica da democracia proletária, e, conseqüentemente, para quem antecipa a imagem de uma sociedade ao mesmo tempo socialista e democrática, a primeira seria má, e só a segunda boa. (BOBBIO, 1983, p. 101)

A impossibilidade técnica da democracia direta não leva o autor a concluir que o Estado representativo é a suprema conquista da democracia. Entre democracia direta e democracia representativa não há uma relação de oposição, mas de continuidade: se passa de uma para a outra gradativamente. A participação baseada na delegação e o instituto da revogação do mandato são exemplos de formas de democracia que não são nem representativas e nem democracias direta. Neste *continuum* “não existe nenhuma forma que

⁴⁴ Foi o movimento que derrubou o regime salazarista em Portugal, em 1974, de forma a estabelecer as liberdades democráticas promovendo transformações sociais no país. Após o golpe militar de 1926, foi estabelecida uma ditadura no país. Os militares fizeram com que Marcelo Caetano fosse deposto, o que resultou na sua fuga para o Brasil. A presidência de Portugal foi assumida pelo general António de Spínola. A população saiu às ruas para comemorar o fim da ditadura e distribuiu cravos, a flor nacional, aos soldados rebeldes em forma de agradecimento. (MATTOSO, 1998, p. 491 a 493).

seja boa no sentido absoluto e nenhuma que seja má no sentido absoluto, mas cada uma é boa ou má segundo os lugares, tempos, matérias e sujeitos”. (BOBBIO, 1983, p. 102).

Bobbio (1983, p. 72) recorda que o sistema representativo, em Estado puro, nunca existiu. Teve sempre que confrontar-se com o Estado administrativo, que “obedece a uma lógica de poder completamente diferente, descendente e não ascendente, secreta e não pública, hierarquizada e não autônoma, tendente ao imobilismo e não dinâmica, conservadora e não inovadora”. O Estado administrativo, aliás, nunca submeteu-se inteiramente ao Estado representativo; as relações entre política e administração sempre foram difíceis. “Hoje, usa-se uma fórmula de efeito, e fala-se em corpos separados. Mas a verdade é que os corpos separados nunca estiveram unidos”. (BOBBIO, 1983a, p. 72).

Bobbio (2011) considera que a democracia representativa é a democracia moderna, criando a separação da democracia dos antigos. Como finalidade desta é a representação política e dos interesses dos quais o representante tem em seu mandato. Nesta vinculação de mandato, o autor questiona a forma e a própria vinculação do poder a ele conferido.

Um dos debates mais célebres e historicamente mais significativos que se desenrolaram na Assembleia Constituinte francesa, da qual nasceu a constituição de 1791, foi o que viu triunfar aqueles que sustentaram que o deputado, uma vez eleito, tornava-se o representante da nação e deixava de ser o representante dos eleitores: como tal, não estava vinculado a nenhum mandato. O mandato livre fora uma prerrogativa do rei, que, convocando os Estados Gerais, pretendia que os delegados das ordens não fossem enviados à Assembleia com *pouvoirs restrictifs*. (BOBBIO, 2011, p. 36).

Na democracia representativa, os mandatos imperativos não encontraram espaço nas regras das constituições democráticas. Bobbio (2011) emprega a hipótese de computadorocracia, como uma possibilidade tola, isso em sua época, mas não para os tempos atuais, onde há tecnologia suficiente, entretanto limitada devido a outros fatores, como o acesso a esses meios. A forma consultiva empregada em Porto Alegre e outras cidades, bem como em nível de governança estadual, através do orçamento participativo, tem por objetivo coletar as necessidades apontadas pelos cidadãos a fim de reservar valores financeiros para a sua concretização.

A democracia representativa, que é a única forma de democracia existente e em funcionamento, é já por si mesma uma renúncia ao princípio da liberdade como autonomia. A hipótese de que a futura computadorocracia, como tem sido chamada, permita o exercício da democracia direta, isto é, dê a cada cidadão a possibilidade de transmitir o próprio voto a um cérebro eletrônico, é uma hipótese absolutamente pueril. (BOBBIO, 2011, p. 38-39).

Diante do exposto, e do paralelo entre democracia representativa e direta, é mister concluir que a democracia direta para seu pleno exercício, exigiria de alguma forma que diariamente o cidadão expressasse seu voto para determinado assunto em questão. É notório saber que mesmo na era digital e na rapidez da comunicação não há possibilidade da concretização da computadorocracia. Entretanto, uma forma de expressão e pressão democrática em diversos países tem tido manifestações de grandes massas populacionais, com reivindicações específicas, pressionando seus representantes políticos a agirem rapidamente em virtude do impacto social que causam, normalmente na busca da efetivação de direitos sociais.

É por essa razão que quando se fala em extensão da democracia, muito mais do que pregar uma extensão do sufrágio, se quer falar da extensão da participação, no que diz respeito às decisões coletivas, a outros setores, que não os estritamente de interesse político.

Para Bobbio (2011), o processo de expansão democrático, deveria referir-se não à passagem da democracia representativa para a democracia direta, mas da democracia política para a democracia social, e com isso, o surgimento de um novo foco de importância, ou seja, importa menos quem vota e mais onde se vota, pois aqui demonstra o espaço existente para a participação cidadã, a qual enseja a busca de garantias.

Em outros termos, quando se quer saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país, o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito. (BOBBIO, 2011, p. 40).

Tendo em vista que prevalecem as organizações de comportamento autocrático⁴⁵, há que se considerar também que, mesmo em uma sociedade democrática, o poder autocrático é muito mais difuso que o poder democrático. Bobbio (2011, p. 40-41), ao realizar essa afirmação reconhece que a democracia em seus diversos sistemas possui atuação limitada, sendo impossível sua atuação plena. “Com isto não pretendo afirmar que o método democrático é aplicável em toda a parte, em qualquer lugar onde se encontrem indivíduos reunidos e organizados”.

Em vista dessa organização, há uma pergunta que impera no espaço tempo e sempre busca uma resposta. “Quem custodia os custódios? Hoje pode ser repetida com esta outra fórmula: Quem controla os controladores?”. Na era da informação e da visibilidade, Bobbio (2011, p. 40-43) destaca que a questão demanda uma resposta adequada, pois o futuro da

⁴⁵ Como a família, religião, escola, exército, fábrica, etc.

democracia depende dela e sua ausência conduz à “tendência não ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas ao máximo controle dos súditos por parte do poder.”

Na compreensão do autor, a expressão “democracia representativa” significa genericamente “que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade”, tendo assim a efetiva democracia representativa com suas limitações, porém justa para a maioria. (BOBBIO, 2011, p. 40-43).

Justa seria desde que os representantes realizassem as deliberações de acordo com a vontade geral de seus representados. Como isso é inviável, devido aos interesses, surge à necessidade de um espaço limitado de votação e discussão, como nas antigas cidades de Roma e Atenas, o qual foi de certa forma contornado pela criação da internet, denominada por Bobbio de computadorcracia, proporcionando a criação de inúmeros outros espaços de comunicação e abrangendo uma miríade de assuntos, relevantes ou não, sem ser necessário considerar a possibilidade de se reservar um espaço limitado a um grande número de pessoas. Apesar de o nome sugerir alguma possibilidade de participação, o problema surge do fato de o povo não ser definitivamente representado. Isso pode ser observado no estágio atual da política brasileira. De toda a forma, o sistema representativo mostra-se ineficaz e incapaz de perceber novas expectativas e novas subjetividades de novos direitos que surgem a todo o momento na sociedade, além de, obviamente, dar efetividade de fato à representação.

Para Luigi Ferrajoli (2011, p. 58-60), a imigração dos representantes do povo para partidos diversos é um fator de dissolução da democracia, causando uma confusão de identidade. Nesse contexto há mudança de ideologia, de interesses e de negócios. A função da política de mediadora entre o Estado e a sociedade deixa de existir. O autor denuncia que “os interesses devem ser comuns, mas o que ocorre é grupos de interesses por temas”, tornando-se assim a representatividade política como uma profissão, e não uma representação do povo em prol de um bem comum e efetivação dos direitos inerentes ao mínimo existencial.

Igualmente, um dos principais problemas do modelo democrático representativo é, por certo, a ausência ou mesmo a pouca importância que se dá à representação de fato. O motivo é que por vezes, toda a ação representativa fica limitada a uma classe política distinta, os profissionais da política. Com isso, os direitos sociais continuam marginalizados dando lugar a um direito, ou legislação, majoritariamente voltado para si, uma vez que o povo não possui condições de participação política mais efetiva além do voto. Uma participação ativa, ainda que mínima, na vida pública é sempre necessária, pois, do contrário, sempre haverá o risco de tiranias.

Considerando as diversas manifestações e movimentos que surgiram no século XXI como “Occupy Wall Street”, a “Marcha contra a corrupção” no Brasil, lutas internas por democracia, os movimentos estudantis, protestos contra altos índices de desemprego, reivindicações por transporte público gratuito e as grandes disparidades econômicas e sociais ao redor do mundo, não é possível negar o incomparável poder que a mídia e os espaços virtuais dispõem para o surgimento e consolidação de novos direitos.

A prática tão somente da democracia representativa, a torna cada vez mais semelhante ao conceito clássico de aristocracia já comentado, além de se fazer uso da instituição do voto apenas para colocar uma minoria política novamente no poder. Essa mesma minoria tende a perseguir seus interesses e, por vezes, os interesses das mesmas companhias que financiam suas campanhas, relegando os direitos sociais a um plano idílico junto a um discurso social que esconde uma política de apaziguamento, como o próprio discurso assistencialista, a exemplo do programa Bolsa família, que tem seus méritos, mas é uma maneira de opressão social.

A atual situação de crise na democracia representativa demanda movimentos por reformas ao sistema político representativo. Uma vez que esse sistema é instável e não permite uma política programática, em virtude de a atual funcionar como negocio na lógica do toma cá e dá lá, gerando políticos corruptos, como o caso do Mensalão.

O surgimento de novos direitos sociais não tende a ocorrer na democracia representativa, tendo em vista os interesses diversos de cada partido que representa o povo. A crítica ao modelo representativo, como referido, deve-se ao fato de que mesmo com a evolução tecnológica e a demanda por novos direitos, o sistema democrático representativo não acompanhou a evolução da representação.

No capítulo quatro, referente ao Mínimo Existencial no ordenamento jurídico brasileiro, será abordada a inclusão no rol dos direitos sociais, o transporte público gratuito, o qual encontra resistência junto aos representantes na democracia representativa. No momento cabe salientar a concepção de Estado Liberal e Estado Social, os quais possuem diferenças significativas na forma de governar. Entretanto a demanda que perpassa pelos sistemas é a de garantir os direitos fundamentais sociais.

3.5 Estado Liberal e Estado Social

As formas de governo democrático entre liberal e social, diferem em sua conduta perante o povo. O termo liberal compreendido como liberdade, e social como o bem comum.

Quem visa aumentar cada vez mais a esfera das ações não impedidas é liberal, e quem persegue ações que tendem a aumentar o número das ações reguladas mediante o processo de autorregulamentação, é democrata: por conseguinte, estado liberal é aquele em que a ingerência do poder público está restrita ao mínimo possível; estado democrático, aquele em que mais numerosos são os órgãos de autogoverno. (BOBBIO, 1985, p. 197).

Ora, os mecanismos constitucionais do Estado de direito objetivam a defesa dos indivíduos contra os abusos do poder, o que, em suma, constitui a defesa da liberdade negativa, entendida como esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja. Nesta acepção a liberdade opõe-se ao poder, sendo com ele incompatível: à medida que aumenta o poder, diminui a liberdade.

No pensamento liberal, teoria do controle do poder e teoria da limitação das tarefas do Estado procedem no mesmo passo: pode-se até mesmo dizer que a segunda é a conditio *sine qua non* da primeira, no sentido de que o controle dos abusos do poder é tanto mais fácil quanto mais restrito é o âmbito em que o Estado pode estender a própria intervenção, ou mais breve e simplesmente no sentido de que o Estado mínimo é mais controlável do que o Estado máximo. (BOBBIO, 2000, p. 20).

Por outro lado, é fato incontestável que a história do Estado liberal coincide com o fim dos Estados confessionais e dos privilégios feudais, na medida em que propõe o Estado neutro ou agnóstico e também a livre disposição dos bens e da liberdade de troca, assinalando assim o surgimento da sociedade mercantil burguesa.

Sob esse aspecto, a concepção liberal do Estado contrapõe-se às várias formas de paternalismo, segundo as quais o Estado deve tomar conta de seus súditos tal como o pai de seus filhos, posto que os súditos são considerados como perenemente menores de idade. Um dos fins a que se propõe Locke com os seus Dois Ensaio sobre o Governo é o de demonstrar que o poder civil, nascido para garantir a liberdade e a propriedade dos indivíduos que se associam com o propósito de se autogovernar, é distinto do governo paterno e mais ainda do patronal. (BOBBIO, 2000, p. 22).

A diferença entre as teorias liberal e democrática reside em que a primeira tende a restringir o poder coletivo e a dilatar a esfera da autodeterminação individual, enquanto a segunda dilata a esfera da autodeterminação coletiva, restringindo a regulação heterônoma. (BOBBIO, 1985, p. 198).

A teoria liberal considera o problema da liberdade em função do indivíduo isolado, enquanto a teoria democrática o faz em função do indivíduo enquanto membro de uma coletividade.

Bobbio (1985, p. 113) salienta que a primeira conduta do governo deve ser a de não prejudicar os outros e propõe um critério de justiça distributiva, quando espera do Estado que imponha a cada um a exigência de sustentar a própria parte, a ser determinada à base de princípios igualitários, de esforços e sacrifícios necessários para defender a sociedade e os seus membros de danos e moléstias. A partir desse ponto, passa a linha divisória entre os fatores do Estado liberal e do Estado social, já que não está claro e nem universalmente compartilhado o que se deve distribuir e nem com que critério.

Na compreensão do autor perante esta divisão, a função dever do Estado liberal é impedir que os indivíduos provoquem danos uns aos outros, ideia que será levada às extremas consequências e à máxima rigidez pelo liberalismo extremo, havendo um reducionismo de todo o direito público para uma ação de finalidade penalista, onde o único direito a ser garantido é a descrita na conduta penal, ou seja, a função predominantemente protetora-repressiva. A passagem deste Estado para o social, exige a mudança desta compreensão da função estatal de protetora-repressiva para promocional dos direitos fundamentais sociais e no garantismo do mínimo existencial. (BOBBIO, 2011, p 126).

Outrossim, Estado Social nada mais é que uma resposta a demandas democráticas. Bobbio (2011, p. 47) constrói o Estado social partindo do direito de voto dos proprietários os quais pediam ao Estado apenas a proteção da propriedade. Após isso, a força de trabalho das propriedades passa a exigir do Estado a oferta de escolas gratuitas, a proteção contra o desemprego, seguros sociais contra as doenças e a velhice, providências em favor da maternidade, casas a preços populares, entre outros. Exigências essas que levam a uma ampliação das funções e do próprio Estado, o qual deve providenciar um mínimo existencial passando a ser garantidor de direitos.

Nesta seara do Estado liberal e Estado social, advém o liberalismo democrático, como contraponto ao socialismo e outras formas de governo. É evidente que cada ideologia possui seus pontos relevantes e significativos para o bem comum do cidadão.

3.6 Democracia e Liberalismo

Nicola Matteucci (1983, p. 687) considera que a inexistência de uma definição comum de liberalismo decorre de uma tríplice ordem de motivos. Primeiro está o vínculo histórico

entre liberalismo e democracia, que cria dificuldades para o estabelecimento de um consenso em torno dos elementos liberais existentes nas atuais democracias liberais. A distinção é necessária, já que o liberalismo é o critério capaz de estabelecer a distinção entre democracias liberais e não liberais, sejam estas últimas totalitárias, populistas ou plebiscitárias.

O segundo motivo salienta os diferentes tempos históricos em que o liberalismo se estabeleceu. Esta situação impossibilita a individualização sincrônica de um momento liberal unificador. Com efeito, enquanto a Inglaterra se manifesta abertamente com a Revolução Gloriosa de 1688-1689, na maior parte dos países da Europa continental é um fenômeno do século XIX, tanto que podemos identificar a revolução russa de 1905 como a última revolução liberal. (MATTEUCCI, 1983, p. 687).

Como terceiro motivo, finalmente, é consequência dos problemas políticos específicos enfrentados no estabelecimento do liberalismo em cada país. Isto fez com que sua fisionomia apresentasse, em cada um deles, aspectos distintos, constituindo-se em uma variável secundária em relação à essência do Liberalismo. (MATTEUCCI 1983, p. 687-688).

Na compreensão de Norberto Bobbio, a história do liberalismo, distintamente da do socialismo, que se identifica com a obra de um único pensador, passa através de autores diversos, tais como:

Locke, Montesquieu, Kant, Adam Smith, Humboldt, John Stuart Mill, Tocqueville e outros. Dentro deste movimento de ideias, os aspectos fundamentais são o liberalismo econômico e político: Na acepção mais comum dos dois termos, por Liberalismo entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social. (BOBBIO, 2011, p. 128).

O liberalismo é, como teoria econômica, defensor da economia de mercado; como teoria política, é fator do Estado que governa o menos possível ou, como se diz hoje, do Estado mínimo, isto é, com presença reduzida ao mínimo necessário. (BOBBIO, 2011, p. 128).

Igualmente, a concepção liberal do Estado leva à fixação da linha de demarcação entre o Estado e o não estado, entendendo-se este último como a sociedade religiosa em geral e a vida intelectual e moral dos indivíduos e grupos, além da sociedade civil ou as relações econômicas no sentido máximo da palavra. Ela é uma concepção negativa, em que o estado é reduzido a puro instrumento de realização dos fins individuais e conduz a uma concepção positiva do não estado. Assim é que o duplo processo de formação do Estado liberal leva a

duas emancipações: por um lado, o poder político se liberou do poder religioso. Passa-se a ter um Estado laico. Por outro lado, o poder econômico emancipou-se do poder político, estado de livre mercado, elucidando:

O Estado liberal é o Estado que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão dos direitos civis, entre os quais sobretudo do direito à liberdade religiosa e de opinião política, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; terminou por conservar unicamente o monopólio da força legítima, cujo exercício porém, está limitado pelo reconhecimento dos direitos do homem e pelos vários vínculos jurídicos que dão origem à figura histórica do Estado de direito. Através do monopólio da força legítima - legítima porque regulada pelas leis trata-se do Estado racional-legal descrito por Max Weber, o Estado deve assegurar a livre circulação das ideias, e, portanto, o fim do Estado confessional e de toda forma de ortodoxia, e a livre circulação dos bens, e, portanto, o fim da ingerência do Estado na economia. (BOBBIO, 2011, p. 130).

Essa visão de Bobbio, que define o liberalismo a partir do Estado liberal, é enunciada claramente por Matteucci. Ele propõe que a ótica de análise deste fenômeno histórico seja a do Estado liberal, e não mais, as ideias ou a era liberais. Esta proposta demonstrou uma capacidade surpreendente de sobrevivência diante do totalitarismo.

Não podemos olhar para o Liberalismo como uma simples ideologia política de um partido, mas como uma ideia encarnada em instituições políticas e em estruturas sociais. Todas as grandes ideologias do século XIX, a democrática, a nacionalista, a católica (nos seus aspectos reacionário ou social), a socialista, na medida em que se afastaram explicitamente do Liberalismo buscaram a edificação de um outro tipo de Estado que, conforme a matriz ideológica, poderia ser um Estado autoritário ou uma Democracia popular ou totalitária (MATTEUCCI, 1983, p. 690-691).

Uma definição genérica de liberalismo afirma-o como um complexo de ideias que diz respeito à condução e à regulamentação da vida prática, e em particular da vida associada. Com relação a esses princípios nada o diferencia do socialismo. Dentro desse universo de ideias, todavia, o princípio inspirador é o postulado ético da liberdade individual. Através desse postulado, o indivíduo e, conseqüentemente, a liberdade individual em seu duplo sentido (de liberdade negativa e positiva) ocupam o primeiro posto na escala de valores. Considerando um universo de bens e recursos limitados como é aquele em que o homem está destinado a viver, este postulado tem como consequência prática as liberdades econômica e política, traduzidas em regras e instituições.

A constante dialética de liberalismo e democracia, do ponto de vista da teoria política geral, reflete o contraste entre esses dois modos de entender a liberdade, em relação aos quais, de acordo com as condições históricas e, sobretudo, com o posto que cada um ocupa na sociedade, são dados juízos de valor opostos: os que estão no alto preferem a liberdade negativa, enquanto que os que estão embaixo, a positiva.

Como em toda sociedade sempre existiram até agora uns e outros, o contraste benéfico entre as duas liberdades não é do tipo dos que podem ser resolvidos de uma vez para sempre, com as soluções por ele recebidas sendo muitas vezes soluções de compromisso. Infelizmente tal contraste nem sempre é possível: não é possível nos regimes em que, no posto da primeira, há um poder sem limites; no posto da segunda, um poder acima de qualquer controle. Mas contra um e contra outro, Liberalismo e Democracia se transformam necessariamente de irmãos inimigos em aliados. (BOBBIO, 2000, p. 97).

No final do século XIX era difícil encontrar grupos e partidos. liberais *à part entière*: existiam os monárquico-liberais, os liberais nacionais, os liberais católicos, os livre-cambistas, etc. A partir da década de 1870, no Ocidente industrial, à variedade existente iriam juntar-se os liberais democratas. Esta nova denominação, contrariamente a uma visão limitativa do liberalismo enquanto mera garantia dos direitos individuais, sublinhava a participação democrática na direção política do país. Para que liberalismo e democracia pudessem confundir-se, no entanto, foi preciso considerar a democracia apenas como uma fórmula política, isto é, soberania popular, abandonando, assim, seu ideal igualitário. Apesar disto, as relações entre as duas doutrinas, não são lineares, diz Bobbio (2000, p. 7-8) “historicamente o Estado liberal é aquele em que a participação no governo fica restrita às classes possuidoras, enquanto um governo democrático não leva necessariamente a um estado liberal”.

Há que considerar que a democracia da antiguidade não conhecia a doutrina dos direitos naturais, e como nela não se sustenta, também nada sabia do dever do Estado de limitar sua atividade. Inclusive, muitas das conquistas que levaram à democracia, tais como a ampliação do sufrágio, não decorrem de forças liberais. Ao contrário, colocaram o Estado liberal em crise. Eis por que os modernos liberais surgem expressando uma desconfiança profunda em relação a toda forma de governo popular, tendo defendido o sufrágio restrito ao longo do século XIX. (BOBBIO, 2000, p. 37).

Merquior (1983, p. 18) acrescenta: “Os *tories* ingleses durante o governo de Disraeli, o reacionário Bismarck, e o autocrático Napoleão III ou introduziram ou ajudaram a

introduzir o sufrágio masculino quase universal, frequentemente contra a vontade das elites liberais. De forma alguma o Estado democrático liberal foi apenas obra dos liberais”.

Para Alain Touraine (1996, p. 69), dizer que a democracia busca no liberalismo um de seus fundamentos basilares, a limitação do poder, não leva à conclusão de que a relação inversa se estabelecerá, isto é, que o liberalismo também terá como fundamento a democracia.

Dizer, igualmente, que para um liberal a sociedade ideal é vista como um mercado, que auxilia na compreensão do tipo de intervenção que a lei e o Estado podem ter sobre ela: serão responsáveis apenas por fazer respeitar as regras do jogo. Quando o pensamento liberal estabelece a separação entre vida pública e privada, deixando para a primeira o funcionamento segundo uma ordem de razão impessoal e para a segunda a ordem das crenças, acaba por deixar, a cada ator social, espaço suficiente para a realização de seus objetivos particulares e únicos.

Apesar disso, a união entre liberalismo e democracia será uma união frutífera. É uma realidade o fato de a democracia moderna ter-se desenvolvido apenas onde os direitos de liberdade haviam sido constitucionalmente reconhecidos. Isso decorre do fato de ambas as doutrinas possuírem, em comum, uma concepção individualista da sociedade. A concepção organicista ou holista da sociedade, comum nas idades antiga e média, via o Estado como um corpo composto por partes dependentes umas das outras, sem que pudessem ser consideradas autonomamente, enquanto o individualismo pensa o Estado como o resultado da atividade dos indivíduos, produto artificial de suas vontades. Esta passagem de uma concepção a outra é fundamental para que tenhamos uma compreensão acabada do pensamento liberal e democrático moderno.

Entretanto, Bobbio (2011, p. 23-24) também acrescenta que dois fatores contribuíram para uma gradual convergência entre a tradição liberal e a democrática, tornando as diferenças entre elas histórica e politicamente irrelevantes: a formação dos partidos socialistas e o surgimento, no século XX, de regimes totalitários. Quando o autor afirma na obra *Liberalismo e Democracia*, que o Estado liberal, mais do que uma categoria política, converte-se em critério de interpretação histórica, refere-se à adoção da teoria do progresso mediante antagonismos. Na medida em que a contraposição, feita pelo liberalismo, do Estado de direito ao Estado absoluto, abrange também aquela do Estado mínimo ao máximo, o ataque passa a ser contra o despotismo oriental.

A categoria do despotismo é antiga e sempre teve, além do seu significado analítico, um forte valor polêmico. Com a expansão do pensamento liberal, a

ela se acrescenta uma ulterior conotação negativa: precisamente em decorrência da submissão geral pela qual, como já havia dito Maquiavel, o principado do Turco é governado ‘por um príncipe e todos os outros são servos’, ou então, como dirá Hegel (1770-1831), nos reinos despóticos do Oriente ‘apenas um é livre’ os Estados despóticos são estacionários e imóveis, não estando sujeitos à ‘lei do progresso indefinido que vale apenas para a Europa civil’. Desse ponto de vista, o Estado liberal converte-se, mais que numa categoria política geral, também num critério de interpretação histórica. (BOBBIO, 2000, p. 29-30).

Nicola Matteucci (1983, p.702), por outro lado, ao mencionar os dois grandes desafios históricos que o liberalismo precisou enfrentar, afirma que o segundo envolve a relação do liberalismo com a democracia. No primeiro deles, o liberalismo afirma-se no confronto que levou à transformação da monarquia medieval em monarquia absoluta e burocrática, tendo como ponto de partida a reivindicação dos direitos naturais do indivíduo e a afirmação do princípio da separação dos poderes. Por esse princípio, ao mesmo tempo em que ficaria assegurada a independência do poder judiciário, transformado em mero aplicador do direito, deixava-se com o monarca a titularidade do poder executivo e com os representantes do povo a tarefa de definir, através da lei, a vontade comum da nação.

O segundo desafio histórico diz respeito à relação entre liberalismo e democracia. Ele obteve, por parte do primeiro, várias respostas: ampliação dos direitos eleitorais, marginalização da câmara hereditária, que se transformou, posteriormente, também em eletiva, divisão do poder político vertical, autonomias locais, federalismo e horizontalmente, de forma a que a antítese maioria-minoria substituísse a antítese rei-parlamento. (MATTEUCCI, 1983, p. 702).

Em uma passagem magistral, Bobbio (1983a, p. 64) mostra que as relações democracia/liberalismo, e democracia/socialismo não são tranquilas, já que a democracia é subversiva: E é subversiva, no sentido mais radical da palavra porque, “subverte a concepção tradicional de poder tão tradicional que chega a ser considerada natural, segundo a qual, o poder político ou econômico, paterno ou sacerdotal, desce do alto para baixo”. Ela é mais subversiva que o socialismo, caso este último seja entendido, como quase sempre, apenas como a transferência da propriedade dos meios de produção das mãos privadas para as do Estado, como uma forma de poder que vem de cima para baixo.

Tão subversiva é a democracia que se fosse realmente e plenamente realizada, segundo a ideia-limite de Rousseau, seria ela, e não a hipotética sociedade sem classes, o fim do Estado, a sociedade sem Estado (porque o Estado, qualquer Estado que tenha existido até hoje, nunca pôde dispensar as relações de poder descendente). Apesar de Marx e de cem anos de

socialismo prático e realizado, o problema fundamental do homem moderno, problema não resolvido (resolvível) é aquele que foi colocado, ainda que através de fórmula sugestiva, mas ambígua, por Rousseau: como pode o indivíduo, alienando a própria liberdade ao corpo político do qual faz parte, ser ... 'mais livre que antes'? (BOBBIO, 1983 a, p. 64).

A contribuição que o liberalismo se propõe a oferecer a um reformismo democrático envolve a ideia de que a conciliação entre a liberdade econômica e a justiça social não é um problema ético e sim, prático, de correspondência entre meios e fins. De acordo com Matteucci (1983, p. 703), “A melhor percepção do liberalismo ocidental contemporâneo é feita por pensadores interessados na política econômica, diferindo entre eles quanto ao medo ou não de que o Estado assistencial leve o liberalismo à bancarrota”.

3.7 Democracia procedimental em Habermas

Em Transformação estrutural da Esfera Pública, Habermas (2003) enfatiza dois fatores essenciais que foram responsáveis pela transformação estrutural e decadência da esfera pública burguesa: o crescimento do público da esfera pública e da intervenção estatal. Nessa obra, a esfera pública burguesa teve seu surgimento associado ao surgimento e desenvolvimento de uma esfera pública literária, ainda que esta, inicialmente, não se caracterizasse como uma esfera pública com caráter político, mas demonstrava um raciocínio de caráter público. Essa esfera pública crítica decorrente de cafés, salões, centros de crítica literária, pretendia contrapor-se à sociedade aristocrática. O surgimento de jornais proporcionou a evolução dessa esfera crítica que inicialmente restringia-se à dimensão cultural permitindo a sua publicização. Esse processo de politização da cultura e da arte e o surgimento de debates econômicos e culturais evoluiu para o exercício crítico da esfera pública contra o poder do Estado.

Assim, surge uma esfera pública política decorrente da esfera literária que passa a interligar a opinião pública, o Estado e a sociedade burguesa. A esfera pública não apenas passa a exercer influência sobre o poder público político, mas também passa a auto justificar suas reivindicações, sendo que no século XVIII passa a desempenhar um papel político de legitimação do Estado de Direito burguês. Em suma, essa opinião pública passa a fornecer uma base de legitimação para os poderes do Estado de Direito e o sistema jurídico, interligando a sociedade burguesa e o poder estatal.

Nesse quadro teórico, com o surgimento dos meios de comunicação de massa, a esfera pública deixa de satisfazer ao interesse público, vinculando-se aos interesses privados,

perdendo o potencial crítico em decorrência de um processo de despolitização. A esfera pública perde o seu papel político ativo para basear-se na centralidade da função manipulativa. Os pressupostos por meio dos quais os cidadãos têm acesso à participação na esfera pública tornam-se desiguais.

Assim, Habermas analisa alguns fatores responsáveis pela perda da função crítica e do potencial democrático da esfera pública. O primeiro fator foi a interconexão entre o setor público e o privado decorrente da emergência de um Estado intervencionista na esfera privada no final do século XIX, anulando a separação entre Estado e sociedade. A separação entre setor público e privado, que caracterizava a esfera pública burguesa é substituída por uma interligação progressiva entre os dois âmbitos, anulando as bases da esfera pública burguesa. O Estado passa a intervir de forma atuante na economia com o objetivo de garantir a integridade do sistema capitalista e anular os efeitos dos conflitos sociais. Os meios de comunicação de massa impõem um pseudoconsenso não por meio da práxis discursiva dos cidadãos, e a esfera pública associa-se a um Estado burocrático, legitimando a ordem vigente.

O segundo aspecto responsável pela decadência da esfera pública burguesa foi a expansão do público da esfera pública pela emergência das massas na política que encontra-se associado a três fatores: a expansão do público leitor, a refuncionalização da imprensa e expansão dos direitos políticos. Multiplicam-se interesses privados que descaracterizam o potencial crítico da esfera pública. Conclui que a esfera pública parece perder a força de seu princípio, publicidade crítica, à medida que se amplia enquanto esfera. Consequentemente, há uma transformação de um público pensador de cultura para um público consumidor de cultura.

Por outro lado, há um crescimento das tensões entre burgueses e não proprietários, que anseiam o engajamento na esfera pública, o que inspira a necessidade de modificação da base desta última. A ampliação do público da esfera pública produziu como efeito a ampliação do engajamento participativo do cidadão na esfera pública, mas também o processo manipulativo dos meios de comunicação de massa com o intuito de alcançar o consenso entre os consumidores. Trata-se de adequar a inserção das massas na esfera pública, assumindo relevância nesse processo o papel manipulativo da imprensa. Com isso, as instituições jornalísticas, além de exercerem influência sobre o consumo, atuam como mecanismo de pressão política.

Diante dessa estrutura conceitual, em *Transformação estrutural da Esfera Pública*, Habermas (2003) enfatiza dois fatores essenciais que foram responsáveis pela transformação estrutural e decadência da esfera pública burguesa: o crescimento do público da esfera pública

e da intervenção estatal. Posteriormente à Transformação estrutural da Esfera Pública, Habermas acrescenta no debate relativo à esfera pública, especificamente no prefácio à edição de 1971 de *Theorie und Praxis* e em *Tecnologia e ciência como ideologia*, um terceiro elemento: a interconexão entre técnica e ciência. O objetivo fundamental do autor nesses ensaios teóricos consiste em discutir o tema do esvaziamento da participação política e do engajamento democrático a partir da centralidade da cientificização da política.

Em *Tecnologia e ciência como ideologia*, Habermas (1987) agora passa a analisar a interdependência entre Estado e sociedade civil a partir dos processos de racionalização e burocratização do Estado intervencionista pautado pelo crescimento da tecnocracia. Trata-se de um novo contexto decorrente da evolução do capitalismo liberal para o capitalismo intervencionista com ênfase em instituições racionalizadas e burocratizadas que pressupõem a interdependência entre ciência e técnica. Trata-se de uma nova configuração teórica que tenta explicar a categoria da esfera pública por meio da distinção entre duas espécies de ação. O estabelecimento da diferenciação entre ação comunicativa e ação instrumental seria a base da distinção teórica futura inerente à compreensão dualista entre sistema e mundo da vida. A lealdade das massas é obtida a partir da legitimação tecnocrática da exclusão de questões práticas da esfera pública, despolitizando os cidadãos e vinculando-os às funções de um suposto sistema de ação racional dirigida a fins.

A ausência de engajamento participativo dos cidadãos nos processos de formação de vontade política termina por torná-los pouco conscientes das contradições do sistema e da apropriação privada da mais valia. Especificamente em *Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio*, Habermas (2002) reflete sobre os problemas de legitimação com os quais se defrontava o Estado intervencionista, aprofundando-se sobre as crises decorrentes dessa nova forma de capitalismo.

Nessa obra, o autor introduz, pela primeira vez, os conceitos de sistema e mundo da vida. No capitalismo avançado, o Estado passa a intervir diretamente na economia, substituindo o capitalismo liberal baseado no livre desenvolvimento do mecanismo do mercado. A ideologia da justa troca é substituída por uma intervenção estatal no domínio econômico que visa sanar os mecanismos autodestrutivos do mercado com o intuito de administrar as crises econômicas. No entanto, o desenvolvimento econômico no capitalismo avançado é incapaz de superar as contradições internas na sua tarefa de administrar as crises cíclicas para garantir crescimento econômico e compensar socialmente o cidadão.

Por fim, há uma crise do Estado Social à medida que os mecanismos sistêmicos do mercado e poder administrativo inicialmente projetados para administrar e prevenir as crises

do capitalismo, terminam por se degenerar em ameaça e restrição ao mundo da vida. De fato, a partir da década de 70, Habermas reformula sua estrutura teórica relativa à categoria esfera pública, estabelecendo uma nova base conceitual, pressupondo uma concepção comunicativa de esfera pública inerente à concepção dualista de sociedade. As sociedades capitalistas avançadas desdobram-se analiticamente em uma ordem de sistemas socioculturais, políticos e econômicos.

Sob esse prisma, o subsistema sociocultural tem como estruturas normativas os sistemas de *status* e formas subculturais de vida e apresenta como categorias de substrato a distribuição de recompensas disponíveis privadamente e direitos de dispor. O subsistema político, por sua vez, apresenta as estruturas normativas, que são as instituições políticas do Estado e as categorias de substrato, que são a distribuição do poder legítimo, respectiva força estrutural e racionalidade organizacional disponível. No ensejo, o subsistema econômico tem como estruturas normativas as instituições econômicas (problemas de produção) e como categorias de substrato a distribuição de poder econômico, força estrutural e forças disponíveis de produção.

Em Teoria do Agir Comunicativo, Habermas (2012) irá aprofundar a concepção dualista entre sistema e mundo da vida, refletindo sobre as estruturas argumentativas da ação comunicativa e a capacidade dos indivíduos de problematizarem pretensões de validade. Em Teoria do Agir Comunicativo, a categoria ação comunicativa sofre uma reformulação para associar-se ao elemento do discurso e às características universais da comunicação humana. Agora, o foco principal da crítica social não é mais uma análise historiográfica, mas as potencialidades da ação comunicativa. A esfera pública passa a ser concebida como uma rede de comunicação discursiva. Há um processo de repolitização da esfera pública em uma nova base teórica capaz de atender aos desafios da crítica social e dos mecanismos de democratização.

É em Teoria do Agir Comunicativo, que surgem as bases teóricas de uma esfera pública pós-tradicional, superando a ideia de esfera pública burguesa, surgindo uma ação comunicativa responsável pela integração social, em contraposição aos mecanismos sistêmicos. O poder sócio integrativo da ação comunicativa fornece uma base capaz de inspirar valores e interesses compartilhados responsáveis pela integração social. O conceito de mundo da vida associado à fenomenologia permite conceber um novo tipo de racionalidade e repensar a esfera pública a partir da análise pragmática da linguagem decorrente das contribuições de Austin e Wittgenstein e da fenomenologia.

O mundo da vida contempla práticas comunicativas responsáveis pela integração social, reprodução cultural e socialização, o que demanda uma sociedade civil capaz de resguardar tradições, solidariedades e identidades. O aspecto institucional do mundo da vida consiste na sociedade civil, em contraposição ao elemento linguístico e simbólico. A análise dualista da sociedade que se desdobra em dois domínios diferenciados inspira a distinção entre ação instrumental e ação comunicativa. Os mecanismos sistêmicos do dinheiro, poder e direito vão colonizando e anulando as práticas comunicativas do mundo da vida. As patologias do mundo da vida decorrente dos mecanismos sistêmicos terminam por bloquear os potenciais comunicativos.

Nessa estrutura teórica, a esfera pública é elemento constitutivo do mundo da vida, sendo, portanto, uma extensão deste. Portanto, a colonização do mundo da vida reflete-se em uma colonização da esfera pública a partir de mecanismos sistêmicos, anulando os mecanismos comunicativos. Agora a coordenação de ação não se pauta mais por pressupostos comunicativos, mas por mecanismos sistêmicos. A esfera pública deixa de ser um cenário de debate sobre questões prático-morais para converter-se em uma esfera marcada pela monetarização, burocratização e juridificação.

Em Teoria do Agir Comunicativo, a esfera pública integrava o mundo da vida, tendo a função singela de resguardar seu caráter autônomo face às intrusões do poder administrativo. Seu papel era eminentemente de defesa, não incorporando objetivos de conquista. A generalidade dos argumentos direcionados à concepção habermasiana de esfera pública estabelecida por Habermas em Teoria do Agir Comunicativo e Mudança estrutural da esfera pública, levaram o autor a estabelecer uma nova compreensão teórica a respeito do relacionamento entre sistema e mundo da vida, incorporando o elemento de um duplo fluxo. É na segunda metade da década de 80, no Prefácio à segunda edição da *Theorie des kommunikativen Handelns* (1985), que Habermas irá estabelecer inovações teóricas relevantes sobre a questão de esfera pública, assumindo relevância a constatação de que a relação entre sistema e mundo da vida seria de mão dupla.

Posteriormente, Habermas incorpora a preocupação com a importância da revigoração do institucional, reformulando a tese original do caráter defensivo da esfera pública, refletindo sobre a possibilidade de esferas públicas autônomas se articularem por processos discursivos de formação da vontade para exercer influência sobre o sistema. A compreensão renovada sobre a função da esfera pública é estabelecida no prefácio de 1990 à *Theorie des kommunikativen Handelns* (1990), sendo que o seu papel mais ativo é ampliado em *Direito e Democracia* (1992).

Nessa obra, há uma reformulação teórica que atribui à esfera pública um papel mais proeminente e ofensivo por meio de um modelo de eclusas. A ideia de sitiamento, estabelecida em Teoria do Agir Comunicativo, é substituída por um processo de autodemocratização interno do sistema. Essa reformulação teórica importa em uma nova compreensão a respeito da relação entre poder comunicativo e poder administrativo instituído no sistema político. O relacionamento entre sistema e mundo da vida é rearticulado, incorporando um sistema de eclusas.

O modelo de eclusas confere à esfera pública um papel mais proeminente em relação ao poder político estabelecido institucionalmente. Os processos comunicativos e decisórios do poder político, ao incorporarem esse modelo de eclusas, permitem que as pretensões normativas do mundo da vida sejam racionalizadas em uma esfera pública sensível e com potencialidade de conduzi-las ao sistema político. O sistema político não é concebido mais em uma perspectiva autopoietica, substituindo a tese do desacoplamento entre sistema e mundo da vida pela autodemocratização interna do sistema. Essa perspectiva ofensiva de esfera pública articula-se a um modelo de democracia deliberativa procedimental.

Em Direito e Democracia, Habermas (1992) estabelece a tese da institucionalização discursiva da opinião e vontade a partir de um nexos entre os processos comunicativos do mundo da vida e os sistemas políticos de decisão por meio de um duplo fluxo que permite a auto democratização do sistema. Sob esse prisma, Habermas explicita duas concepções que são essenciais a sua construção teórica: esfera pública e sociedade civil. A sociedade civil é a esfera pública institucionalizada. Portanto, o que diferencia ambas é o elemento institucional. O núcleo institucional da sociedade civil é formado por associações, organizações livres, movimentos, que reagem à pressão de situações problemáticas que surgem nas esferas privadas, tematizando-os e direcionando-os para a esfera pública política.

A sociedade civil fundamenta-se nos direitos de associação, expressão e reunião. Há nesse núcleo da sociedade civil um processo de institucionalização discursiva que busca respostas para temas, demandas e situações problemáticas da esfera privada que convertem-se em questões de interesse geral no seio de esferas públicas. O sistema político é dotado de uma sensibilidade para as influências da opinião pública, entrelaçando-se com a sociedade civil e esfera pública através da contribuição dos partidos políticos para a formação da vontade política do povo e do exercício do direito de voto ativo e passivo dos sujeitos privados. Com a pretensão teórica de converter o poder comunicativo em poder administrativo, Habermas estabelece uma concepção procedimental de democracia deliberativa a partir da articulação entre suas concepções teóricas: a tradição republicana e a liberal.

Antes de *Direito e Democracia*, Fraser (1987) criticava em Habermas a separação analítica entre os domínios público e privado, insuscetível de acomodar as circunstâncias e necessidades específicas do feminismo. Em *Direito e Democracia*, o filósofo alemão opõe-se à tradição liberal, ao estabelecer a cooriginariedade entre autonomia pública e privada, sendo capaz de responder aos desafios propostos pelas críticas feministas. Desse modo, em *Direito e Democracia*, Habermas procura contrapor-se a perspectivas liberais através de um modelo discursivo de esfera pública capaz de acomodar as lutas por reconhecimento, conectando a esfera pública com a privada.

Para a concepção liberal, o processo democrático pressupõe o controle do poder do Estado, considerado uma ameaça ao exercício da autonomia privada, assim como o estabelecimento de compromissos entre interesses divergentes. O processo democrático controla o poder estatal, direcionando-o de acordo com a lógica dos interesses majoritários. Para Habermas, a concepção liberal do processo democrático pressupõe o cidadão como um agente econômico ou privado cujo objetivo principal é a concretização do seu plano de vida e a satisfação dos seis interesses privados.

A concepção republicana, por sua vez, afirma a centralidade dos direitos positivos dos cidadãos engajados em uma práxis comum. Segundo a concepção republicana, o processo democrático não se restringe a um papel mediador entre estado e sociedades, mas surge do poder comunicativo e da autodeterminação dos cidadãos, sendo um instrumento de descoberta, de reflexão e de formulação de uma autocompreensão ética compartilhada.

O cidadão é um membro ativo e participativo de uma comunidade política, mobilizado por uma virtude cívica que se revela a partir da autocompreensão ética compartilhada de uma comunidade. Sua perspectiva, entretanto, pretende assegurar às mulheres o exercício da autonomia pública na discussão dos papéis de gênero, conferindo-lhes plena oportunidade de participarem de processos discursivos, visando a esclarecer suas necessidades.

Em face dessa concepção filosófica, para Habermas, o sistema de direitos não é cego em relação às diferenças culturais, procurando desenvolver uma perspectiva procedimental com fulcro na concepção de cooriginariedade entre autonomia pública e privada. Sem direitos fundamentais não haveria como estabelecer as condições procedimentais necessárias ao exercício da autonomia pública; mas, sem o exercício de sua autonomia pública, os cidadãos não são capazes de articular discursivamente suas concepções de bem. Portanto, quando o Poder Judiciário concretiza direitos fundamentais sociais contra a inércia das maiorias parlamentares, é possível afirmar que ele está resguardando condições procedimentais que viabilizam o funcionamento da democracia.

Um dos maiores críticos ao procedimentalismo habermasiano é Axel Honneth. Honneth delineia uma estratégia teórica alternativa ao liberalismo, unindo comunidade democrática com uma forma reflexiva de cooperação comunitária, capaz de articular democracia, divisão cooperativa do trabalho e liberdade. (Honneth, 2001, p. 71). O procedimentalismo habermasiano, para Honneth, não resolve a temática de como motivar os membros de uma comunidade política a se inserirem em procedimentos democráticos para resolução de problemas políticos. De acordo com Honneth (2001, p. 72), o indivíduo só alcança autorrealização quando contribui, no seio da divisão do trabalho, com “suas próprias atividades para a manutenção da sociedade”, tendo em vista o reconhecimento de nossas singularidades socialmente úteis. Honneth (2001) realiza uma releitura das ideias de John Dewey, quanto ao modelo cooperativo. De acordo com o modelo cooperativo de Dewey, a esfera pré-política de divisão social do trabalho deve ser configurada de forma razoável e justa para que cada membro da sociedade se compreenda como um participante ativo “em um empreendimento cooperativo, pois, sem tal consciência de responsabilidade compartilhada e cooperação – que Dewey corretamente assume – o indivíduo nunca conseguirá fazer dos procedimentos democráticos os meios para resolução de problemas comuns”. (HONNETH, 2001, p. 86).

Em contraposição a Habermas, surge em Honneth um modelo mais profundo de formação democrática da vontade política, no qual “o surgimento da liberdade individual da comunicação não é obtida do discurso intersubjetivo, mas da cooperação comunal.” (HONNETH, 2001, p. 86). Segundo Bunchaft (2009, p. 157), acerca da perspectiva de Honneth, “os procedimentos democráticos só resultam na construção de uma sociedade mais justa, se esta consagra uma divisão do trabalho na qual cada indivíduo alcança efetiva estima social por suas habilidades e talentos”, assumindo ocupações socialmente estimadas, pois “a esfera pública só funciona adequadamente se todos os indivíduos são incluídos no processo de reprodução do bem comum”. (BUNCHAFT, 2009, p. 157).

Também é importante assinalar que a seleção das teorias utilizadas na sistematização dos modelos de esfera pública, bem como sua análise e interpretação, são orientadas por uma posição concreta frente à democracia e ao papel dos sistemas técnicos de comunicação na vida política, a saber: a crença de que as ideias e práticas democráticas só podem ser protegidas na medida em que elas se enraízam na vida política, social e econômica. (HELD, 2012, p. 22).

E conquanto as distintas variantes do liberalismo tenham interpretado esse objetivo de diversas maneiras, todas elas coincidiram na defesa de um Estado constitucional, da

propriedade privada e de uma economia de mercado competitiva como mecanismos centrais para coordenar os interesses dos indivíduos. David Held (2012, p. 98) assinala ainda que, nas primeiras (e mais influentes) doutrinas liberais, os indivíduos eram concebidos como sujeitos “livres e iguais”, dotados de “direitos naturais”, ou seja, de direitos inalienáveis adquiridos ao nascer. Em geral, o centro da atenção do liberalismo era o indivíduo varão e proprietário e as novas liberdades referiam-se em primeiro lugar, aos integrantes das novas classes médias ou da burguesia. Durante muito tempo, o predomínio dos homens na vida pública seguiu sem ser questionado pelos principais pensadores relacionados à tradição do pensamento liberal, o que se refletiu, inclusive, em seus modelos de esfera pública.

Já para Giovanni Sartori (1994, p. 162-163), o liberalismo pode ser considerado, muito simplesmente, como a teoria e a prática da defesa jurídica, através do Estado constitucional, da liberdade política individual. Em uma analogia à metáfora homérica da condição humana, pode-se dizer que o pensamento político liberal debate-se entre o Silas da limitação do poder do Estado e a Caribdes da inserção do poder popular no Estado. As várias versões da democracia liberal refletem a virada do timão ao dispor de uma ou outra dessas forças.

Em linhas gerais, os pluralistas centram seu foco nos processos que geram e que resultam da combinação dos esforços individuais em grupos e em instituições na competição por poder. Os grupos de interesse, ou os grupos de pressão, são a contrapartida natural à livre associação, em um mundo onde a maioria dos bens mais desejados são escassos e onde um complexo sistema industrial fragmenta os interesses sociais, ao tempo que amplia e diversifica a demanda. Por princípio, eles aceitam que um dos propósitos fundamentais dos governos é o de proteger as liberdades das facções para que desenvolvam seus interesses políticos, bem como o de impedir que qualquer facção individual restrinja ou elimine a liberdade das demais. Mesmo havendo algumas divergências acerca desse ponto, a maioria dos pluralistas concorda que as facções, antes de implicar uma grande ameaça para as associações democráticas, constituem uma fonte estrutural de estabilidade e a expressão central da democracia. Assim, assumem que a existência de interesses competitivos diversos é a base do equilíbrio democrático e de um desenvolvimento favorável para a política pública. (HELD, 2012, p. 231).

O desafio da democracia para David Held refere-se, mais necessariamente, à introdução de procedimentos que primem pela formulação de preferências justificáveis, cuidadosamente examinadas, coerentes, situacionalmente abstratas e validadas socialmente. (HELD, 2012, p. 333-334).

Dentre as formas sugeridas pelos deliberacionistas para o aumento do elemento deliberativo nas democracias modernas, estão a introdução de pesquisas deliberativas, dias de deliberação e de júris de cidadãos, a ampliação dos mecanismos de informação dos eleitores e de comunicação, a reforma da educação cívica para melhorar a possibilidade de eleições maduras e o financiamento público de grupos cívicos e de associações que buscam o compromisso com a política deliberativa. (HELD, 2012, p. 351-357).

Nas democracias de massas, o aprofundamento da democracia anda *pari passu* com a democratização das comunicações. E essa democratização ocorre conjuntamente, embora não ao mesmo tempo, em duas direções: (a) liberalização e/ou contestação pública, que pode ser traduzida pela condição de uma esfera pública ativa, e (b) ampliação dos espaços de participação política da sociedade civil. A participação é tomada como um ideal intermediário e não como um fim em si mesmo (Sartori, 1994).

Em suma, uma participação na deliberação pública, assim uma participação em termos de interesse, atenção, informação e competência e participação em termos de manifestação de apoio a ideias, propostas, reivindicações etc., uma participação em termos de compartilhamento de poder na formação das opiniões que legitimarão e desembocarão em ações administrativas e legais.

4 CONCEPÇÕES DE MÍNIMO EXISTENCIAL NA DOUTRINA BRASILEIRA

A efetivação do mínimo existencial pode ser realizada através de prestações positivas do Estado; ou pelas prestações negativas estatais. São, assim, obrigações dirigidas ao poder estatal.

As mais diversas indagações suscitam para o presente estudo: em quais juízos repousa a relevância do atendimento às condições de vida digna? Quais são os fundamentos filosóficos justificadores do interesse social nas medidas positivas e negativas estatais? Qual o papel do Estado na distribuição e transferência das riquezas nacionais? Também a existência de um modelo de justiça distributiva que seja capaz de ser operacionalizado, por isso é mister identificar os contornos teóricos que estão ligados ao tema aqui tratado, socorrendo-se, assim, nas lições de Ricardo Lobo Torres, Ana Paula Barcelos, Claudio Pereira Souza Neto e outros, cada qual dentro de suas especificidades.

4.1 O mínimo existencial e sua complexidade

A complexa compreensão do mínimo existencial deve-se a falta de expressa menção em nosso ordenamento jurídico. Para compreendê-lo é preciso adentrar as veredas da legislação e encontrar as bases que o fundamentam, porém elas estão localizadas de maneira indireta, por exemplo no direito a dignidade humana na CF. A compreensão dos doutrinadores é diversa, bem como a sua principiologia.

4.1.1 Panorama geral sobre as propostas a respeito do conteúdo do Mínimo Existencial

Elucidamos a expressão “mínimo existencial” que possui significado semântico diverso daquele juridicamente considerado. Decotando a expressão nas duas palavras que a compõem e recorrendo ao vernáculo brasileiro, tem-se: mínimo como o “que é o menor; que está no grau mais baixo [...]; a menor porção ou grau de” (FERREIRA, 2004, p. 1334); existencial, como “da existência, ou referente a ela” (FERREIRA, 2004, p. 854); e, por sua vez, existência, como “o fato de existir, de viver [...], ente, ser” (FERREIRA, 2004, p. 854). Aproximando as duas palavras na expressão ora referida, pode-se concluir que, semanticamente, o “mínimo existencial” poderia ser considerado como a “menor porção da existência”, no caso, da vida humana, o que poderia denotar, inclusive, um conteúdo

matemático, uma vez que “porção de uma coisa” pode referir-se a algo aferível por alguma modalidade de medida quantitativa.

É simples demais o significado dado à expressão “mínimo existencial” pela língua pátria, que não coincide com aquele juridicamente considerado. Vale dizer, o núcleo do mínimo existencial vai muito além do que a justaposição gramatical revela. O mínimo existencial para o Direito possui íntima relação com a dignidade humana. Em seu conceito, portanto, não se pode deixar de fazer referência àquele atributo inerente ao ser humano. Não há dissenso em se considerar que, juridicamente, o mínimo existencial refere-se ao “conjunto das condições materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna”. (SARLET, 2007, p. 105).

As condições básicas para a existência humana, somadas aos elementos necessários ao exercício da sua dignidade, é que configuram o núcleo do mínimo existencial. Esse compreende o conjunto de situações materiais a uma existência com dignidade, mas não somente uma existência meramente física, como também espiritual e intelectual, fundamentais em um Estado que, pela feição democrática, demanda a participação dos indivíduos nas gerências públicas e, pelo aspecto liberal, permite a cada um o alcance de seu próprio desenvolvimento. (BARCELLOS, 2002, p. 197-198).

Outrossim, a dignidade propriamente dita não está sujeita à aferição quantitativa, tendo em vista que a garantia efetiva de uma existência digna ultrapassa o limite da mera sobrevivência física, conforme se afirmou. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) oferece à compreensão um referencial para as condições básicas de vida humana com dignidade, dispendo em seu art. 25, I:

Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (COMPARATO, 2007, p. 234).

É mister destacar que o padrão de vida referido pelo documento supracitado não se atém ao aspecto quantitativo, mas, qualitativo, muito embora se reconheça que os elementos propiciadores da saúde e o bem-estar, por serem materiais, dependem do fator econômico-financeiro para sua efetivação.

Na compreensão de Luiz Edson Fachin (2006, p. 271), o “mínimo” e o “máximo” não são necessariamente duas espécies do gênero “extremo”. São eles “as barreiras que fixam a

essência de cada coisa e delimitam o seu poder e as propriedades. O mínimo pode ser mais que uma quantificação reducionista ou vinculado à ideia de básico ou elementar.

No caso particular das prestações positivas estatais, o valor destinado à garantia das condições existenciais mínimas está vinculado espacial e temporalmente ao standard socioeconômico, sujeito às flutuações não apenas nas esferas econômica e financeira, como também às expectativas e necessidades vigentes. (SARLET, 2007, p. 101).

Entretanto nas prestações negativas, não é fácil identificar as situações nas quais a ingerência estatal ultrapassa a parcela mínima de garantia de uma vida digna, já que, carregado de subjetividade, o entendimento se faz sobre um referencial mínimo de existência com dignidade, garantido pelo direito fundamental de acordo com a CF. A fixação do mínimo existencial fatalmente variará de acordo com o que se entende por vida digna, em dado momento histórico e em dada sociedade a qual possui suas peculiaridades culturais e econômicas, bem como o sistema de governo adotado. Porém, o que não se pode conceber é a consideração de um mínimo que permita a espoliação da dignidade humana, frente aos seus direitos constitucionalmente previstos e fundamentalmente positivados.

Numa realidade de países pobres ou em desenvolvimento como o Brasil, a medida do mínimo existencial possui uma maior extensão que nas nações ricas, uma vez que, naqueles, há uma maior necessidade de proteção estatal aos bens considerados essenciais à vivência digna. A interpretação, portanto, das imunidades e das pretensões dos pobres às prestações sociais, deve ser extensiva. (TORRES, 2001, p. 286).

Enfatizando a questão das prestações negativas, há para o Estado um limite de intervenção intransponível, sob pena de ofensa ao princípio-fundamento da dignidade humana. A conduta estatal interventiva não pode operar onde se localiza o mínimo existencial. A garantia das condições mínimas de vida digna do ser humano não se realiza apenas através das prestações assistenciais de primeira dimensão, mas também pela não intervenção na parcela de incapacidade contributiva do indivíduo. Trata-se de limitação ao poder de tributar do Estado, aqui entendido em todas as suas três esferas de poder (União, Estados/Distrito Federal e Municípios, no caso de modelo federativo como o do Brasil); o poder impositivo do Estado não pode ultrapassar a margem de uma vivência mínima do cidadão, devendo repetir que não se trata apenas de subsistência pura e simplesmente, mas de uma vida dentro dos patamares entendidos como de dignidade humana.

O constituinte de 1988, ao inserir no artigo 3º, inciso I, da Carta Constitucional que é objetivo do Estado Brasileiro constituir uma sociedade livre, justa e solidária, irradiou para o Direito Tributário a necessidade de observância de uma política fiscal que obedeça aos

princípios da liberdade, justiça social e solidariedade. Vinculam-se, assim, o Direito Tributário e os Direitos Fundamentais, cuja doutrina contemporânea está consolidada a partir de uma conscientização de que a tributação existe como meio para a realização da justiça social, sendo um importante instrumento para o alcance do propósito de uma vida digna para todos (GRUPENMACHER, 2006, p. 102).

É dever constitucional do Estado não apenas o de se abster da prática de atos atentadores à dignidade humana, como também o de promover esta dignidade e a garantia de direitos por meio de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território (SARMENTO, 2002, p.71).

4.1.2 Condição para o exercício da liberdade real

A concretização do mínimo existencial, o qual é definido e tratado neste capítulo como uma regra jurídica, tem que se valer de valores, tais como a liberdade, a justiça e a solidariedade. Valores estes conhecidos desde a Revolução Francesa que possuía os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Para Kant, a justiça é uma forma da distribuição de liberdade, entretanto, na compreensão de Rawls, ocorre a separação de liberdade e justiça, sendo que a liberdade é considerada uma necessidade básica, um mínimo social, não devendo ser confundida com a justiça, mesmo em sua compreensão de justiça básica. (TORRES, 2009, p. 138).

Na elaboração teórica de Dworkin, que aborda a relação entre liberdade e justiça, bem como a igualdade, o autor descarta a hipótese de conflito entre os valores, porque a igualdade não pode ser definida senão assumindo o lugar da liberdade, e não pode ser melhorada, mesmo no mundo real, logo, a igualdade é fundamental na definição da liberdade. (TORRES, 2009, p. 138).

Nesse contexto, o mínimo existencial é pervertido de seu curso natural de garantir o princípio da liberdade fática. Cristina Queiroz (2006, p. 49-50), enfatiza que “os direitos fundamentais sociais garantem a liberdade fática. A liberdade jurídica mostra-se sem sentido quando na realidade não pode ser exercida”. Ocorre aqui a perda do objeto típico dos direitos fundamentais sociais, ou seja, a proteção em menor grau do mínimo, passando assim a uma situação de garantia de liberdade inferior ao mínimo necessário para a dignidade da vida.

As condições iniciais para a liberdade advêm da proteção gerada pelo mínimo existencial, bem como os pressupostos materiais para o seu exercício. Torres (2009, p. 140) exemplifica que para haver a liberdade de expressão, uma das formas é a escrita, para tanto, o

mínimo existencial somente é concretizado para as pessoas que sabem ler e escrever. A falta de garantia ao mínimo necessário à existência da vida humana solapa as condições para a liberdade.

A liberdade real não pode ser entendida nos termos da liberdade formal, e da liberdade positiva em oposição à liberdade negativa. Entretanto, a liberdade real não pode justificar condições de sobrevivência humana na linha da miséria, este não é o argumento justificável para a permanência no estado de injustiça social, sem condições de superação desta realidade.

4.1.3 A liberdade e a autonomia da vontade

No conceito negativo de liberdade abordado por Kant, o qual não é produtivo, mas é a base para o conceito positivo, Kant (2009, p. 347) assim descreve o conceito negativo de liberdade: “A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, na medida em que são racionais, e liberdade seria aquela propriedade dessa causalidade, na medida em que esta pode ser eficiente, independentemente da determinação por causas alheias”. No caminho para o conceito positivo de liberdade a partir da vontade, há a possibilidade de um imperativo categórico.

Diante da questão: “que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão autonomia e a propriedade da vontade de ser lei para si mesma?” Kant (2009, p. 349) prossegue a resposta da questão enfatizando que “a vontade é, em todas as ações, uma lei para si mesma”, ou seja, a liberdade atende ao pressuposto da vontade, que sua vez não é oriunda da causalidade, mas sim da vontade e da autonomia do ser humano.

A liberdade proposta por Kant não é única e exclusiva em sua totalidade, mas vinculada à vontade, a qual impulsiona o agir sob a ideia de liberdade e todas as leis. Para Kant (2009, p. 353), o ser pode agir a partir de uma tríade, como exemplifica: “A todo o ser racional que tem uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente também a ideia da liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir”. A racionalidade permite ter uma vontade, que por sua vez permite julgar o seu agir, devido à liberdade atribuída. Sendo esta vontade própria, o ser é livre para praticar a sua vontade, desde que o mínimo lhe tenha sido garantido, pois, sem isso não tem como decidir.

A partir do exposto, a ideia de liberdade parece tendenciosa, ou seja, que aborda somente a lei moral, com base no princípio da autonomia da vontade, sem adentrar a realidade da lei objetiva/positiva. (KANT, 2009, p. 359)

Kant (2009, p. 369) confronta o ser humano diante de duas realidades de mundo, o sensível e o inteligível. A racionalidade humana deve optar pelo mundo inteligível, o qual resulta em admitir dois pontos de vista, dos quais pode considerar-se a si mesmo e reconhecer leis do uso das suas forças, e, portanto de todas as suas ações.

O primeiro, enquanto pertence ao mundo sensível, sob leis naturais (heteronomia); o segundo, como pertencente ao mundo inteligível, sob leis que, independentes da natureza, não são empíricas, mas fundadas somente na razão.

Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade senão sob a ideia da liberdade, pois que independência das causas determinantes do mundo sensível é liberdade. Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres racionais, como a lei natural está na base de todos os fenômenos. (KANT, 2009, p.371).

A tríade da liberdade, autonomia e moralidade, pode ensejar uma sequência na conduta humana. Entretanto, a liberdade é suprema, não pode ser exercida à força da moralidade, nem empregar a autonomia para atingir um fim moral. A liberdade não carrega o estigma da ideia de fundamentar a lei moral, nem sempre compreendida por este viés. Quando a liberdade compreende o ser no agir racional, a partir de sua própria concepção, ela encontra o estado de lei natural, onde as vontades predominam, bem como a felicidade. Entretanto, como Kant (2009, p. 371) enfatiza, uma parte é do mundo sensível e a outra do racional, e que neste último a moralidade predomina, através da racionalidade.

No imperativo categórico proposto por Kant, (2009, p. 375), a lei do mundo inteligível deve ser assimilada no princípio da razão a fim de proporcionar que a liberdade prevaleça, não sendo subtraída pela racionalidade. Neste viés, enfatiza-se que:

Mas porque o mundo inteligível contém o fundamento do mundo sensível, e portanto também das suas leis, sendo assim, com respeito à minha vontade (que pertence totalmente ao mundo inteligível), imediatamente legislador e devendo também ser pensado como tal, resulta daqui que, posto por outro lado me conheça como ser pertencente ao mundo sensível, terei, como inteligência, de reconhecer-me submetido à lei do mundo inteligível, isto é à razão, que na ideia de liberdade contém a lei desse mundo, e portanto à autonomia da vontade; por conseguinte terei de considerar as leis do mundo inteligível como imperativos para mim e as ações conformes a este princípio como deveres. (KANT, 2009, p. 375).

Nessa compreensão, são possíveis os imperativos categóricos uma vez que não há a prevalência de uma única ideia. Sendo somente a liberdade o ser humano poderia ser guiado pela sua autonomia da vontade, advindo a ele a satisfação de todas as vontades que desejasse. Entretanto, a lei no mundo da razão regula o entendimento das ações possíveis a ser adotada de acordo com à autonomia inerente a situação.

O dever moral é, pois, um próprio querer necessário seu como membro de um mundo inteligível, e só é pensado por ele como dever na medida em que ele se considera ao mesmo tempo como membro do mundo sensível. Nessa linha de raciocínio, o homem que somente é imbuído a partir da causalidade, irá empregar somente as leis da natureza. Kant, (2009, p. 387) elucida o caso assim descrevendo:

Mas a pretensão de direito da razão humana mesmo comum, à liberdade da vontade funda-se na consciência e na pressuposição admitida da independência da razão quanto a causas determinantes puramente subjetivas, que no conjunto constituem o que pertence somente à sensação e, por conseguinte, cai sob a designação geral de sensibilidade.

Mais ao final de sua obra, Rawls quebra de vez qualquer aparente rigidez na ordem de realização de seus princípios, admitindo, até mesmo, a efetivação do segundo antes do primeiro. Vale transcrever o trecho de sua teoria que confirma essa visão, a fim de se evitarem dúvidas quanto à sua interpretação:

Embora os interesses fundamentais na liberdade tenham um objetivo definido, ou seja, o estabelecimento efetivo das liberdades básicas, é possível que esses interesses nem sempre pareçam na posição de direção. A realização desses interesses pode exigir certas condições sociais e um grau de satisfação de necessidades e carências básicas, e isso explica por que a liberdade pode algumas vezes ser restringida. Mas uma vez que se atingem as condições sociais e o grau de satisfação de necessidades e carências materiais necessários, como acontece em uma sociedade bem organizada em circunstâncias favoráveis, os interesses de ordem superior passam a ser normativos. (RAWLS, 2002, p. 604).

O que pode ser depreendido até o momento, a partir da ordem de precedência dos princípios e de sua eventual inversão, é que, para Rawls, o primeiro princípio somente se pode realizar, se atendidas as necessidades básicas dos indivíduos. Ou seja, presumindo uma sociedade bem ordenada, como propôs o autor, a prioridade do primeiro princípio depende de terem sido satisfeitas as necessidades básicas das pessoas, através das instituições sociais.

Para que os indivíduos venham a desfrutar seus direitos e liberdades, há, primeiramente, que serem atendidas certas condições básicas relativas ao bem-estar.

4.1.4 Princípios fundamentais do mínimo existencial

A fundamentalidade do mínimo existencial é complexa. Para Torres (2009, 149) a legitimidade do mínimo existencial está inserida nos próprios princípios do Estado Democrático de Direito, de acordo com o art. 1º da CF, sendo a soberania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho, a cidadania, a livre iniciativa e o pluralismo político. Nesse viés, “abre-se um leque de possibilidades hermenêuticas” bem como uma estreita relação entre os direitos sociais e mínimo existencial.

Presente em diversos textos básicos inclusive no art. 1º da CF, “a proteção ao mínimo existencial se fundamenta no princípio da dignidade humana”, tendo assim enraizado a dignidade da pessoa humana no direito ao mínimo existencial. Com essa compreensão e suas transformações no Estado Democrático, Torres (2009, p. 151) descreve essa mudança no entendimento, da seguinte forma:

Com a mudança de paradigma jurídico e ético trazido pelo Estado Democrático de Direito, houve profunda modificação na problemática da dignidade humana: a) já não é princípio hierarquicamente superior, pois se abre à ponderação; b) dela se irradiam não só os direitos fundamentais, mas também os sociais.

Esse enraizamento do mínimo existencial, não ocorre somente a partir da dignidade humana, mas também de outros direitos, mas também de maneira ponderada, nos princípios da cidadania, soberania e outros.

A CF traz em seu bojo diversos artigos que abrangem o princípio da dignidade da pessoa humana. : do art. 1º se projeta para o catálogo dos direitos fundamentais; do art. 5º o direito à vida; do art. 170 a existência digna, a qual envolve a ordem econômica; o art. 226 §7º o princípio da dignidade humana, na proteção a vida familiar, e art. 227 o direito à vida e à dignidade através da proteção a Criança e ao adolescente.

Torres (2009) atribui duas características a dignidade, a abertura para a ponderação e a irradiação para os direitos da liberdade e da justiça, estes exurgindo dos direitos fundamentais.

O princípio fundamental da cidadania que se encontra no art. 1º da CF, tem uma ligação direta com os direitos fundamentais sociais, sendo o de maior impacto na execução de

políticas públicas. A cidadania compreendia através das dimensões temporal, espacial e bilateral evidencia o caminho pelo qual Torres busca justificar sua teoria.

Na dimensão temporal, “a cidadania compreende os direitos fundamentais, entre os quais está incluído o mínimo existencial”. Nesta compreensão há o *status negativus*, *status positivus libertatis* e o *status positivus socialis*, assim descrito por Ricardo Lobo Torres (2009, 153-154), *in verbis*:

[...] *status negativus*, que impede a constrição do Estado, máxime na via dos impostos sobre os direitos fundamentais sociais *stricto sensu*; o *status positivus libertatis*, que postula a entrega de prestações de assistência social aos pobres, de, de auxílios financeiros a entidades filantrópicas e de bens públicos à população carente. Integram também a cidadania os direitos sociais singelos, que postulam ‘sob a reserva do possível’ a entrega de prestações positivas; erigem o *status positivus socialis*, carente de otimização pelas políticas públicas que deve ser maximizado inclusive pela dimensão reivindicatória e política da cidadania. A distinção entre mínimo existencial (= direitos fundamentais sociais), e direitos sociais torna-se um dos problemas mais difíceis da nossa época por depender da noção de cidadania, que se afirma em momentos históricos e sucessivos.

A ponderação a ser feita é que a dimensão de cidadania perante os direitos sociais é na linha assistencialista direta, visando tão somente os pobres excluídos de determinados direitos econômicos. O status de cidadania deve abranger a sociedade como um todo, sem deixar de atender aos pobres economicamente.

A dimensão espacial da cidadania possui relação com a universalização do acesso ao serviço e a universalização no aspecto geográfico. A demanda do mínimo existencial visa à abrangência ampla para a sua aplicabilidade e os direitos sociais possuem uma visa restrita de sua abrangência, através de prestações locais e regionais. Essa abrangência universal ocorre por que o mínimo existencial “absorve as condições da liberdade de gozar de jusfundamentalidade” ocorrendo a sua universalização, mesmo que utópica. (TORRES, 2009, p. 154).

No plano da dimensão bilateral da cidadania, Torres (2009, p. 154 e 155) percebe a confusão entre direitos e deveres quando o sistema refere-se ao mínimo existencial e aos direitos sociais e econômicos. O financiamento para garantir a cidadania ocorre através da arrecadação e impostos ou da contribuição dos próprios titulares. Através de impostos, a incidência ocorre sobre todos os cidadãos e o financiamento para a prestação de serviços gratuitos será somente para alguns. Quanto ao sistema securitário, onde o próprio titular financia o seu direito, (INSS), a contribuição é com efeito piramidal, enquanto alguns

contribuem outros são beneficiados, ocorrendo um ciclo. Para melhor compreensão entre o mínimo existencial e os direitos, temos o seguinte entendimento:

O primeiro (imposto), deve ser reservado ao mínimo existencial; o contributivo, aos direitos sociais e econômicos. Ambos os sistemas se apoiam na solidariedade, tomada, entretanto, em sentidos diferentes. Mas no Brasil, houve o emburilhamento dos dois modelos, máxime na questão da saúde, entendendo-se a gratuidade e a universalidade do sistema financiado pelos impostos, destinado ao mínimo existencial (medicina preventiva, atendimento de urgência, campanhas de vacinação), a todas as prestações de saúde, com a criação do anômalo sistema único de saúde (SUS), que não tem paralelo de monta no direito comparado e que se financia pelas exóticas contribuições sociais sobre o faturamento e o lucro (196, I CF) e por outras contribuições, que repercutem sobre terceiros não titulares dos correlativos direitos às proteções estatais, o que inegavelmente as transforma em impostos com destinação especial. (TORRES, 2009, p. 155).

Essa teoria não corrobora com o todo do presente estudo, uma vez que o autor não admite direitos sociais universais, não pensa numa sociedade igualitária através da solidariedade dos mais afortunados em oportunidades. Não há espaço para a reivindicações de novos direitos, com isso o transporte público gratuito, não encontraria espaço para a sua inclusão no rol dos direitos sociais.

4.1.5 O mínimo existencial e sua transversalidade

O tema relaciona-se fundamentalmente aos direitos sociais, na medida em que reclama prestações assistenciais exigíveis do Estado democrático de direito, a quem compete a distribuição da riqueza pública, que, por sua vez, não sendo originária, depende da intervenção estatal na propriedade particular, através da incidência tributária.

Do valor total arrecadado, deve o Estado atender às necessidades públicas, mormente por se entender, como já antes afirmado, que ele existe em função da pessoa e não o contrário. Assim, diante do valor arrecadado e a gerir, o recurso financeiro será destinado à realização das despesas que propiciem a própria existência das instituições, bem como o atendimento às políticas públicas assistenciais.

Lembra Sarlet (2007, p. 100) que a noção de um direito fundamental às condições materiais mínimas, que possam assegurar uma vida com dignidade, teve sua elaboração dogmática primeva na Alemanha, por inspiração de dispositivo da Lei Fundamental de 1949 (art. 1º, inciso I), o princípio da dignidade humana não reclama apenas a garantia da

liberdade, mas, também, um mínimo de segurança social, uma vez que, sem os recursos materiais, aquela dignidade restaria sacrificada.

Verifica-se uma identidade entre o mínimo existencial e o que Rawls (2002, p.77) denomina de “condições sociais necessárias para a igualdade equitativa de oportunidades”. Segundo o teórico, para atingir o objetivo de mitigar a influência das contingências sociais e boa sorte espontânea sobre a distribuição das porções, devem ser estabelecidas adaptações do mercado livre dentro de uma estrutura de instituições políticas e legais, reguladoras das tendências sociais necessárias para a igualdade equitativa de oportunidades.

Barcellos (2002, p. 127) identifica essa posição equitativa de oportunidades como equivalente da noção de mínimo existencial, ressaltando que, para Rawls, ela é um pressuposto fático, indispensável à coerência da teoria ora estudada. De fato, a observação daquela autora vem de encontro à percepção de que se pode fazer da mudança da ordem léxica dos princípios, já antes apontada, ou seja, o exercício da liberdade pressupõe a satisfação de condições básicas de vida da pessoa.

Neste particular, Barcellos (2002, p. 128-130) observa que, em um primeiro momento, a imprescindibilidade do mínimo existencial conduz Rawls a situá-lo fora da estrutura dos dois princípios, como um pressuposto lógico da equitatividade de sua construção teórica. Já no modelo final de sua Teoria de Justiça, o mínimo existencial deixa de ser um fim pretendido pelo legislador para figurar como um direito subjetivo constitucionalmente assegurado, concernente às garantias do direito da liberdade.

A fim de garantir o mínimo existencial é mister se alcançar um processo distributivo justo, o sistema social deve ser estruturalmente adequado, dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas que atendam aos seguintes pressupostos para a estrutura básica das instituições: uma constituição que assegure as liberdades da cidadania igual; a liberdade de consciência e de pensamento; um processo político justo e livre; igualdade equitativa de oportunidades.

4.1.6 O mínimo existencial na perspectiva tributária

Para a análise dos pressupostos teóricos do mínimo existencial sob as óticas tributária e com efeitos econômicos, serão utilizadas as lições de Torres, o qual lançou novos horizontes ao tema em sua vasta produção teórica. As referências àquele autor são correntes nos trabalhos dedicados ao assunto na doutrina nacional, não podendo deixar de constar na presente dissertação, mesmo que de forma sucinta.

O mínimo existencial no entendimento de Torres (1989, p. 30), tem uma estreita relação com a fiscalidade moderna na questão tributária, tendo em vista que a partir da tributação o Estado atende ao art. 3º da CF, de erradicar a pobreza bem como de reduzir as desigualdades sociais. Entretanto o papel do ente estatal é combater a pobreza absoluta, e a pobreza relativa também é função do Estado, mas está sujeita as possibilidades orçamentárias e políticas públicas, pois não basta combater a pobreza, é preciso erradicar as causas e promover a integração social daqueles que estavam marginalizados. Para o autor, sem o mínimo indispensável à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência e desaparecem as condições iniciais da liberdade da pessoa, cuja dignidade não pode retroceder para aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes poderão ser privados. Aqui reside um dos fundamentos do direito ao mínimo existencial e, nesse ponto, já se percebe a grande influência exercida em Torres pela teoria defendida por Rawls. Ambos definem o mínimo existencial como pressuposto para o exercício das liberdades.

A linha doutrinária defendida por Torres (2005a, p.184), é a de que os direitos sociais não integram os direitos fundamentais, e justifica que o critério topográfico na Constituição não é suficiente para fundamentar a sua integração. Para o autor, os direitos sociais e econômicos não são direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, não possuem o “*status negativus*”, não geram automaticamente a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia “*erga omnes*”, e estão subordinados à ideia de justiça social. São princípios de justiça que se sujeitam às normas programáticas ou de “*policy*” e à “*interpositio legislatoris*”, na via do orçamento público, que é o documento quantificador dos valores éticos, “a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados”.

É mister sublinhar que Torres (2009) ameniza aquele seu posicionamento, quando afirma que os direitos sociais e econômicos não estão em conflito permanente com os direitos fundamentais. Eles são diferentes entre si, mas exibem características complementares, que podem ser recuperadas por uma devida ponderação de valores, da mesma maneira como a justiça e a liberdade podem integrar a mesma equação valorativa. Nessa linha de raciocínio, o autor reafirma que a jusfundamentalidade dos direitos sociais confunde-se com o mínimo existencial.

Para Torres, o mínimo existencial é direito subjetivo e seu nascimento é pré-constitucional. O seu titular deve ser protegido negativamente contra a intervenção estatal,

exibindo assim um status *negativus*. Ao mesmo tempo, deve o Estado assegurar ao cidadão as prestações positivas, que exibem o status *positivus libertatis*.

O status *negativus* está relacionado ao poder de autodeterminação da pessoa, sua liberdade de ação ou omissão, sem qualquer ingerência por parte do Estado. Sua relação com o mínimo existencial encontra-se na esfera tributária, através das imunidades fiscais, ou seja, “o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência”. (TORRES, 2005a, p. 188). Segundo o autor, essa imunidade é paradoxal, uma vez que atinge os ricos e os pobres, dentro dos limites estabelecidos pelo mínimo existencial.

O status *positivus libertatis* caracteriza-se pela necessidade de prestações positivas gerais e igualitárias do Estado, que não se sujeitam à reserva do possível. Entre aquelas prestações, encontram-se as garantias constitucionais como polícia, forças armadas, diplomacia, e as prestações positivas de proteção dos direitos fundamentais sociais, como saúde, educação, assistência social, moradia, etc., que são assegurados pelos serviços públicos.

Porém, para Torres, as prestações positivas possuem caráter subsidiário e não são ilimitadas. O Estado somente tem a obrigação de fornecê-las em caso de falha do sistema previdenciário público ou privado e se o indivíduo não possuir outros meios de sobrevivência. São realizadas através de prestações de serviços gratuitos, pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas. Outras modalidades de tutela do mínimo existencial se expressam através de entrega de bens como roupas, alimentos e remédios, etc., em caso de calamidade pública ou por meio de programas de assistência à população carente, como merenda escolar, leite, etc., sem exigência de qualquer pagamento.

Na compreensão de Torres, as condições da liberdade, a segurança do mínimo existencial e a personalidade do cidadão não dependem das considerações sobre justiça. Portanto, não se confundem o *status positivus libertatis* com o *status positivus socialis*, estes, constituídos pelas prestações destinadas à proteção dos direitos econômicos e sociais, importantes para o aperfeiçoamento do estado social de direito, mas que dependem da situação econômica e riqueza do país e, desta forma, objeto de legislação infraconstitucional.

A riqueza anteriormente referida, advém da arrecadação dos tributos, os quais possuem uma vinculação com a liberdade. Torres (2005a) explica que o tributo nasce da autolimitação da liberdade, com reservas estabelecidas pelo contrato social e garantidas por meio das imunidades, e que permite ao Estado exercer o poder tributário sobre a parcela não

excluída pelo pacto constitucional, concluindo que a própria liberdade institui o tributo. Este é o preço da liberdade, por servir de instrumento para distanciar o homem do Estado e lhe permitir o desenvolvimento de suas potencialidades, no espaço público; por outro lado, é o tributo o preço pela proteção do Estado, consubstanciada em bens e serviços públicos, de forma que ninguém pode ser privado de parcela de sua liberdade sem a contrapartida do benefício estatal.

Por outro lado, para o exercício de suas liberdades, é indispensável ao indivíduo o atendimento pelo Estado das condições mínimas que possam lhe assegurar uma vida digna. Afigura-se, portanto, um ciclo virtuoso: o Estado exerce o seu poder de polícia tributário, interferindo na liberdade individual do cidadão, que contribui, por força daquele poder, para que o Estado obtenha os recursos necessários para o atendimento das condições primárias daquele indivíduo, sem as quais não pode exercer a sua própria liberdade. Tudo isso sem olvidar que o poder estatal não nasceu do nada, mas também do resultado do exercício pelo cidadão de sua liberdade política.

Considera-se o tributo como um dever fundamental, materializado por uma prestação pecuniária, delimitado pelas liberdades fundamentais e pelos princípios constitucionais gerais e específicos, com a finalidade de obter receitas, exigido de quem realize o fato descrito na norma, elaborada nos termos da competência específica outorgada pela Constituição. (TORRES, 2006, p. 371).

O dever fundamental nasce do pacto constitucional e se diferencia dos demais deveres ali consagrados, em razão de se materializar por meio de prestação pecuniária ou outro valor que se possa transformar em dinheiro (artigo 3º do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966).

O tributo se caracteriza como uma das formas de ingresso público, no quadro das receitas derivadas e oriundas de contribuições compulsórias. Sua exigência se dá através do ato de império do Estado, ao mesmo tempo em que configura um dos aspectos da cidadania, o dever de contribuir para os gastos públicos. Mais que a característica pecuniária da prestação e da sua compulsoriedade, outro traço substancial do dever de pagar tributos é a estreita relação com a legalidade de sua instituição. O tributo pode ser “opressão da liberdade, se o não contiver a legalidade”. (TORRES, 2005a, p. 4).

A vertente negativa do mínimo existencial se caracteriza pela liberdade de ação ou omissão do indivíduo, sem qualquer constrangimento por parte do poder estatal. Traduz-se por meio de imunidades frente à cobrança de tributos, sejam eles impostos, taxas ou contribuições. A imposição por parte do poder público de qualquer ônus no exercício das

liberdades, concernentes ao mínimo existencial, reveste-se de inconstitucionalidade, mesmo que o reconhecimento do direito emane de uma disposição infraconstitucional, pois, o que verdadeiramente caracteriza a imunidade não é a fonte formal e imediata de que promana, mas a circunstância de ser um fundamento pré-constitucional. (TORRES, 2005a, p. 190).

Mas, não é uma lei qualquer o instrumento do poder tributário, mas aquela emanada de quem detém, constitucionalmente, a competência para instituir e administrar. Tributo sem lei não é tributo, assim como também não o é a sanção de ato ilícito. Esta é penalidade por descumprimento de dever, mas não um dever fundamental, posto que limitada pela liberdade individual. (TORRES, 2007, p. 45).

No cenário geral dos direitos fundamentais, de forma absoluta ou não, a depender da modalidade tributária, algumas liberdades recebem imunização diante do poder fiscal. Aqui interessa a imunidade relativa ao mínimo existencial, que, na realidade, trata-se das condições iniciais da liberdade, que não podem ser objeto de ingerência estatal sob nenhuma das modalidades dos tributos e, ainda, imprescindem das prestações positivas. Aquelas condições são marcadas por uma pré-existência constitucional, cujo entendimento perpassa pela identificação de um vínculo de respeito do ato de tributar para com os direitos humanos.

Nesta seara da tributação, parte-se do pressuposto estabelecido de que o Estado existe em função da pessoa e não o contrário. Em assim sendo, a administração pública deve pautar-se através de ações que visam ao cumprimento dos fins para os quais foi criada, com observância dos valores consagrados pelos direitos humanos e fundamentalizados no texto constitucional.

Os direitos humanos, ao informarem o conteúdo valorativo concebido na Carta Maior do Estado, estabeleceram uma pré-existência relativamente ao ordenamento jurídico vigente a partir dali. Levando-se em consideração a unidade sistemática do texto constitucional, a observância dos direitos fundamentais é uma exigência em cada ato estatal e nas relações individuais, ou seja, em toda ordem de relações jurídicas. Expressos, sobretudo, através de princípios, os direitos fundamentais pairam acima da atividade fiscal, delimitando o poder impositivo do Estado e apontando os caminhos para a humanização do Direito Tributário, considerado árido, em razão do seu formalismo e de sua burocratização.

O poder de tributar dos Estados encontra limitação nos direitos fundamentais, ou seja, direta ou indiretamente, a tributação está sob as amarras daqueles direitos, instrumentalizados por meio dos princípios constitucionais. Com a superação do modelo positivista na segunda metade do século XX e com a aproximação da ética com o direito, foi possível transmigrar, para os Direitos Financeiro e Tributário, uma coletânea de valores, até então não concebida

dentro daqueles ramos do Direito. A abertura sistêmica principiológica, feição da vigente Carta Magna, implica que o orçamento e a tributação transitem pelo cenário axiológico dos valores éticos e jurídicos.

O direito positivo não mais pode ser dissociado da ética. A ideia de justiça permeia a Constituição Brasileira, uma vez que essa expressamente propugna por uma “sociedade livre, justa e solidária”. A ordem tributária brasileira compõe-se de um sistema normatizadamente estruturado, onde nele se pode encontrar a equalização das questões, dentro mesmo da estrutura sistematizada. (NOGUEIRA, 1995, p. 39).

A Constituição da República Federativa do Brasil é a grande responsável pela sistematização das regras tributárias. Nela se inserem as normas supremas da ordem tributária que compõem o Sistema Tributário Nacional, interagindo com todos os demais ramos do Direito. São de égide constitucional todos os princípios informadores do Direito Tributário, a enumeração exaustiva das pessoas com poder de tributar e das vedações atinentes a esse poder, a delimitação de suas competências, a previsão das modalidades tributárias, a participação das normas de cunho infraconstitucional na sua tarefa de criar e regulamentar cada espécie de exação.

Por meio da Constituição Federal, no dizer de Vittorio Cassone (2000, p. 25), são informados “os princípios ou as regras a seguir; o CTN trata das normas gerais, e a lei ordinária, como norma, viabiliza tais princípios e regras, estabelecendo detalhadamente as obrigações e os direitos dos contribuintes”. Erige de todo o sistema tributário constitucional a regra básica e informadora da distribuição da competência, dirigida às pessoas políticas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A competência tributária, por sua vez, é “a aptidão jurídica para criar, *in abstracto*, tributos” (CARRAZA, 2001, p. 26), através do processo legislativo, pois, não se cria tributos sem lei em sentido estrito, regra advinda do Princípio da Legalidade (artigos 5º, II, e 150, I, da Constituição Federal).

Para fins de sua aferição, o Estado pode identificar as situações reveladoras daquela capacidade, através da identificação dos rendimentos, patrimônio e atividades econômicas do contribuinte, mas, desde que respeitados os direitos individuais e dentro dos requisitos fixados em lei. Essa é uma faculdade dirigida à administração tributária que, no caso brasileiro, insere-se na Constituição da República, em seu artigo 145, §1º, revelando autorizada ingerência em parte da intimidade do indivíduo para fins de identificar a sua capacidade de pagar tributo. Essa relação entre os direitos individuais e a capacidade contributiva do cidadão é intermediada pelo princípio da igualdade, que também é ínsita àqueles direitos. Ou seja, entre um princípio de justiça fiscal e a liberdade individual reside a igualdade como

asseguradora das garantias constitucionais e dos princípios ligados à segurança jurídica, tais como legalidade, anterioridade, irretroatividade. (TORRES, 2006, p. 95).

Mas, no aspecto subjetivo, a aferição da capacidade contributiva se vale da generalidade do princípio, aquela mesma abstração que levou alguns críticos a intentarem contra a sua validade científica, já aqui aludida. É nessa característica abstrata que, segundo Torres (2006, p. 94), atuam determinados critérios, considerados por ele como subprincípios, tais como a proporcionalidade, a progressividade, a personalização e a seletividade. É através desses que se abre a possibilidade de concretização do princípio da capacidade contributiva.

Em outras palavras, a progressividade impõe que as alíquotas do imposto sejam aumentadas na medida em que seja ampliada a base de cálculo, tal como ocorre com o imposto de renda e o Imposto sobre a propriedade territorial urbana (IPTU); a proporcionalidade, não prevista expressamente na Carta Constitucional, mas presente na legislação infraconstitucional, que propugna pela presença de alíquotas iguais, para quaisquer valores de base de cálculo, conforme o que ocorre com o imposto de transmissão intervivos; a personalização, que oferece a possibilidade de o legislador levar em consideração dados relativos à vida pessoal do contribuinte, podendo encontrar relação com o mínimo existencial, na medida em que, ao se mensurar o tributo são levadas em consideração, no exemplo do imposto de renda, as deduções de despesas médicas, de instrução e com dependentes; e, a seletividade que, atrelada aos impostos sobre o consumo, determina que as alíquotas sejam crescentemente graduadas na razão inversa da essencialidade dos produtos.

A relação da capacidade contributiva com o mínimo existencial é de exclusão, ou seja, ela não está onde aquele se encontra. Devem ser identificadas, primeiro, as condições necessárias para uma vida digna, o seu conteúdo qualitativo, as margens de sua segurança e a sua realização. Somente após, encontra-se o Estado autorizado a intervir, por meio da atuação tributária. Dessa forma, o mínimo existencial pode ser encontrado na faixa de incapacidade contributiva, região onde não há qualquer revelação de riqueza justificadora da imposição tributária.

Com base nos direitos fundamentais e nas suas garantias de efetivação, pode-se afirmar que é urgente a necessidade de se reestruturar o sistema tributário, em bases arrecadatórias mais justas, com o fim de se eliminar a ingerência tributária ilegítima na esfera da liberdade do cidadão, da mesma forma como é indispensável à aplicação prioritária do dinheiro público no atendimento das carências mínimas relacionadas à vida digna. Não há outra maneira de se atender ao mínimo existencial, senão através do respeito aos seus aspectos negativo e positivo.

4.2 Condição para a Dignidade da Pessoa Humana

No caminho histórico dos direitos humanos é constante a busca de garantias através do mínimo existencial, o qual passa por nuances de avanços e retrocessos, bem como a situação atual. O ser humano portador da dignidade humana, no Estado Democrático de Direito é merecedor de plenas condições para a sua sobrevivência. O estudo da dignidade humana, da barbárie e das condições judiciais de proteção a dignidade visam salvaguardar o mínimo de condições para a vida digna.

4.2.1 A dignidade humana

A relevância de Kant dar-se-á através da formulação mais consistente e particularmente complexa da natureza do homem e de suas relações consigo próprio, com o próximo e com as suas criação e as da natureza. Barcellos (2002, p. 107) enfatiza a visão de Kant do homem, “o qual é um fim em si mesmo” e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação, em virtude da sua dignidade. O ser humano não é uma engrenagem para o funcionamento estrutural da organização criada e positivada por ele mesmo, assim sendo, não pode tornar-se refém da sociedade, ao contrario, o Estado e o Direito devem estar organizados em benefício do ser humano. Pérez Luño (1999, p. 215), perante este cenário e buscando a forma de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus projetos individuais, dar-se-á através da sepração dos poderes e da generalização do princípio da legalidade.

Esta concepção kantiana de homem, persiste, ao longo do tempo, essencialmente no mundo ocidental, ainda que a ela, novas funcionalidades de garantias tenham sido agregadas, como a tutela dos interesses individuais e a garantia mínima para o exercício da liberdade. Relevante citar que, tanto no Estado liberal Clássico como no moderno Estado de Bem-Estar social, o destinatário último é o indivíduo. (BARCELLOS, 2002, p. 107).

4.2.2 A barbárie

As convicções universais da dignidade humana foram arrasadas na Segunda Guerra Mundial, onde a ideia de que o extermínio de seres humanos consistiu em política de governo. Onde milhares de pessoas, não apenas alemãs, foram protagonistas de grandes massacres. A vida passou a ser banalizada e negociada, citando, como exemplo, as negociações realizadas

por líderes judeus, trocando a libertação de cidadãos letrados, em troca oferecendo cidadãos comuns. (BARCELLOS, 2002, p. 108).

A reação diante da barbárie ocorrida durante esse período, foi um pós-guerra marcado pela consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional. Como referido no primeiro capítulo, diversos países introduziram em suas constituições a garantia deste direito fundamental, sendo direitos constitucionalmente consagrados. Relevante o fato que a dignidade da pessoa humana era o ponto que unia os países divididos pela guerra fria.

Apos todos estes fatos marcantes, seria inadmissível que fatos semelhantes fossem presenciados. Infelizmente, numerosos fatos continuam sendo presenciados pela humanidade. Diversos países em situações de subdignidade humana, não somente por guerras, mas por fatores como a fome, a miséria, as doenças, o analfabetismo, a escravidão, a exploração do trabalho infantil, são situações terríveis tanto quanto a guerra. Para Ana Paula Barcellos (2002, p. 112), os meios de comunicação social expõem essa tragédia em seus mínimos detalhes, o que choca ainda mais a todos, e assim descreve:

Neste início de século, de forma mais intensa com o desenvolvimento espantoso das comunicações, essas tragédias humanas, antes distantes e despersonalizadas, tomam cor e corpos nas telas das televisões, chocando os espectadores.

Diversos fatores são responsáveis tanto pela divulgação da barbárie, bem como na busca de sua proteção, fatores econômicos, da liberdade de informação, da própria cultura e a finalidade única da criação de instrumentos de defesa dos direitos fundamentais.

4.2.3 Condições judiciais de proteção à dignidade

A interpretação constitucional é função do magistrado, e a mesma é permeada de elementos volitivos, como o espaço de escolha que o interprete ocupa. Ao juiz cabe tomar a justa decisão, e Hans Kelsen em Teoria pura do direito, assim descreve a tomada de decisão:

Observando mais precisamente, reconhecemos que existe uma margem judicial de juízo não só na aplicação dum conceito indeterminado de valor, mas já, muitas vezes, onde aparentemente apenas se trata da subsunção a uma representação geral ou a um conceito objetivo. Com efeito, também estas representações e conceitos são muitas vezes até certo ponto indeterminados. [...] Portanto, quando o juiz tem de optar entre vários julgamentos, cada um dos quais está dentro do âmbito da sua

discricionariez judicial, deve escolher aquele que considera justo segundo a sua intuição axiológica processual. (KELSEN, 1998, p. 390).

Diante do exposto, depreende-se que a tomada de decisão do juiz leva em conta as mais diversas circunstâncias, sociais, culturais, econômicas, pessoais e conceituais, bem como a crença em teorias doutrinárias. Assunto este que demandaria rios de tinta para ser aprofundado, mas retomando ao foco da via judicial para a concretização da dignidade humana.

A tutela jurídica é o instrumental para salvaguardar os direitos positivados, oferecer-lhes a garantia de que serão alcançados a todos de direito, e para aqueles que tiveram o direito omitido, um instrumental para a sua efetivação. Preliminarmente, a universalidade de acesso como reza a CF deve ser garantido. Ana Paula Barcellos (2002, p. 150-152) cita os obstáculos para o acesso a justiça, como a “completa desinformação cívica”, ou seja, desconhecem que possuem direitos e os meios para acessá-los, uma vez que as políticas não atendem a demanda por esses serviços. Uma vez superada a falta de conhecimento, vem o “custo envolvido em uma demanda judicial” desde custas, emolumentos, honorários a advogado e outros. Entretanto, esse segundo aspecto foi superado, desde que o beneficiário do direito tenha conhecimento da Defensoria Pública (art. 134 da CF) e comprove a insuficiência de recursos, fazendo assim jus a isenção do pagamento de qualquer ato para a tramitação processual.

Sabidamente umas das formas de demanda é a tutela coletiva, a qual além de evitar elevado número de ações individuais que trazem morosidade ao judiciário, busca a uniformização nas decisões que possuem natureza abrangente. A tutela coletiva tem por base legal a CF e autoriza que o poder judiciário seja demandado através de associações em geral de acordo com o art. 5º, XXI e LXX, b, bem como os partidos políticos com representação no congresso através do art. 5º, LXX, a, o Ministério Público pelo art. 129, III e os sindicatos de categorias de acordo com o art. 8º, III. Os meios de acesso existem, o direito a ser garantido está plenamente positivado, entretanto a sua real efetivação em prol da dignidade humana, ainda é precária, cita-se o atendimento a saúde e a educação de qualidade.

Neste viés de demanda judicial para a garantia à prestação de serviço como a saúde, em sua pesquisa Ana Paula de Barcellos (2002) constatou que há decisões positivas e negativas para pedidos idênticos principalmente na esfera da saúde e todas as decisões com os seus devidos justos argumentos. A via judicial é o meio para reduzir as desigualdades no acesso da prestação de um direito constitucionalmente protegido.

Para Ferrajoli, (2011a, p. 16), o Ministério Público e o Poder Judiciário devem ser independentes dos poderes responsáveis pelas políticas públicas, bem como das instituições que garantem este direito. A separação de poderes é benéfica para a garantia das condições mínimas para a dignidade, bem como, quando uma condição indispensável à vida estiver em risco, “a intervenção do Judiciário será mais do que possível; será obrigatória”.

A via judicial constitui-se o campo com o acesso mais universalizado, porem com obstáculos, e o principal deles é a informação que conduz para a exigibilidade. Mesmo se o judiciário reconhecer o direito a prestação de um determinado serviço, a garantia do atendimento por diversas vezes enfrenta a questão orçamentária, onde os direitos sociais não são priorizados, e a reserva de valores é mínima para um atendimento de qualidade em geral, quíça por força de ordem judicial.

4.3 Os direitos sociais como pressuposto para a cooperação democrática

Para Cláudio Pereira de Souza Neto (2006), a satisfação do critério da fundamentalidade material é decisiva para atribuição de sentido para o art. 5º, § 1º da Constituição, segundo o qual as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mesmo que se trate de uma norma constitucional de eficácia limitada, se for possível lhe atribuir jusfundamentalidade material, o Judiciário poderá concretizá-la sem que tal concretização implique violação às prerrogativas do Poder Legislativo. Se a norma não é materialmente fundamental, sua eficácia depende de pressupostos formais. Diferentemente, se a norma é materialmente fundamental, tem aplicabilidade imediata independentemente de critérios formais. Essa questão é discutida na temática da aplicabilidade imediata do direito à saúde. Segundo o autor, o que deve ser decisivo para a concretização judicial é a avaliação a respeito da fundamentalidade material.

Para o autor, a Constituição é ambígua ao inserir o direito à saúde no rol de direitos fundamentais (art. 6º), mas atribuindo sua concretização a políticas sociais e econômicas. No entanto, nas palavras do autor, “sob o prisma material não há espaço para dúvidas: sem a garantia da vida e da integridade física e psíquica do ser humano, não há sequer como se falar em dignidade humana e cooperação democrática”. (SOUZA NETO, 2006, p. 244). Assim, o autor incorpora a noção de condições para a cooperação na deliberação democrática como critério para definição da fundamentalidade material dos direitos sociais, superando o argumento democrático orçamentário. O autor, em passagem elucidativa, menciona que:

Contudo, adotando-se, como critério para a definição da fundamentalidade de direitos sociais, a noção de condições para a cooperação na deliberação democrática, o argumento democrático orçamentário fica superado. Quando o Judiciário concretiza tais condições, a despeito da vontade da maioria, não está usurpando a soberania popular, mas garantindo seu pleno exercício. Se há ou não recursos para fazê-lo, esta é outra questão. O que importa, sob o prisma da legitimidade, é observar que a objeção democrática orçamentária à atribuição de fundamentalidade aos direitos sociais incide em uma falácia, ao vincular duas questões distintas: uma é a da fundamentalidade material, que decorre do conteúdo da norma; outras é a dos meios necessários para concretizá-la. Uma norma não pode, evidentemente, deixar de ser considerada materialmente fundamental por apresentar maiores dificuldades de concretização. (SOUZA NETO, 2006, p. 246).

Assim, o Cláudio Pereira de Souza Neto (2006) afirma que a grande questão da teoria constitucional contemporânea não é analisar se os direitos sociais são ou não fundamentais, mas especificar o âmbito da esfera da fundamentalidade material. Nesse ponto, analisa criticamente a teoria do mínimo existencial cuja versão predominante tem por objetivo delimitar quais os direitos sociais que constituem condições para exercício da liberdade. A crítica de Cláudio Pereira de Souza Neto (2006) a essa teoria é no sentido de assinalar que “os direitos sociais não são considerados *prima facie* fundamentais: a sua fundamentalidade é derivada da liberdade, esta sim, por si só, fundamental”. (SOUZA NETO, 2006, p. 247). Critica igualmente a vinculação do mínimo existencial ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois nessa teoria a fundamentalidade material dos direitos sociais estaria associada às condições indispensáveis para a subsistência, quando deveria vincular-se à igualdade de meios para agir. Sob esse prisma é clara a assertiva do autor:

Assim como a teoria do ‘Mínimo’, a democracia deliberativa também atribui fundamentalidade material aos direitos sociais que figuram como condições da liberdade. Mas os concebe não como condições mínimas, e sim como condições necessárias, além de enfatizar o sentido positivo da liberdade e de buscar harmonizá-la com a igualdade: a liberdade será aqui considerada como igual possibilidade de implementar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública). A fundamentalidade material dos direitos sociais engloba não só os meios de subsistência, mas também a igualdade de meios para agir. A garantia judicial dos direitos sociais não deve se limitar, por isso, a uma ‘ajuda para autoajuda’. [...] As pessoas só cooperam em um contexto democrático, deliberando acerca do bem, comum, quando são tratadas, tanto pelo Estado, quanto por seus pares, como ‘dignas de igual respeito’, e, sem a vigência de determinadas condições sociais, não há a garantia de que tal cooperação, de fato, venha a ocorrer. (SOUZA NETO, 2006, p. 253).

Com o objetivo de elucidar o seu modelo, o autor associa o mínimo existencial à garantia judicial das condições para a cooperação na deliberação democrática com base no diálogo entre Habermas (1998a) e Rawls (1998). Tanto Habermas (1998a) como Rawls (2000, 1998) propugnam delinear uma nova estratégia teórica de legitimação da democracia mediante o uso público da razão, a pressupondo exercício da discussão racional na legitimação da justiça e do direito. Ambos defendem que o Estado de Direito somente pode democratizar-se mediante o uso público da razão.

Para Rawls (2000), o exercício do poder político em relação a questões constitucionais essenciais e de justiça básica somente é legítimo se pautar-se nos princípios políticos que invocam os valores da razão pública. Nas palavras de Rawls, “nosso exercício do poder político é próprio e, por isso, justificável somente quando é exercido de acordo com uma Constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de princípios e ideais aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais”. (RAWLS, 2000, p. 266). Assim, Rawls delinea uma abordagem singular acerca do exercício do poder político, que contempla o dever moral de justificação das decisões sobre questões constitucionais essenciais e de justiça básica à luz dos valores políticos da razão pública. Rawls diferencia o seu conceito da razão pública com a perspectivas de “razões não públicas”. Essas são as que configuram as auto compreensões morais de todos os tipos de associações, como igrejas, sociedades científicas, grupos profissionais. Trata-se de razões que compõem o horizonte de uma cultura de fundo de uma sociedade, incluindo as razões da sociedade civil, em contraposição à cultura política pública. Assim, os cidadãos teriam a prerrogativa de fazer uso exclusivo de suas doutrinas abrangentes religiosas quando participam da “cultura de fundo”, mas, devem ater-se aos limites da razão pública quando participam da defesa política do espaço público. A deliberação pública sobre questões políticas fundamentais deve satisfazer o requisito da razoabilidade, sendo esta necessária para a cooperação democrática em uma sociedade pluralista.

Com efeito, para Rawls (2000), a legitimidade do exercício do poder político sobre questões políticas fundamentais deve pautar-se em razões que sejam publicamente aceitas por todos os cidadãos razoáveis e racionais, que devem justificar suas ações uns para os outros em termos que “cada qual razoavelmente espere que outros possam aceitar, por serem coerentes com a liberdade e igualdade dos cidadãos”. (RAWLS, 2000, p. 267). Rawls (2000) distingue o modo pelo qual o ideal da razão pública aplica-se aos cidadãos e às autoridades estatais. Nas palavras de Rawls, “esse ideal aplica-se aos fóruns oficiais e, por isso, aos legisladores, quando falam no recinto do parlamento, e ao executivo, em seus atos e pronunciamentos

públicos”. (RAWLS, 2000, p. 264) E conclui: “aplica-se também, de uma forma especial, ao judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal numa democracia constitucional com controle da constitucionalidade das leis (revisão judicial)”.(RAWLS, 2000, p. 264). Habermas (1998a) critica a ideia de posição original segundo a qual, as partes desprovidas de informação sobre suas concepções de bem, particularidades e talentos estabelecem princípios de justiça.

Em suma, a posição original seria uma releitura do imperativo categórico não suficientemente deliberativa, impedindo que as partes, por meio de processos de aprendizagem, transcendam a suas particularidades a partir de uma deliberação que inclua no debate suas próprias concepções de bem. Ademais, a posição original não atenderia com plenitude a imparcialidade exigida pelos pressupostos deontológicos. De outro lado, ao afirmar a centralidade dos direitos liberais, em contraposição ao princípio democrático, Rawls não satisfaz à pretensão de conciliar a liberdade dos modernos com a dos antigos, uma vez que sua teoria subordina o segundo princípio de justiça (igualdade) ao primeiro (liberdade).

Para Habermas (2003), autonomia privada e autonomia pública são as duas dimensões da autonomia jurídica. A primeira permite que o indivíduo possua uma esfera livre de interferência na qual ele não precisa exercer sua liberdade comunicativa, podendo adotar uma perspectiva individualista e estratégica para concretização dos seus planos de vida. A autonomia pública garante a cada membro da comunidade o exercício democrático de participação em igualdade de condições na formação política da opinião e vontade. As ideias de autonomia privada e pública não devem ser concebidas como concorrentes, mas como complementares. Habermas (2003), em *Direito e Democracia*, estabelece o princípio da democracia, com base na interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica, inspirando uma gênese lógica de direitos. Para o autor alemão, “o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo cooriginário”. (HABERMAS, 2003, p. 158).

É justamente a gênese lógica do sistema de direitos que, partindo da interligação entre princípio do discurso e a forma jurídica, irá concretizar essa cooriginariedade. Partindo dos pressupostos da teoria do discurso, podemos deduzir cinco tipos de direitos supondo três elementos: o princípio da democracia, a forma jurídica e o processo de autolegislação entre cidadãos livres e iguais. Se partirmos da formação democraticamente estruturada da opinião e vontade política e supondo que esta satisfaz ao princípio da democracia e que este, a seu

turno, respeita a forma do direito, vislumbramos a dedução de cinco grupos de direitos fundamentais.

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. Esses direitos exigem como correlatos necessários:
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual. [...]
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direitos legítimos. [...]
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4). (HABERMAS, 2003, p. 159-160).

São direitos que aos cidadãos devem ser concedidos reciprocamente para que o litisconsórcio seja legítimo. Não são direitos mínimos inerentes a qualquer ser humano e também não possuem uma justificação moral. Apenas são direitos que decorrem da deliberação discursiva dos cidadãos em um litisconsórcio que satisfaz o princípio democrático e segue a forma jurídica. Quando quiserem regular a convivência em sociedade, os cidadãos devem necessariamente conceder-se reciprocamente esses direitos, sob pena de invalidar a legitimidade do litisconsórcio. Portanto, perspectivas jusnaturalistas que subordinam o direito à moral impedem de vislumbrar a cooriginariedade entre as autonomias pública e privada.

Os membros de uma comunidade política que resolvem regulamentar sua conduta através do direito, devem assumir o papel de jurisconsortes. Uma vez que, em sociedades pós-convencionais, a criação de normas legítimas pressupõe o consentimento racional de todos os afetados em discursos racionais, ainda assim o princípio do discurso é abstrato. Sendo assim, é necessário uma forma especificada do princípio do discurso na forma de princípio da democracia. Este diz respeito ao estabelecimento de mecanismos institucionais de formação da vontade política através de instituições democraticamente estruturadas e do *medium* do direito.

Se os jurisconsortes consideram que a forma jurídica é o mecanismo de institucionalização de procedimentos e práticas discursivas, o desafio que surge é transformar os membros da comunidade política em sujeitos de direito, o que pressupõe a fruição de

direitos subjetivos. Os jurisconsortes que pretendem considerar uns aos outros como sujeitos de direitos, devem conceder-se reciprocamente direitos subjetivos.

Os direito subjetivos somente podem concretizar-se à medida que o sujeito de direito assume um ponto de vista discursivo por meio da concessão recíproca de direitos fundamentais Habermas defende ser “preciso, no entanto, empreender uma mudança de perspectivas, a fim de que os civis possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso”. (HABERMAS, 2003, p. 163). E conclui: “Pois, enquanto sujeitos de direito, eles só conseguirão autonomia se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários”. (HABERMAS, 2003, p. 163). O autor sublinha que:

Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também o fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem o uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos. (HABERMAS, 2002, p. 293).

Assim, a garantia da legitimidade do direito presume os pressupostos comunicativos institucionalizados juridicamente indispensáveis para a formação democrática da opinião e vontade que permitem o exercício da autonomia política. A autonomia privada, que pressupõe direitos fundamentais, garante aos cidadãos uma esfera de liberdade de ação para seguirem seus planos de vida. A autonomia pública decorre dos direitos fundamentais à participação e comunicação. Se o exercício da democracia pressupõe a forma jurídica, a qual, por sua vez, requer a concessão de direitos fundamentais, preservando uma esfera de liberdade, logo democracia e direitos subjetivos são complementares.

A democracia, servindo-se da forma do direito, pressupõe a necessidade de concessão de direitos fundamentais aos indivíduos que preservem um espaço mínimo de liberdade para o agir estratégico. Se a democracia for praticada sem servir-se da forma do direito, minimizando as esferas de liberdade individual, converte-se em decisionismo, distanciando-se do modelo procedimental. Cláudio Pereira de Souza Neto (2006) estabelece uma crítica ao modelo habermasiano, lecionando que são “materialmente fundamentais não apenas os direitos que configuram de forma imediata as condições para participação no processo democrático, mas também aqueles cuja observância é necessária para que todos se sintam motivados a deliberar tendo em vista a realização do bem comum”. (SOUZA NETO, 2006, p. 272). Em suma, são abrangidos pela esfera da fundamentalidade material não apenas os direitos que afetam de forma imediata o funcionamento da democracia, mas também aqueles que permitem a

instauração de um contexto capaz de motivar os cidadãos a se engajarem em um esquema de cooperação social.

O modelo ora proposto se aproxima da perspectiva habermasiana na medida em que não considera adequado incluir no núcleo material da Constituição os objetivos a serem obrigatoriamente perseguidos pela deliberação pública, como acontece na teoria da justiça de Rawls e na teoria da Constituição dirigente. Aqui também se entende, com Habermas, que isso implica uma limitação excessiva da soberania popular. Por outro lado, é de se reconhecer também que o modelo habermasiano se abre razoavelmente a reduções democrático-funcionais, embora não seja essa a sua única interpretação possível. Por isso, a cooperação figura aqui como uma dimensão essencial da deliberação democrática. Nesse sentido, a presente estratégia de justificação é mais substantiva que a de Habermas, embora sem se identificar com a proposta de Rawls. Para o modelo cooperativo de democracia deliberativa, o núcleo material da Constituição é composto pelas “condições para a cooperação na deliberação democrática”, i. e., pelas condições que permitem a criação de um contexto em que todos se vejam motivados a cooperar objetivando a realização do bem comum. Formulado dessa maneira, o modelo cooperativo converge com a perspectiva habermasiana, ao sustentar a impossibilidade de se estabelecer, previamente à deliberação, o conteúdo das decisões públicas, e com a perspectiva rawlsiana, ao enfatizar a noção de cooperação social, afastando, com isso, a possibilidade de se formular uma justificação democrático-funcional para as condições da deliberação democrática. (SOUZA NETO, 2006, p. 272-273).

A distinção entre a proposta de Ana Paula de Barcellos (2002) e de Cláudio Pereira de Souza Neto (2006) pode ser observada no tratamento do direito à educação. A perspectiva da autora legitimaria o direito à educação como exigível somente no nível do ensino fundamental nos termos do inciso I e do artigo 208, § 1º e §2º da Constituição. O ensino médio não seria abrangido pelo mínimo existencial. No entanto, a proposta democrático-deliberativa estabelece limites mais amplos. Embora a esfera da fundamentalidade material não inclua o acesso universal ao ensino universitário, contempla o acesso ao ensino médio.

Negar o direito à educação a quem, por razões econômicas, não pode, ainda na adolescência, custear os seus estudos, não é tratar a todos como como “dignos de igual respeito”, não é atribuir a todos “oportunidades” minimamente equivalentes: é impedir que os indivíduos situados nas camadas mais pobres de nossa população possam realizar seus projetos de vida mais razoáveis, tais quais os de escolher livremente a profissão. (SOUZA NETO, 2006, p. 254).

A Constituição também contempla essa interpretação. O art. 208, II pode ser interpretado como um dever positivo atribuído ao Estado de incentivar progressivamente todos os cidadãos a se disporem a cursar o ensino médio. Assim, se um indivíduo que não

possua recursos, quiser fazê-lo, o Estado não pode se abster de implementar a prestação, sob o argumento que se trata de norma programática. O Estado teria o dever de implementar o direito à educação no ensino médio para aqueles desprovidos de recursos para custeá-lo. A própria Constituição prevê no art. 213 § 1º que, na hipótese de falta de vagas e cursos regulares na rede pública, é possível a concessão de bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio. Àqueles que demonstrem insuficiência de recursos. O autor estabelece o contraste entre a sua proposta de democracia deliberativa e as teorias do mínimo existencial.

Aqui, pode-se aferir o contraste com a proposta de definição da fundamentalidade material do direito à educação a partir de uma versão minimalista do princípio da dignidade humana. Essa perspectiva argui que não há nada de indigno em exercer profissões que exijam pouca educação formal, razão pela qual o direito à educação não seria sindicável para além do ensino fundamental. Efetivamente, não há nada de indigno em exercer profissões que não exijam os conhecimentos construídos no ensino médio. No entanto, para a democracia deliberativa, garantir a dignidade implica também implementar iguais condições para que as pessoas possam realmente escolher como querem viver suas vidas, elegendo, p. ex., que profissão irão exercer. É claro que nem todos conseguirão alcançar seus objetivos profissionais. Isso depende, evidentemente, do esforço e da capacidade de cada um. Mas depende também de um sistema de igualdade de oportunidades. Se o Estado nega a quem quer estudar, ainda na minoridade, esse direito, não está instaurando um contexto adequado à cooperação social, pois não está atribuindo a todos os projetos pessoais de vida o mesmo valor e tratando-os com a mesma dignidade. (SOUZA NETO, 2006, p. 255-256).

O raciocínio do autor é no sentido de que, embora a prestação universal de acesso ao ensino superior não integre a esfera da fundamentalidade material, é necessário garantir a todos igualdade de oportunidades para ascender a ele. Sem igualdade de oportunidades, não há motivos para os indivíduos se engajarem em um modelo de cooperação social. Nas palavras do autor, “grupos tradicionalmente discriminados quanto ao acesso às posições mais prestigiadas da sociedade não têm porque se sentirem verdadeiros partícipes da cooperação social”. E conclui: “não têm, portanto, razões para contribuir na deliberação democrática tendo em vista a realização do bem comum”. (SOUZA NETO, 2006, p. 256). Em síntese, se os direitos sociais são condições para a cooperação democrática, cabe ao Poder Judiciário, diante da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo implementá-los tendo em vista a configuração de um obstáculo ao regular funcionamento da cooperação democrática.

5 O MÍNIMO EXISTENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A expressão mínimo existencial não está expressamente contemplada pela Constituição da República Federativa do Brasil. Porém, a ausência de uma expressa menção não significa a sua inexistência. A força normativa de sua dicção implícita é irradiada pela máxima fundamental do princípio da dignidade humana. Em sendo assim, deve ser procurada “na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”. Ademais, sua presença é revelada em diversos dispositivos ao longo do texto da Magna Carta, bem como na legislação infraconstitucional. (TORRES, 2001, p. 266).

No campo tributário, há no ordenamento jurídico pátrio um elenco de imunidades, referentes ao mínimo existencial, tanto na forma explícita quanto na implícita, valendo conferir os dispositivos legais que traduzem a sua existência expressa.

Inicialmente presente no artigo 5º da Constituição da República: inexistência do pagamento de taxas na petição aos poderes públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e na obtenção de certidões para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (XXXIV); isenção de custas e de ônus de sucumbência na ação popular (LXXIII); assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (LXXIV); gratuidade no acesso ao registro civil de nascimento e à certidão de óbito para os reconhecidamente pobres, na forma da lei (LXXVI); gratuidade nas ações de habeas-corpus e habeas-data (LXXVII). (BRASIL, 1988).

No artigo 150, inciso VI, alínea c, o texto constitucional pátrio prevê a proibição da incidência de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviço das instituições de educação e assistência social de cunho filantrópico, que prestam serviço aos indivíduos desprovidos de recursos, em ação substitutiva do Estado, prestigiando a imunidade do mínimo existencial dos pobres.

Bem como o artigo 153, §4º, também da Carta Constitucional, está prevista a não incidência do imposto sobre propriedade territorial rural de pequenas glebas rurais, cujo proprietário não possua outro imóvel. O artigo 198 da Constituição Brasileira garante a quem necessitar, a gratuidade da assistência médica preventiva e o atendimento em hospitais públicos, assim como o artigo 203 prevê a assistência social, independentemente de contribuição ao sistema de seguridade social.

O artigo 206 da Carta Magna prestigia a educação dos pobres, oferecendo lhes a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais. Da mesma maneira, o artigo 208, inciso I, estabelece que haverá prestação de ensino fundamental a quem não teve acesso na idade própria, garantindo que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

Relevante que a Constituição Brasileira de 1946, em seu artigo 15, §1º, previa a imunidade, no tocante aos impostos de consumo, dos artigos que a lei classifica como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica. Na Constituição atual, não há essa previsão, aparecendo nas legislações infraconstitucionais algumas isenções referentes ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). (BRASIL, 1946).

A proteção do *status negativus* do mínimo existencial encontra-se também presente na legislação infraconstitucional, no tocante à isenção do imposto sobre a parcela da renda que, em tese, está destinada à manutenção das condições mínimas de existência da pessoa.

Dentro da perspectiva do modelo constitucional vigente, há uma gama de dispositivos legais que impõe ao Estado o ônus de garantir as condições mínimas de vida digna de seus cidadãos, conforme foi possível verificar. Porém, o que pode gerar controvérsias é a medida, a correta equalização de quais e o quantum de prestações são indispensáveis à manutenção de uma vida digna, levando-se em conta, também, o problema da escassez de recursos. (TORRES, 2001, p. 286).

Outro aspecto problemático insere-se na questão referente à distribuição da carga tributária que incide sobre os elementos necessários à existência com dignidade, tais como produtos essenciais e renda familiar. A questão principal, portanto, perpassa pelas seguintes indagações: como o Estado vem tratando o chamado mínimo existencial nas últimas décadas, em uma perspectiva dos valores que fundamentam a ordem constitucional brasileira? As ações positivas têm protegido os bens e serviços ligados às condições mínimas de existência digna?

5.1 A proteção aos direitos sociais na legislação infraconstitucional

Fora dos grupos temáticos da seguridade social e da educação, podem ser apanhados na Constituição Federal os artigos. 183 e 191, que também realizam em alguma medida o

mínimo existencial, ao proporcionarem aos cidadãos e suas famílias a garantia do direito à moradia por meio da aquisição de propriedade imobiliária por usucapião.

No artigo 183 da CF tem-se o usucapião urbano. O cidadão que ocupar, para fins de moradia, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, área urbana de até 200 m², poderá adquirir-lhe o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. No artigo 191 da CF, tem-se regramento semelhante, mas voltado para a área urbana de até 50 ha, em que o cidadão ocupa tornando-a produtiva com seu trabalho ou de sua família, estabelecendo ali sua residência. Trata-se de atuação positiva para a satisfação do direito à moradia.

Também algumas emendas constitucionais podem ser suscitadas como pertinentes ao estudo do mínimo existencial. Nesse sentido, cite-se a de nº 14/1996, que trata da educação pública e vinculação de receitas e que criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (FUNDEF). “Esse Fundo representou um importante avanço no estabelecimento constitucional de prioridades orçamentárias. Significou, inicialmente, que do total solicitado aos Estados, Municípios e DF, indicado acima, pelo menos 60% deveria ser destinado ao ensino fundamental, objetivando sua universalização e remuneração condigna do magistério.” (BRASIL, 1996).

Destacam-se também as Emendas nº 29/2000, versando sobre a vinculação de receitas da União, Estados e Municípios a ações e serviços públicos de saúde, e nº 30/2000, que flexibiliza o cumprimento de precatórios judiciais, favorecendo o atendimento de prestações básicas.

Estabelecendo exceção ao princípio orçamentário da não afetação das receitas públicas, a Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. O objetivo do Fundo é “viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida”. (BRASIL, 2000). A instituição do referido Fundo dirige-se à proteção do mínimo existencial, vez que mostra preocupação em alocar recursos públicos para que todos tenham condições dignas de subsistência, mencionando elementos que compõem o conteúdo do mínimo, alimentação, moradia, educação, saúde e rendimento. Comentando o dispositivo, Ricardo Lobo Torres (2009) ressalta o aspecto positivo de ter sido chamado à atenção dos juristas para assunto pouco estudado, mas expõe que a Emenda promove ampla vinculação de recursos públicos,

que já estão alocados ao combate à pobreza e à garantia do mínimo existencial e dos direitos sociais, o que é um retrocesso em gestão orçamentária.

Todavia, pode-se pensar, por outro lado, que a Emenda reforçou a destinação de recursos para garantia do mínimo existencial. A vinculação pode ser entendida como um avanço, no sentido de determinar constitucionalmente que o Estado atue na garantia das condições mínimas para uma vida digna. Ainda, vincular investimentos em direitos sociais atende à satisfação do mínimo em relação a tais direitos.

A Emenda Constitucional nº 41/2003, que operou a Reforma da Previdência Social, instituindo benefícios que auxiliam a satisfação das necessidades básicas das pessoas, e a Emenda nº 42/2003, que veiculou a Reforma Tributária, autorizando a vinculação de receita a programa de apoio à inclusão e promoção social.

A Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, traz a seguinte redação: art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passará a vigorar com a seguinte redação “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 2010).

Falar em um desenvolvimento das liberdades individuais sem a garantia de direitos sociais incorre num absurdo lógico, uma vez que essas liberdades não seriam capazes de se desenvolver, restritas pela ausência de garantias sociais básicas e indispensáveis.

A referência às normas constitucionais suscitadas foi necessária para demonstrar que a Constituição Federal de 1988 protege e garante condições mínimas de existência digna a todas as pessoas. Em outras palavras, “o ordenamento constitucional de 1988 está plenamente vinculado ao propósito de viabilizar a dignidade humana, assegurando a todos o mínimo existencial ou essencial ao ser humano e à vida em sociedade”.

Tal conclusão pode ser tomada mesmo frente à ausência, no texto, da expressão “mínimo existencial”. A alusão literal torna-se em verdade desnecessária frente à sistemática constitucional e seu arcabouço axiológico, com a previsão de diversos elementos que garantem condições básicas para que o ser humano viva com dignidade.

5.1.1 Educação

Referente à educação, frisou-se que o ensino fundamental constitui direito subjetivo público do cidadão. A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB) enuncia tal direito no seu artigo 5º, explicitando que qualquer cidadão,

grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída ou, ainda, o Ministério Público, pode acionar judicialmente o Poder Público para que oportunize o ensino fundamental. A ação correspondente não gerará custas e seguirá rito sumário (art. 5º, § 3º), o que atribui maior efetividade ao direito fundamental em comento. A negligência da autoridade competente na garantia do oferecimento do ensino obrigatório implica responsabilidade criminal (art. 5º, § 4º).

A fim de esclarecer o que compreende o ensino fundamental, constata-se na LDB que corresponde aos primeiros nove anos de escolaridade. A formação básica do cidadão ocorrerá, conforme o art. 32 da lei, mediante: “o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo”; “a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade”; “o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores”; e “o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social”. (BRASIL, 1996).

Nota-se, portanto, que o legislador identificou o que compõe o direito subjetivo público à educação fundamental, especificando os objetivos da formação educacional básica. Também determina o legislador que haja padrões mínimos de qualidade educacional, “definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino aprendizagem” (art. 4º, inc. IX, da LDB). (BRASIL, 1996).

Ainda, não se olvide que compõem o direito à educação também as condições materiais para que o aluno frequente as aulas. Por isso a lei indica que o dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado, dentre outros meios, mediante a garantia de “atendimento ao educando, no ensino fundamental público, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde” (art. 4º, inc. VIII).

Também a oferta do ensino em horário noturno e para quem não teve acesso em idade adequada (art. 4º, inc. I e VI) compõe o conjunto de medidas que concretizam o direito à educação, assim como o “atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade” (art. 4º, inc. IV). Tratou-se de normas de saúde, previdência e assistência social, renda mínima, alimentação e educação. Há ainda outras disposições relevantes no plano infraconstitucional para a satisfação do mínimo existencial.

A escolaridade brasileira apresenta índices baixos, e a existência de pessoas analfabetas. Esse dado coloca em xeque a falta de qualidade da educação básica do país. Entre os problemas atinentes à educação, o analfabetismo se destaca como um grande vilão. No final do ano de 2004, registrou-se o número de 14,6 (quatorze vírgula seis) milhões de analfabetos no Brasil, correspondendo a uma taxa de 11,2% (onze vírgula dois por cento), índice esse muito alto se comparado com outros países da América Latina, como a Argentina (2,8% em 2001) e Chile (4,3% em 2002). Observando a melhora desses índices, no resultado divulgado em 2010, o Brasil registrava 10% de analfabetos, e a Argentina com 2,3% (2008), e o Chile com 1,4% (2008) Houve a redução no índice de analfabetismo, entretanto, foi de pouco impacto, uma vez que o número absoluto de analfabetos aumentou. (IPEA, 2010c).

O meio rural conta com uma maior incidência de analfabetos, correspondendo a 26,2% (vinte e seis vírgula dois por cento) da população entre quinze anos ou mais, número esse que corresponde a uma proporção cinco vezes maior que da área urbana metropolitana, figurando a região Nordeste como a que representa a maior taxa de analfabetismo, 22,4% (vinte e dois vírgula quatro por cento), ou seja, mais que o triplo da taxa de 6,3% (seis vírgula três por cento) da região Sul. E mais, alguns estados da região Nordeste apresentam taxas de analfabetismo próximas de 30% (trinta por cento), como Alagoas e Piauí. (IPEA, 2010c).

A desigualdade educacional, também, está ligada à raça, pois, entre os negros, a taxa do analfabetismo é de 16% (dezesesseis por cento), mais do que o dobro da taxa encontrada entre os brancos, de 7,1% (sete vírgula um por cento). (IPEA, 2010c).

Uma boa notícia é que o acesso ao ensino fundamental está quase universalizado. Isso explica a diferença do analfabetismo entre os jovens de faixa etária de quinze a vinte e quatro anos, representados por 3% (três por cento), e os adultos que contam mais de quarenta anos, cuja taxa chega a 19,3% (dezenove vírgula três por cento) de analfabetos naquelas categorias. (IPEA, 2010c).

Entre o contingente de crianças situadas fora do ensino fundamental estão aquelas envolvidas com a mendicância, crime organizado ou prostituição, bem como os moradores de rua e as crianças portadoras de alguma deficiência. Na educação infantil, o atendimento ainda é baixo. Em 2004, apenas 13,7% (treze vírgula sete por cento) das crianças entre zero e seis anos frequentaram creches.

Também a qualidade da educação básica deixa a desejar. Os resultados da avaliação feita pelo Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB) em 2003 revelaram que 55,4% (cinquenta e cinco vírgula quatro por cento) dos alunos da quarta série estão nos

estágios “crítico” ou “muito crítico” em língua portuguesa, demonstrando a deficiência na alfabetização infantil.

Entre os fatores que contribuem para a precária qualidade do ensino no país estão: uma deficiente infraestrutura física; professores mal remunerados, desestimulados e pouco qualificados; o trabalho infantil, responsável pela complementação da renda familiar; falta de suporte educacional dos pais e de acesso aos meios de comunicação e veiculação do conhecimento.

A educação é a principal condição material para que uma pessoa goze de existência digna. Sem um mínimo grau de instrução, não se pode afirmar que alguém é livre para fazer escolhas, para verdadeiramente gerir sua vida com autonomia e participar da vida pública. A educação é importante para a fruição de diversos direitos fundamentais, como a liberdade de pensamento e de expressão, o direito de petição, a liberdade de reunião e associação, os direitos políticos, a liberdade profissional, dentre outros.

No artigo 23, inciso V da CF, estabelece-se como competência comum dos entes da federação proporcionar meios de acesso à educação. Enquanto aos Municípios compete prioritariamente o ensino fundamental e a educação infantil (art. 30, inc. VI, e art. 211, § 2º), aos Estados incumbe o ensino fundamental e médio (art. 211, § 3º).

À semelhança dos investimentos em saúde, caso não seja aplicado o mínimo exigido na manutenção e desenvolvimento do ensino (arts. 212 e 213), a União poderá intervir nos Estados ou no Distrito Federal (art. 34, inc. VII, e); da mesma forma, o Estado poderá intervir em seus Municípios (art. 35, inc. III). O direito à educação é enunciado no artigo 205 da CF, como direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovido e incentivado também com a colaboração da sociedade.⁴⁶

Trata-se de norma que impõe “tarefas e objetivos aos órgãos públicos e, em especial, ao legislador, servindo, além disso, como parâmetro obrigatório para a aplicação e interpretação das demais normas jurídicas”. (SARLET, 2007, p. 356).

O objetivo da educação, conforme a Carta, é proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Essas são balizas constitucionais para o direito à educação. “Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais.” (TAVARES, 2008, p. 775).

⁴⁶ Conforme Maliska (2008, p. 792), “ao mesmo tempo em que a ideia de igualdade de oportunidades por meio da Educação é uma meta a ser atingida, ela somente será alcançada se a sociedade mesma quiser e não apenas o governo estiver disposto a persegui-la. Sem políticas públicas governamentais não se avança, mas somente com elas também não se têm resultados significativos”.

Frente ao referido dever estatal, o inciso IV do artigo 206 estabelece “a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”. Nessa esteira, pinça-se do artigo 208 que o dever do Estado será efetivado pela garantia de “ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, a sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”, “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência”, “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”, e “oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando”. (BRASIL, 2008).

Ciente de que não basta oferecer o acesso às instituições de ensino, o constituinte garantiu, no inciso VII do artigo 208, “atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação ⁴⁷e assistência à saúde”. Ainda, exige-se a valorização dos profissionais da educação (art. 206, inc. V) e a garantia de um padrão mínimo de qualidade educacional (art. 206, inc. VII).

Por fim, restou expressamente reconhecido, no § 1º do artigo 208, que “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, o que significa que seu descumprimento pode ser reclamado judicialmente. Nesse sentido, frente ao não oferecimento ou oferecimento irregular do ensino obrigatório, “o particular poderá pedir, e o Judiciário determinar, que o Poder Público seja obrigado a custear a educação fundamental do interessado em uma instituição de ensino privada de padrão e custo similares ao da pública até que a Administração esteja em condições de prestar o serviço⁴⁸”.(BRASIL, 1988).

Apesar dessa possibilidade, o investimento na instituição pública é imperioso. Aliás, a autoridade competente pode ser responsabilizada pela sua omissão (total ou parcial), conforme o artigo 208, § 2º, da Constituição. Com a publicação da lei 12.868 em 16 de outubro de 2013, há sinais deste tipo de investimento, onde o governo permite ao particular sob custeio do governo ofertar atividades em contra turno escolar, visando ao aprimoramento educacional dos alunos de escola pública.

⁴⁷ Conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2012, realizada pelo IBGE, “O acesso a algum tipo de refeição gratuita funciona como um estímulo à presença das crianças e adolescentes nas creches e escolas, especialmente para os oriundos de domicílios com rendimentos mais baixos, além de favorecê-las no processo de aprendizagem.” (IBGE, 2012).

⁴⁸ “Em primeiro lugar, o magistrado deverá estar atento aos princípios da razoabilidade e da isonomia no caso concreto. Nada justifica que o indivíduo que obteve judicialmente o direito ao ensino fundamental seja mais bem aquinhado do que aquele que frequentou as filas, ao longo das madrugadas, para inscrição nas escolas públicas e obteve uma vaga. Assim, a escola privada escolhida deve ter um padrão e, principalmente, um custo equivalente ao da escola pública. Ou seja: idealmente, o gasto que o Poder Público terá com esse aluno nas mesmas circunstâncias em sua rede de ensino. Além disso, o juiz poderá utilizar analogicamente o Código de Processo Civil (arts. 632 e ss.), que dispõe a respeito da obrigação de fazer executada por terceiro e custeada pelo devedor” (BARCELLOS, 2002, p. 294-295 e 297).

5.1.2 Saúde

No âmbito da saúde, o legislador é muito atuante. A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, e também sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Dispõe no artigo 2º que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Cabe também à sociedade garantir a saúde (art. 2º, § 2º). No artigo 3º, o legislador vincula a saúde – entendida de modo geral como condições de bem-estar físico, mental e social – a fatores como alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso a bens e serviços essenciais. Tal constatação vai ao encontro da ideia de que as diversas necessidades básicas do ser humano se inter-relacionam, sendo pertinente defender a proteção do mínimo existencial como um todo. A Lei nº 8.080/90 organiza o Sistema Único de Saúde (SUS), conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas. A proteção da saúde será efetivada principalmente por meio desse sistema, em consonância com os ditames constitucionais. O artigo 6º da lei enumera as ações cuja execução inclui-se no campo de atuação do SUS: “vigilância sanitária e epidemiológica, saúde do trabalhador e assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”. (BRASIL, 1990).

A vigilância sanitária é “um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde” (art. 6º, § 1º). Abrange o controle de bens de consumo e de prestações relacionadas com a saúde. (BRASIL, 1990).

Já a vigilância epidemiológica diz respeito às “ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos” (art. 6º, § 2º). As duas vertentes da vigilância – epidemiológica e sanitária – atuam com prioridade na prevenção de males à saúde, em consonância com o perfil delineado na Constituição. (BRASIL, 1990).

A saúde do trabalhador, por sua vez, é “um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho” (art. 6º, § 3º). Envolve, dentre outros aspectos, a assistência à vítima de acidentes de trabalho ou

portador de doença profissional e do trabalho, bem como estudos e atuações sobre os riscos à saúde existentes no ambiente laboral. O objetivo é possibilitar a integridade física e mental do trabalhador, para que possa obter por si próprio o necessário ao seu sustento e ao de sua família.

Visto o campo de atuação do SUS, as diretrizes do sistema estão arroladas no artigo 7º da lei. Destacam-se as seguintes: “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência” (inc. I), “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos” (inc. II); “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” (inc. III); “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios” (inc. IV); e “direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde” (inc. V). Existem ainda diversos diplomas normativos que fixam prestações de saúde. (BRASIL, 1990).

O Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004, que regulamenta a Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, por exemplo, instituiu o programa “Farmácia Popular do Brasil”, tendo em vista a necessidade de (i) universalizar o acesso da população a medicamentos essenciais, (ii) minimizar os custos com medicamentos básicos para os cidadãos atendidos pela rede privada de saúde e (iii) diminuir o impacto causado pelos gastos com medicamentos no orçamento familiar. Trata-se de medida importante para a efetivação do direito à saúde, pois facilita alguns tratamentos sem comprometer (ou comprometendo menos) a satisfação de demais necessidades básicas. (BRASIL, 2004).

A Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996, garante o fornecimento gratuito da medicação necessária para o tratamento da síndrome da imunodeficiência adquirida. Medicamentos para o tratamento de outras moléstias estão previstos em portarias do Ministério da Saúde, garantindo que pacientes recebam tratamento específico por parte do Poder Público. Por exemplo, a Portaria nº 843, de 06 de novembro de 2002, do Ministério da Saúde, estabelece protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para o tratamento da demência por doença de Alzheimer; já a de nº 860, de 12 de novembro de 2002, refere-se ao tratamento da hepatite viral crônica B. A Portaria nº 2.475, de 13 de outubro de 2006, por sua vez, aprovou a quarta edição da relação nacional de medicamentos essenciais. A Portaria nº 2.577, de 27 de outubro do mesmo ano, disciplinou a dispensação de medicamentos excepcionais. São medidas vinculadas à proteção do mínimo existencial, pois garantem a preservação da saúde da pessoa.

Ainda, a Portaria nº 373, de 27 de fevereiro de 2002, do Ministério da Saúde, aprovou a Norma Operacional da Assistência à Saúde. Conforme seu item 2, foi instituído o Plano

Diretor de Regionalização, “como instrumento de ordenamento do processo de regionalização da assistência em cada Estado e no Distrito Federal, baseado nos objetivos de definição de prioridades de intervenção coerentes com as necessidades de saúde da população e garantia de acesso dos cidadãos a todos os níveis de atenção”. (BRASIL, 2002).

O plano será elaborado considerando o acesso dos cidadãos – o mais próximo possível de sua residência – a um conjunto de ações e serviços vinculados a responsabilidades mínimas. Essas responsabilidades revelam um núcleo básico de proteção da saúde. Referem-se às seguintes prestações: assistência pré-natal, no parto e no puerpério; acompanhamento do crescimento e desenvolvimento infantil; cobertura universal do esquema preconizado pelo Programa Nacional de Imunizações; ações de promoção da saúde e prevenção de doenças; tratamento das moléstias mais comuns na infância; atendimento de afecções agudas de maior incidência; acompanhamento de pessoas com doenças crônicas de alta prevalência; tratamento clínico e cirúrgico de pequenas urgências ambulatoriais; tratamento dos distúrbios mentais e psicossociais mais frequentes; controle das doenças bucais mais comuns; e suprimento/dispensação dos medicamentos da Farmácia Básica.

Pela lei 12.871 de 22 de outubro de 2013, “é instituído o Programa Mais Médicos, com a finalidade de formar recursos humanos na área médica para o Sistema Único de Saúde” e tem por objetivo:

- I - diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde;
- II - fortalecer a prestação de serviços de atenção básica em saúde no País;
- III - aprimorar a formação médica no País e proporcionar maior experiência no campo de prática médica durante o processo de formação;
- IV - ampliar a inserção do médico em formação nas unidades de atendimento do SUS, desenvolvendo seu conhecimento sobre a realidade da saúde da população brasileira;
- V - fortalecer a política de educação permanente com a integração ensino-serviço, por meio da atuação das instituições de educação superior na supervisão acadêmica das atividades desempenhadas pelos médicos;
- VI - promover a troca de conhecimentos e experiências entre profissionais da saúde brasileiros e médicos formados em instituições estrangeiras;
- VII - aperfeiçoar médicos para atuação nas políticas públicas de saúde do País e na organização e no funcionamento do SUS; e
- VIII - estimular a realização de pesquisas aplicadas ao SUS. (BRASIL, 2013)

A Lei também contempla também o programa mais médico para o Brasil, com o objetivo imediato de suprir a lacuna existente no atendimento à população, oportunizando vagas para médicos formados em outros países, conforme melhor exemplificado a seguir.

Entretanto, é urgente a formação de médicos através das instituições de Ensino brasileiras, aperfeiçoando a técnica e a qualidade do serviço médico do SUS.

Para a definição das prestações básicas em saúde, interessantes parâmetros podem ser colhidos também na Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Tais marcos são encontrados no seu artigo 12, que enumera os serviços a serem obrigatoriamente prestados mesmo no mais básico plano de saúde.

Com relação ao atendimento ambulatorial, devem ser proporcionadas consultas em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, bem como serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais solicitados pelo médico. Se o plano inclui internação hospitalar, as prestações mínimas a serem garantidas são internações sem limitação de prazo, valor ou quantidade, em clínicas básicas e especializadas (podendo ser excetuados os procedimentos obstetrícios), inclusive em centro de terapia intensiva ou similar. Devem ser proporcionados também “exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar” (art. 12, inc. II, d). Se o plano incluir atendimento obstetrício, o mínimo a ser oferecido à paciente é assistência ao recém-nascido por trinta dias. Abrangendo o plano atendimento odontológico, garantem-se consultas, exames solicitados pelo odontólogo, procedimentos preventivos de dentística e endodontia, bem como pequenas cirurgias. Se o particular que disponibiliza no mercado prestações de saúde tem o dever de disponibilizar ao menos as prestações referidas, pode-se estender tal obrigatoriedade também ao Estado. Assim, os bens e serviços de saúde enunciados (fixados pelo legislador – dotados, portanto, de legitimidade democrática) devem ser proporcionados pelo Estado aos cidadãos que deles necessitarem, representando um mínimo existencial na área da saúde.

Os problemas de saúde da população são identificados, segundo o IPEA, sob os enfoques das condições de morbidade (de que as pessoas adoecem) e de mortalidade (de que as pessoas morrem). No Radar Social⁴⁹ daquele instituto, a análise centrou-se nas alterações da mortalidade, ocorridas entre os anos de 2001 e 2004.

A mortalidade infantil diminuiu de ritmo, passando de 25,6 (vinte e cinco vírgula seis) pessoas por mil nascidos vivos em 2001, para 22,5 (vinte e dois vírgula cinco) em 2004. A

⁴⁹ Publicação mais atual com a análise em conjuntos dos dados referidos. (IPEA, 2005).

redução da mortalidade ocorreu mais intensamente na região Nordeste, embora haja ali estados cujas taxas representam duas a três vezes mais que nos estados das regiões Sul e Sudeste, numa demonstração das desigualdades socioeconômicas entre as unidades da federação. A maior taxa de mortalidade infantil no ano de 2004 foi encontrada no estado de Alagoas, com 47,1 (quarenta e sete vírgula um) óbitos por mil nascidos vivos, enquanto que a menor daquelas taxas ficou com Santa Catarina, com 13,6 (treze vírgula seis) óbitos por mil nascidos vivos. As crianças menores de cinco anos de idade são vítimas frequentes de morte por doença diarreia aguda. É um relevante problema de saúde pública no país, que revela a desigualdade das condições socioeconômicas, relativas ao saneamento básico e assistência à saúde, principalmente na região Norte, cuja taxa de mortalidade, por fatores ligados à diarreia aguda, é de 6,1% (seis vírgula um por cento) contra 1,9% (um vírgula nove por cento) apresentada no Sudeste. (IPEA, 2005).

A mortalidade materna não apresenta indicadores suficientes, em razão do sub-registro de suas causas. Mas, o “radar social” confirma que alguns estudos demonstram que mais de 90% (noventa por cento) das causas de mortalidade materna podem ser evitadas, se a mulher tiver acesso a serviços de saúde de qualidade, assistência adequada à gravidez, ao parto, ao puerpério e aos problemas decorrentes de aborto. A mortalidade por doenças não transmissíveis, como neoplasias, aumentou nesta década, passando de 14,9% (quatorze vírgula nove por cento) no ano de 2000, para 15,7 % (quinze vírgula sete por cento) em 2004, assim como as doenças do trato respiratório, que cresceram de 10,9% (dez vírgula nove por cento) para 11% (onze por cento) no mesmo período. As causas se devem ao estilo de vida e às condições de trabalho das pessoas. Quanto às doenças infecciosas e parasitárias, são elas responsáveis por uma taxa de 5,1% (cinco vírgula um por cento) de mortalidade, principalmente nas regiões Norte e Nordeste, onde se encontram as piores condições de insalubridade da população brasileira. (IPEA, 2005).

5.1.3 Moradia

O acesso à moradia está diretamente relacionado às condições de vida digna da população e, para isso, hão de ser considerados: o espaço adequado ao tamanho das famílias, a disponibilidade dos serviços de fornecimento de água, esgoto, coleta de lixo (saneamento básico), segurança da posse e os ônus com a habitação, como os aluguéis.

O quadro revela que 14,8 (quatorze vírgula oito) milhões de pessoas vivem em situação de adensamento excessivo (superlotação domiciliar, ou seja, mais de três indivíduos

por cômodo que sirva de dormitório), 7,2 (sete vírgula dois) milhões com irregularidades fundiárias (edificação em terreno alheio ou ocupação oriunda de invasão), 5,3 (cinco vírgula três) milhões de pessoas sofrendo com o comprometimento de mais de 30% (trinta por cento) de sua renda com aluguel, e, 43,4 (quarenta e três vírgula quatro) milhões de cidadãos sem acesso a saneamento básico (água canalizada em pelo menos um cômodo do domicílio, oriunda de rede geral de abastecimento, esgoto sanitário por rede geral ou fossa séptica, coleta direta ou indireta dos resíduos sólidos das residências) (IPEA, 2003).

A falta de saneamento básico é uma das maiores causas de doenças e mortalidade, principalmente em crianças. O Brasil conta com 28,7% (vinte e oito vírgula sete por cento) de sua população sem acesso simultâneo à água, esgoto e coleta de lixo (dados do ano de 2004). O nível de cobertura dessas necessidades primárias é menor nas regiões Norte e Centro-oeste. Os índices são alarmantes para os Estados do Amapá, que conta com 89,3% (oitenta e nove vírgula três por cento) das pessoas sem saneamento básico adequado, Mato Grosso do Sul com 88,4% (oitenta e oito vírgula quatro por cento) e Alagoas, com 83,7% (oitenta e três vírgula sete por cento). As maiores coberturas estão localizadas no Distrito Federal e no Estado de São Paulo, ambos com 7,5% (sete vírgula cinco por cento), Minas Gerais com 14,8% (quatorze vírgula oito por cento) e Roraima com 16,1% (dezesseis vírgula um por cento).

5.1.4 Previdência Social

A Previdência Social, contemplada no art. 6º da CF, é regulamentada pela Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, dispõe sobre a organização da seguridade social (Lei Orgânica da Seguridade Social). O título I trata da conceituação e dos princípios constitucionais da seguridade, sendo basicamente a repetição do que a Constituição estabelece sobre saúde, previdência e assistência social. O artigo 2º da lei refere-se à saúde, combinando o disposto nos artigos 196 e 198 da Carta.

O artigo 3º trata da previdência social, oferecendo sua definição: “A Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.” O mesmo artigo traz os princípios da previdência, em conformidade com o artigo 201 da Constituição, destacando-se a universalidade de participação, mediante contribuição, a

fixação de patamar mínimo para o valor mensal dos benefícios e a preservação de seu valor real. (BRASIL, 1991).

A Lei nº 8.213, também de 24 de julho de 1991, dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social. Seus artigos 1º e 2º enunciam a finalidade e os princípios que regem a previdência, repetindo o disposto na lei orgânica da seguridade e na Constituição Federal. O artigo 11 enumera os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, empregados, contribuintes individuais, trabalhadores avulsos e segurados especiais, podendo-se notar a grande abrangência deste regime previdenciário. (BRASIL, 1991).

Os benefícios que compõem o seguro social básico visam à garantia das condições mínimas para a existência digna daqueles que estão incapacitados para obter no mercado de trabalho o necessário para seu sustento. Da sistemática, percebe-se caber ao indivíduo sua manutenção. O Estado atuará apenas subsidiariamente.

Vejam-se, então, as linhas gerais dos benefícios previdenciários traçados na lei. A aposentadoria por invalidez será devida ao segurado que “for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência” (art. 42 da Lei nº 8.213/91). Os artigos 48 a 51 da lei tratam da aposentadoria por idade (65 anos, para o homem, e 60 anos, para a mulher). Já os artigos 52 a 56 tratam da aposentadoria por tempo de serviço. Há também a aposentadoria especial, concedida “ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (arts. 57 e 58). (BRASIL, 1991).

Marcelo Tavares, (2003, p. 238) estudando a relação entre previdência social e mínimo existencial, exclui a aposentadoria por tempo de serviço e por idade do conjunto das prestações previdenciárias mínimas. Justifica que “O tempo de serviço e o tempo de contribuição não indicam que haja perda ou redução de capacidade de trabalho, principalmente se considerarmos a idade de início da prestação de serviço.”

Por sua vez, o salário família (arts. 65 a 70 da Lei nº 8.213/91) visa a proporcionar auxílio financeiro ao segurado que tenha filhos menores de quatorze anos ou inválidos, considerando as despesas adicionais exigidas para sua manutenção. Segundo Tavares, (2003, p. 237-238) tal benefício não integra o mínimo social. “O salário família é um benefício que não se apoia em nenhum risco social que afaste o trabalhador de sua atividade, servindo apenas de suporte à insuficiência salarial, o que é uma questão de política de trabalho e não previdenciária.”

Distinto é o salário maternidade, previsto nos artigos 71 a 73 da lei, que visa a garantir fonte de renda para a segurada em período anterior e posterior à concretização de sua condição de mãe, em que se afasta da sua atividade laboral.

Na sequência do disposto na Lei nº 8.213/91, os artigos 74 a 78 garantem a pensão por morte, a fim de propiciar condições de subsistência aos dependentes do segurado falecido (arts. 74 a 78). Nos mesmos moldes tem-se o auxílio-reclusão, que proporciona a manutenção dos dependentes do segurado recolhido à prisão sem fonte de renda (art. 80). Para Tavares, (2003, p. 238) “a prisão não deve servir como risco social a ser protegido com a oneração da sociedade e do Estado. Se foi cometido ato ilícito merecedor de aplicação de sanção privativa da liberdade ao segurado, à família deve merecer a proteção estatal de assistência, se for o caso”.

Por essa razão, não inclui o benefício na noção de mínimo existencial. Fixa a lei de previdência, ainda, o auxílio doença, devido ao segurado que “ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos” (art. 59). Outro benefício é o auxílio-acidente, pago como indenização ao segurado que tenha reduzida sua capacidade para o trabalho habitualmente exercido, em decorrência das sequelas de lesões sofridas em acidente (art. 86). (BRASIL, 1991).

Além dos benefícios, a previdência social compreende o serviço social, destinado a esclarecer os beneficiários sobre seus direitos sociais e os meios de exercê-los (art. 88 da Lei nº 8.213/91), e a (re)habilitação profissional. Esta em atendimento à diretriz do artigo 203, inciso IV, da Constituição Federal, consiste em proporcionar ao beneficiário incapacitado para o trabalho e aos portadores de deficiência “meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive” (art. 89). A reabilitação consiste no fornecimento ou reparação de prótese e equipamentos necessários, bem como transporte ao trabalho (art. 89, par. único).

Interessante destacar que o artigo 26 da Lei nº 8.213/91 estabelece a concessão de algumas prestações independentemente de carência, ou seja, que são de outorga obrigatória mesmo sem ser recolhido o número mínimo de contribuições mensais. Essas prestações estão enumeradas:

- I - pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).
- II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções

especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado;

III - os benefícios concedidos na forma do inciso I do art. 39, aos segurados especiais referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei⁵⁰.

IV -serviço social;

V - reabilitação profissional.

VI -salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99). (BRASIL, 1991)

A dispensa do período de carência revela que o legislador destacou certa essencialidade de algumas prestações, entendidas como necessárias para garantir a subsistência do segurado. Pode-se pinçar aqui elementos de mínimo existencial apontados pelo próprio Legislativo.

5.1.5 Assistência Social

A Lei nº 8.212/91, que organiza a seguridade social, em seu artigo 4º conceitua a assistência social, referindo-se às necessidades básicas, traduzidas, conforme o preceito legal, “em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência”. Nota-se que o dispositivo não trata propriamente das necessidades das pessoas, mas sim de condições que merecem proteção especial, por suscitarem demandas diferenciadas.

O sistema de assistência social é o tema específico da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS). No artigo 1º, a assistência social é enunciada como direito do cidadão e dever do Estado, sendo parcela não contributiva da seguridade social, destinada à provisão dos mínimos sociais, “realizada através de um

⁵⁰ O benefício referido é a “aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido” (art. 39, inc. I, da Lei nº 8.213/91). Os segurados especiais referidos no artigo 11, inciso VII, da Lei nº 8.213/91 são “a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008) a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: 1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; 2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º-da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida; b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo. (Itens a, b e c incluídos pela Lei nº 11.718, de 2008)” .

conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”. (BRASIL, 1993).

Destaca-se do dispositivo a referência aos mínimos sociais. Pode-se tomar tal menção como a aceitação, pelo legislador, de noção correlata ao mínimo existencial, tratando-se de um conjunto de condições materiais mínimas a ser garantido a todo ser humano para a proteção de sua dignidade e de seus direitos fundamentais. Potyara Pereira, examinando a LOAS, explica o que são os mínimos sociais:

[...] são geralmente definidos como recursos mínimos, destinados a pessoas incapazes de prover por meio de seu próprio trabalho a sua subsistência. Tais recursos assumem frequentemente a forma de renda e de outros benefícios incidentes, setorialmente, sobre as áreas da saúde, da educação, da habitação, etc., ou sobre categorias particulares de beneficiários, como: idosos, pessoas portadoras de deficiência, pais solteiros (mãe ou pai), viúvas, etc. Seu financiamento advém, preponderantemente, de fonte orçamentária – e não de contribuições – e o seu funcionamento o mais das vezes prevê: obrigações recíprocas entre o beneficiário, o Estado e a sociedade; a inserção profissional e social; e contrapartidas. (PEREIRA, 2006, p. 16).

O artigo 2º da lei orgânica repete os objetivos da assistência social já enunciados no artigo 203 da Constituição Federal. No artigo 4º são estabelecidos os princípios que regem a assistência, destacando-se a “supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica” (inc. I); a “universalização dos direitos sociais” (inc. II); o “respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária” (inc. III); e a “igualdade de direitos no acesso ao atendimento” (inc. IV). Resta evidente a preocupação em dotar de garantia as pessoas em situação de necessidade com relação à satisfação de direitos sociais. (BRASIL, 1993).

Da leitura dos artigos 12 a 15 da LOAS, percebe-se que o atendimento às ações assistenciais emergenciais é atribuição de todos os entes federados. Cabe à esfera federal a coordenação e a edição de normas gerais; aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a coordenação e a execução dos programas de assistência, em suas respectivas unidades (art. 11).

No artigo 20 é disciplinado o benefício de prestação continuada ou amparo social, conforme determina o artigo 203, inciso V, da Constituição. Tal benefício é a “garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família” (art. 20, caput). O benefício é a garantia de que a pessoa, sem

condições de prover seu sustento, tenha condições materiais para existir com dignidade, satisfazendo ao menos suas necessidades básicas.

Nos parágrafos do referido preceito estão os requisitos para que a pessoa faça jus ao benefício, que são, basicamente, a deficiência ou idade avançada e a situação de necessidade. A deficiência depende de avaliação médica. Como idade avançada, apesar da disposição do caput, considera-se sessenta e cinco anos, em razão do disposto no Estatuto do Idoso.⁵¹

A determinação do estado de necessidade é regulamentada de forma insuficiente pela lei (família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ do salário mínimo – equivalente, em 2014, a R\$ 181 reais). Caso alguém esteja em estado de necessidade, mas não se encaixe na exígua determinação legal, cabe ao Judiciário aferir se o caso concreto faz a pessoa merecedora do benefício, como já tem aceitado a jurisprudência.⁵²

O artigo 22 da LOAS refere-se à concessão de benefícios eventuais, entendidos como “aqueles que visam ao pagamento de auxílio por natalidade ou morte às famílias cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.” Trata-se de conferir condições materiais para que as pessoas tenham sua dignidade respeitada.

A lei prevê também a prestação de serviços sociais, compreendidos como atividades continuadas para a melhoria de vida da população, com ações voltadas para as necessidades básicas (art. 23). São citados como programas de amparo, no artigo referido, apoio “às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social” (inc. I) e “às pessoas que vivem em situação de rua” (inc. II). O artigo 25 enuncia a instalação de projetos de enfrentamento da pobreza, em nítida alusão ao objetivo enunciado no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal. Os projetos tratam do “investimento econômico-social nos grupos populares, buscando subsidiar, financeira e tecnicamente, iniciativas que lhes garantam meios, capacidade produtiva e de gestão para melhoria das condições gerais de subsistência, elevação do padrão da qualidade de vida, a preservação do meio ambiente e sua organização social”. (BRASIL, 1991).

Além da LOAS, mas também na esteira da assistência social, a Lei nº 10.708, de 31 de julho de 2003, institui o auxílio-reabilitação. O objetivo é possibilitar a pacientes acometidos por transtornos mentais, internados há mais de dois anos em hospitais ou unidades

⁵¹ Lei nº 10.741/03: “Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de um salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.”

⁵² Como exemplos do posicionamento atual, citem-se as seguintes decisões: Recurso Especial nº 868600/SP, julgado em 01/03/07 pela 6ª Turma do STJ, sendo relatora a Min. Maria Thereza de Assis Moura.

psiquiátricas, assistência, acompanhamento e integração social fora do estabelecimento hospitalar.

O benefício constitui-se atualmente⁵³ no pagamento mensal de R\$ 412,00, diretamente ao paciente ou seu representante legal. Trata-se de medida importantíssima para a garantia de condições materiais mínimas ao paciente, que na grande maioria das vezes, abandonado por sua família e com difícil acesso ao mercado de trabalho, tem dificuldades em sobreviver com dignidade fora da instituição hospitalar.

Ainda, programas de renda mínima compõem a assistência social. Seu conceito é de que “O Estado deve reservar aos miseráveis e desempregados um rendimento mínimo que lhes garanta a subsistência em condições compatíveis com a dignidade humana”. (TORRES, 2008, p. 386).

A Lei nº 10.835, de 08 de janeiro de 2004, garante uma renda básica (cujo valor será definido pelo Poder Executivo) a todos os brasileiros residentes no país e aos estrangeiros residentes há pelo menos cinco anos no Brasil, independentemente de sua condição socioeconômica. A implementação de tal programa será progressiva.

Criticável a iniciativa, pois o Estado deve atender àqueles que efetivamente necessitam, e não servir como fonte de renda para quem consegue prover seu sustento sem dificuldades. A medida não incentiva a emancipação dos indivíduos; afirma o paternalismo estatal.

No viés da renda mínima, cite-se a Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família, resultante da reformulação dos anteriores programas “bolsa escola”, “cartão alimentação”, “bolsa alimentação” e “auxílio gás”. O programa tem seus objetivos básicos enunciados no artigo 4º do Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004 (que regulamenta o programa):

- I - promover o acesso à rede de serviços públicos, em especial, de saúde, educação e assistência social;
- II - combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional;
- III - estimular a emancipação sustentada das famílias que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza;
- IV - combater a pobreza; e
- V - promover a intersetorialidade, a complementaridade e a sinergia das ações sociais do Poder Público.

Os destinatários do benefício são famílias em condições de (i) extrema pobreza, entendidas como aquelas cuja renda mensal per capita seja inferior a R\$ 70,00, ou (ii)

⁵³ Portaria 1.511 de 24 de julho de 2013.

pobreza, em que o parâmetro eleva-se para R\$ 140,00 (art. 18 do Decreto nº 5.209/04, com redação dada pelo Decreto nº 5.749/06). Em todo o país, 13,8 milhões de famílias recebem o benefício. Isso corresponde a 50 milhões de brasileiros beneficiados pelo programa no ano de 2013. (MDS, 2013).

Para obter o benefício, a família deve se cadastrar perante determinados órgãos, cumprir diversos requisitos e não incidir nas vedações indicadas no Decreto nº 5.209/04. Compõem o Programa Bolsa Família três classes de benefícios. O básico, no valor mensal de R\$ 66,00, (valor de 2013), destina-se às famílias em condições de extrema pobreza. Para famílias em situação (i) de pobreza ou (ii) de extrema pobreza, mas que tenham em sua composição gestantes, nutrizes, crianças de até doze anos ou adolescentes de até quinze anos, o benefício será variável, no valor mensal de R\$ 22,00 por beneficiário, até o limite de R\$ 66,00. Há, ainda, o benefício variável de caráter extraordinário, constituído “de parcela do valor dos benefícios das famílias remanescentes dos Programas Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Cartão Alimentação e Auxílio Gás que, na data da sua incorporação ao Programa Bolsa Família, exceda o limite máximo fixado para o Programa Bolsa Família” (BRASIL, 2004).

Não cabe por ora discutir as deficiências do programa, e sim indicar que com sua implantação as condições materiais das famílias carentes receberam alguma melhora. Contudo, deve-se sempre evitar o paternalismo que não contribui para a emancipação das pessoas.

A prestação de alimentos, indispensável para a proteção do mínimo existencial, igualmente se insere na assistência social, estando bastante vinculada também à manutenção da saúde. Do ponto de vista científico, o conceito de alimento engloba os “nutrientes capazes de preencher papéis biológicos específicos, tais como fornecer energia, material plástico para os tecidos, ou compostos biorreguladores que atendam às exigências de reações metabólicas”. (CAMPOS, 1978, p. 106).

Assim, água potável inclui-se no direito à alimentação, por exemplo. É preciso lembrar que a definição do que seja alimento varia conforme o tempo, o espaço, a sociedade, a cultura, o ambiente. A respeito do tema alimentação, cite-se a Lei nº 11.346, de 11 de setembro de 2006, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, “por meio do qual o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, formulará e implementará políticas, planos, programas e ações com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada” (art. 1º). O artigo 2º da lei declara que a alimentação adequada (não qualquer alimentação, portanto) é direito fundamental inerente à dignidade da

pessoa humana, indispensável para a fruição dos demais direitos, e que por isso deve ser promovida e garantida pelo Poder Público. No parágrafo 1º do referido artigo admite-se que as dimensões ambientais, culturais, econômicas e regionais influenciam as políticas e ações na área da alimentação, pois há necessidades diferenciadas. (BRASIL, 2006).

A segurança alimentar é entendida como a “realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis” (art. 3º). No artigo 4º estão arroladas as ações abrangidas pela segurança alimentar, dentre elas a ampliação das condições de acesso, processamento, industrialização, comercialização, abastecimento e distribuição dos alimentos, incluindo-se a água, bem como da geração de emprego e da redistribuição da renda (inc. I) e a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação das pessoas (inc. III). (BRASIL, 2006).

Ainda, dois dos princípios que regem o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional são a “universalidade e equidade no acesso à alimentação adequada, sem qualquer espécie de discriminação” (art. 8º, inc. I) e a “preservação da autonomia e respeito à dignidade das pessoas” (art. 8º, inc. II). A preocupação com a autonomia é ressaltada também no artigo 9º, inciso IV, quando se enuncia como diretriz do SISAN a “conjugação de medidas diretas e imediatas de garantia de acesso à alimentação adequada, com ações que ampliem a capacidade de subsistência autônoma da população”. Este é um caminho para favorecer a emancipação das pessoas. (BRASIL, 2006).

O inciso IV salva da execução (exceto no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia) quantias destinadas ao sustento do devedor e de sua família, nitidamente protegendo a subsistência. Também para preservar a fonte de sustento, são declarados impenhoráveis os instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão (inc. V).

Com a mesma motivação, o inciso VIII preserva a pequena propriedade rural trabalhada pela família. Trata-se de regra que “configura claramente um desdobramento do princípio fundamental da dignidade humana relativa àqueles que retiram seu sustento da terra e dela dependem.” (FACHIN 2001, p. 238-239).

O inciso X estabelece a impenhorabilidade de quantia depositada em caderneta de poupança (até quarenta salários mínimos), supostamente para garantir condições materiais para a existência digna do executado. Por sua vez, o inciso IX protege “os recursos públicos

recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social”, garantindo a destinação de determinada quantia a essas finalidades.

O Código Civil também traz alguns dispositivos que merecem destaque. Por exemplo, seu artigo 426 estabelece que “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. Na mesma esteira, o artigo 548 declara a nulidade da “doação de todos os bens sem reserva de parte ou de renda suficiente para a subsistência do doador”. O objetivo de ambas as regras é proteger a pessoa, garantindo-lhe um patrimônio mínimo para que sua dignidade seja respeitada. (BRASIL, 2002).

Observa-se que o dever do Estado de atuar para garantir um mínimo existencial encontra campo fértil no direito pátrio. O quadro normativo brasileiro – envolvendo os tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a respeitar, disposições da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional – permite concluir pela existência de um dever do Estado de proteger e proporcionar condições mínimas de existência digna para todas as pessoas que nele se encontram.

Torna-se pertinente a alusão de Eros Grau ao caráter mítico de algumas disposições constitucionais:

Por um lado, instalam no seio da coletividade a convicção de que se vive sob a égide do Estado de Direito: se a Constituição, documento formal, existe, temos instituído o regime do Estado de Direito. Por outro, sobretudo a partir do instante em que, tocadas por um gesto de brilhantismo invulgar, a burguesia faz incluir nela um capítulo atinente aos direitos econômicos e sociais funcionam como anteparo às expansões da sociedade, amortecida naquilo que seria expressão de sua ânsia de buscar a realização de aspirações econômicas e sociais. A Constituição, então, instaura o “Estado Social” e passa a ser exaustivamente “consumida” pela sociedade. Pouco importa que suas disposições tenham caráter programático, contemplem direitos não juridicamente exequíveis, isto é, não garantidos. [...] Não importa – repita-se – que os direitos econômicos e sociais nela instituídos não se realizem em relação a cada qual (“fulana nem sequer me vê”) se cada qual pode se refestelar no gáudio de viver sob a égide da Constituição [...]. (GRAU, 1985, p. 20-22).

Se restou afirmado um dever jurídico do Estado brasileiro de garantir o mínimo existencial, é preciso entender melhor o que integra esse mínimo, para tornar o dever factível e direcionar-lhe o instrumental jurídico adequado. As propostas trazidas no cenário acadêmico são elucidativas para compreender o que é imprescindível para uma vida digna. Mas diga-se que tais propostas não poderiam ser compreendidas de modo adequado sem conhecer o

quadro normativo pertinente. No extremo oposto ao devido processo legal, a anarquia, ou melhor descrita, protestos e mobilizações na busca de direitos.

5.1.6 O transporte público como direito e política social

Devido ao contexto político e cultural em nível mundial, os meios empregados para a conquista de direitos tem sido diversos. Independente de sistema de governo, o que ocorre são manifestações em prol da efetiva positivação de direitos. Alguns pontos destacados para fundamentar os esforços do cidadão em suas reivindicações nos mais diversos segmentos. Há movimentos recentes no Brasil, em prol do passe livre ou transporte público gratuito, caracterizando-o como serviço essencial, como os demais descritos anteriormente.

O conjunto de protestos desencadeados nos países árabes, também chamados de “Primavera Árabe”, tomou a forma de greves, manifestações, passeatas e comícios, em grande parte do Oriente Médio e da África setentrional. Os protestos demandavam uma maior liberdade, política e social, a queda no preço dos alimentos e reivindicavam melhoras frente aos altos índices de desemprego que se instalavam pelas regiões. A maioria desses países possuía monarquias absolutistas, ditaduras ou teocracias como forma de governo.

O movimento estudantil no Chile, em maio de 2011, chegou a reunir um milhão de pessoas em protestos, assembleias e greves, pelas ruas de Santiago. Estudantes, professores, sindicalistas e apoiadores da causa reivindicavam uma maior participação do Estado na educação – mais uma vez nos referindo a direitos sociais básicos. O caso chileno, por curiosidade, ainda mantém resquícios da ditadura de Pinochet na Constituição e no próprio modelo educacional. (PALMA, 2012).

Movimentos nacionais como a “Marcha contra a corrupção” sendo que a primeira ocorreu em 7 de setembro de 2011; a segunda, 12 de outubro de 2011; e a terceira, em 21 de abril de 2012, reivindicavam o direito de uma representação mais justa pelos governantes eleitos pelo povo e, como o nome sugere, o fim da corrupção política. Uma das demandas do último movimento foi o fim do voto secreto parlamentar, além do fim da própria corrupção, medida que, apesar de toda sua simplicidade, ainda não é cogitada – reforçando uma ideia contrária à responsividade parlamentar.

Os manifestantes do “*Occupy Wall Street*”, iniciado em setembro de 2011 nos Estados Unidos, marchavam contra a desigualdade econômica e social, a corrupção e a influência de empresas na agenda política, como abordado no caso brasileiro relativo ao financiamento de campanhas políticas por empresas privadas. O movimento tem como frase principal: “Nós

somos 99%”, referindo-se a 1% da população americana que detém aproximadamente um quarto da riqueza do país. Os movimentos que começaram em 2010 na Europa, relacionados à crise do Euro, suscitaram protestos contra os altos índices de desemprego e a influência de instituições financeiras na política. Para tentar salvar os bancos que estavam à beira da falência, o governo foi pressionado a destinar-lhes recursos públicos, aumentando ainda mais a dívida dos Estados. O resultado foi tentar equilibrar as contas com o corte de benefícios sociais e a elevação dos impostos, medida que não foi bem aceita pela população.

De modo geral, as reivindicações que chamam a atenção nesses movimentos, em maior ou menor grau, é:

- a) uma maior demanda por direitos sociais básicos, como educação, moradia e um maior número de empregos (com grande destaque para o caso brasileiro);
- b) maior influência e participação do povo nas questões políticas; e
- c) uma dura crítica ao enviesamento da política com os interesses pessoais dos governantes ou de grupos políticos.

Assim como saúde, educação e segurança, o transporte público deve ser gratuito, ou melhor, pago pelos impostos. Dessa forma, é possível se cobrar mais de quem tem mais e subsidiar o direito de ir e vir de todos, especialmente dos que estão mais longe dos centros econômicos e culturais e, não por coincidência, geralmente têm menor poder aquisitivo.

No limite, a universalização do acesso ilimitado ao transporte público é a base para que o acesso a qualquer outro serviço da cidade seja garantido. Pois é preciso locomover-se para trabalhar, ir ao hospital, ao museu, etc.

O transporte público precisa melhorar em quantidade e qualidade; a lógica de que a cidade é feita para os carros deve ser revertida; o uso de bicicletas deve ser incentivado e facilitado; os combustíveis limpos devem ser adotados. Todas essas medidas são importantes, uma não substitui a outra e nenhuma delas resolve a questão da circulação livre e democrática pela cidade, sem a gratuidade do transporte.

De maneira geral, os serviços essenciais, relacionados aos direitos básicos como saúde e educação, são em alguma medida subsidiados ou desonerados para que a universalização se torne economicamente viável. No caso do transporte público, em cada país do mundo, há sistemas de financiamento que, em linhas gerais, variam muito pouco em relação às fontes de recursos. Os modelos são composições entre recursos provenientes de impostos e recursos

gerados pela cobrança do uso do sistema, que em alguns casos chega a ser zerada, instituindo a gratuidade.

Protestos varreram várias das principais cidades do Brasil durante todo o mês de junho de 2013. A principal bandeira levantada pela multidão foi a queda nas tarifas de ônibus, que haviam subido em muitas capitais. Mas, segundo os organizadores dos protestos, “o objetivo final era instaurar o passe livre, tornar gratuitos todos os meios de transportes públicos”. (LOUREIRO, 2013).

Aproximadamente cinco meses antes de os protestos se fortalecerem no Brasil, na Capital da Estônia, a prefeitura de Tallinn, aboliu as tarifas de todo o transporte público que percorre a cidade. Segundo as regras implantadas, qualquer cidadão pode viajar quantas vezes quiser, sem desembolsar nada, nas linhas de ônibus que cortam a cidade. Os habitantes de Tallinn começaram a se habituar com o novo tipo de transporte gratuito e a deixar os carros em casa, o número de automóveis nas ruas caiu 9% nos primeiros meses. Tallinn não é a primeira cidade a instaurar o transporte público grátis de maneira irrestrita, é apenas a maior. Com mais de 420.000 habitantes, a capital trouxe à tona o debate sobre a possibilidade de cidades grandes darem espaço para o passe livre. Os motivos para esse tipo de iniciativa são vários, desde tornar o transporte mais acessível a todos até diminuir o uso de carros, reduzindo a poluição e o trânsito. A dúvida é se o projeto é sustentável financeiramente, pois o dinheiro que deixa de vir das tarifas tem de sair do orçamento da prefeitura ou de outra instância do poder público. (LOUREIRO, 2013).

Também em cidades menores, o modelo gratuito de transporte público tem se mostrado possível, com diversos exemplos pelo mundo. Em Colomiers, na França, por exemplo, os 33.000 habitantes não pagam nada para andar nas poucas linhas de ônibus da cidade, e isso desde a década da de 1970. Ao longo dos anos, outras doze áreas francesas copiaram o modelo (em Aubagne, ele ficou conhecido como Liberdade, Igualdade e Gratuidade). Isso é possível por causa do pequeno número de linhas que essas cidades têm que praticamente não compensa o gasto para manter uma estrutura de cobrança de tarifas. Nos Estados Unidos, o transporte também é gratuito em pequenas cidades como Bozeman, em Montana, e Commerce, na Califórnia. (LOUREIRO, 2013).

Os projetos de passe livre, esbarraram na dificuldade de arranjar verbas e na necessidade de aumentar impostos para financiar o projeto. É improvável que uma cidade grande com um sistema de transporte largamente utilizado torne seu uso gratuito. Pela simples razão de que essa política levará a uma utilização maior do serviço e a cidade precisará ampliar muito o número de veículos e operadores para responder à demanda. O sistema não

apenas perderia a renda que estava recebendo, como também precisaria de mais dinheiro para pagar pela capacidade adicional. É justamente por causa dessas dificuldades que a tentativa de Tallinn tem chamado tanta atenção e está sendo observada de perto por diversas cidades ao redor do mundo porque é a primeira capital europeia a tentar implantar um sistema gratuito de transportes. Desde janeiro deste de 2013, não cobra de seus habitantes pelo uso de ônibus e bondes. Os recursos são provenientes do valor pago pelos turistas na utilização do transporte, mais as verbas do orçamento público, complementadas com o aumento no valor cobrado por vagas em estacionamentos públicos nas regiões centrais da cidade e impostos. (LOUREIRO, 2013).

No Brasil, há diversas cidades que universalizaram o serviço de transporte na modalidade passe livre. No Estado de São Paulo, a população dos municípios de Bocaina, Piratininga e Agudos, não paga pelo serviço. Juntas, as prefeituras gastam R\$ 137 mil reais por mês para 59 mil usuários. Os moradores têm o privilégio de não gastar com transporte. (G1, 2013).

No Estado do Paraná, outro exemplo de grande publicidade, onde duas cidades têm o transporte gratuito. Em Ivaiporã (a 400 km de Curitiba), com 31,8 mil habitantes, o transporte é gratuito há 12 anos. Em Pitanga (a 338 km de Curitiba), com 32,6 mil habitantes, o serviço gratuito começou em fevereiro de 2012. (CAMARGO, 2013).

Há outras cidades no Brasil, que a exemplo das citadas, oferecem transporte gratuito na região urbana, bem como diversas em estudos de implantação. É uma proposta ousada e que por muitos administradores públicos é vista como irresponsabilidade, entretanto a existência em diversas cidades é a prova real da possibilidade de sua implementação.

Em outras cidades brasileiras, com exceção de São Paulo, que subsidia parte do Transporte Público Urbano (TPU) com recursos orçamentários, o custo total dos sistemas de TPU é remunerado pelo pagamento das passagens, salvo ainda as exceções de gratuidades específicas, financiadas com recursos orçamentários, situação adotada por varias capitais e grandes cidades. (IPEA, 2013d).

Desta feita, há em tramitação legislativa a PEC 90/2011 pela razão óbvia de ser matéria da maior importância por propor alteração constitucional, abordando o tema aqui tratado, Transporte Público Gratuito como direito social. Há dois PLs que versam sobre gratuidade, instrumento de execução de política social. O primeiro, PL 2965/2011, anterior às manifestações de junho/julho deste ano, propõe o Vale Transporte Social, ou a gratuidade para a parcela mais pobre da população. O segundo, PL 248/2013, trata da gratuidade para os estudantes, e foi proposto após as manifestações.

O entendimento do TPU como fundamento da organização social perpassa a proposição da PEC 90/2011, a qual propõe a inclusão do transporte como direito social, alterando o artigo 6º da CF de 1988, que passaria a ter a seguinte redação: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (grifo nosso). Mais que a inclusão do transporte, chama-se a atenção para os impactos de tratar o transporte associado aos demais direitos sociais, um conjunto de elementos fundamentais para a constituição de um modelo de sociedade.

A autora da PEC, deputada federal Luiza Erundina, defende a proposta apontando que o transporte é “vetor de desenvolvimento relacionado à produtividade e à qualidade de vida da população, sobretudo do contingente urbano [...]” e aponta que “[...] a economia de qualquer país fundamenta-se na produção e no consumo de bens e serviços, como também no deslocamento das pessoas, ações que são mediadas pelo transporte” Desta feita, a autora entende que o transporte cumpra função social vital, “[...] uma vez que o maior ou menor acesso aos meios de transporte pode tornar-se determinante à própria emancipação social e ao bem-estar daqueles segmentos que não possuem meios próprios de locomoção”. (Justificação –PEC 90/2011). (ERUNDINA, 2011).

Entende-se assim que a atenção à PEC nº 90/2011 deve ocorrer à luz dos demais PLs em tramitação nas duas casas legislativas. Os debates em torno da PEC, sua aprovação ou rejeição trazem desde já impactos significativos nas demais proposições que versam sobre transporte público, como por exemplo, o acesso universal ao serviço. O que está expresso é o direito social ao transporte, o que o tornaria alvo de políticas públicas específicas, como a potencial criação, por exemplo, de um Sistema de Transporte Público Nacional, nos moldes dos que já existem para saúde e educação. (IPEA, 2013d).

A PEC 90/2011, traz em sua essência o desejo de grande parte da população brasileira, de perceber o investimento realizado pelo ente público a partir da alta tributação existente. Para a efetivação desse direito, bem como da qualificação dos direitos sociais existentes, só é possível com grandes investimentos financeiros, valor esse advindo da tributação em todas as esferas estatais.

5.2 A efetivação de direitos fundamentais

A existência, na sociedade brasileira, de “altos tributos, alto grau de vigilância estatal, alto grau de interdições legais, baixo grau de serviços prestados à coletividade para assegurar-lhe um mínimo de dignidade”, Ribeiro (2006, p. 213-215) propõe uma renovada Filosofia Política para a construção de limites àquela atuação estatal na esfera da liberdade individual, após afirmar: “perdemos grande parte da liberdade individual trocando-a por serviços, por bem estar social, enquanto hoje esse bem-estar nos é subtraído, sem que se nos restitua a liberdade perdida”. A inquietação daquele autor quanto à legitimidade do tributo elevado faz com que ele proponha as seguintes indagações, cujas respostas, segundo ele, a proibição de confisco não é capaz de dar: “até que patamar é lícito ao legislador erguer a carga tributária? Qual é o mínimo de liberdade de que nem sequer a lei pode privar [a pessoa]?” As respostas àquelas indagações existem, devendo ser descortinadas no texto constitucional, pois, a atuação do Estado na esfera da liberdade individual deve estar em conformidade com os princípios informadores da ordem jurídica, concernentes ao modelo de Estado Democrático de Direito, à cidadania e à dignidade humana. É por meio da materialização daqueles princípios, no espaço delimitado pelos direitos fundamentais, que é possível estreimar a zona de atuação estatal.

O relacionamento entre o tributo e a liberdade é dramático, por se afirmar sob o signo da bipolaridade: ao mesmo tempo em que o tributo é garantia da liberdade, possui uma extraordinária aptidão para destruí-la. Quem não é capaz de perceber essa bipolaridade, acaba recusando legitimidade ao próprio tributo. (TORRES, 2005a, p. 05).

Com base nos direitos fundamentais e nas suas garantias de efetivação, pode-se afirmar que é urgente a necessidade de se reestruturar o sistema tributário, em bases arrecadatórias mais justas, com o fim de se eliminar a ingerência tributária ilegítima na esfera da liberdade do cidadão, da mesma forma como é indispensável a aplicação prioritária do dinheiro público no atendimento das carências mínimas relacionadas à vida digna. Não há outra maneira de se atender ao mínimo existencial, senão através do respeito aos seus aspectos negativo e positivo.

Na compreensão negativa do mínimo existencial se caracteriza pela liberdade de ação ou omissão do indivíduo, sem qualquer constrangimento por parte do poder estatal. Traduz-se por meio de imunidades frente à cobrança de tributos, sejam eles impostos, taxas ou contribuições. A imposição por parte do poder público de qualquer ônus no exercício das

liberdades, concernentes ao mínimo existencial, reveste-se de inconstitucionalidade, mesmo que o reconhecimento do direito emane de uma disposição infraconstitucional, pois, o que verdadeiramente caracteriza a imunidade não é a fonte formal e imediata de que promana, mas a circunstância de ser um fundamento pré-constitucional. (TORRES, 2005a, p. 190).

A destituição do mínimo existencial protege o indivíduo em diferentes setores de sua vida, haja vista que seu alcance não se projeta apenas na sua subsistência física, mas possui um alcance ainda maior, o de uma vivência com dignidade, sem obstáculos ao exercício de sua cidadania. As imunidades do mínimo existencial, embora ainda convivendo com algumas violações, estão presentes no acesso à justiça e na defesa de direitos de petição, na atividade privada e gratuita de assistência social e educacional, na pequena propriedade rural, na saúde, na educação, na assistência social pública, na moradia, na renda familiar e na cesta básica de consumo, ou seja, em todas as dimensões dos direitos fundamentais, como abordado no capítulo I.

A seguir, apresentar-se-á um exame de cada uma dessas imunidades relativas ao mínimo existencial. – Quanto ao acesso à justiça e defesa de direitos, as imunidades podem ser encontradas:

- a) quando o cidadão, na defesa de seus direitos, peticiona aos poderes públicos ou quando pretende obter certidões, não se sujeitando a qualquer pagamento de taxas ou outra contraprestação (Lei nº. 9.051/1995);
- b) na ação popular, no habeas corpus e no habeas data, cuja gratuidade decorre da própria lógica dos institutos, já que estes existem para tutelar os direitos fundamentais e interesses difusos, que não devem ficar à mercê da capacidade de pagamento de quem precisa daqueles instrumentos para a proteção contra a violação dos preceitos constitucionais e proteção dos atos necessários ao exercício da cidadania (Lei nº. 9.265/1996);
- c) na obtenção do registro civil de nascimento e da certidão de óbito (Lei nº. 6.515/1973), para os reconhecidamente pobres, na forma da lei;
- d) no acesso à justiça, bastando para tanto uma declaração do interessado, no sentido de ser pobre no sentido legal. Nesse caso, a imunidade protege o cidadão contra a cobrança de taxa judiciária, custas, emolumentos, despesas com publicações, honorários de advogado e peritos, bem como as despesas decorrentes da realização do exame de código genético (DNA), que for requisitado pela autoridade judiciária, nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. Pobre, no sentido legal, é todo aquele cuja situação econômica não lhe permite pagar as custas do processo e

os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, nos termos definidos pela Lei nº 1.060/1950, com alterações posteriores.

Referente ao trabalho de assistência social e educacional, a imunidade do mínimo existencial protege as entidades filantrópicas⁵⁴ que cuidam da educação e assistência aos pobres, sem fins lucrativos, contra a cobrança de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços relacionados com as suas finalidades essenciais, nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea “c” do texto constitucional, que remete aos requisitos previstos em lei. Conforme ensina Torres (2005a, p. 267), essa imunidade visa à proteção dos direitos da liberdade, nas condições iniciais para a garantia da igualdade de chances, cuja justificativa se encontra na impossibilidade de se cobrar imposto sobre atividade que, substancialmente, se equipara ou substitui a própria ação estatal.

A imunidade referente às pequenas glebas rurais, protege o proprietário contra o imposto incidente sobre o patrimônio, desde que as explore só ou com sua família e não possua outro imóvel. O artigo 153, §4º, inciso II, do texto constitucional, relegou à lei a definição dos aspectos quantitativos da imunidade (TORRES, 2005a, p. 197). Por sua vez, a Lei Federal nº. 9.393/96 tratou de fixar os limites para o que considera pequenas glebas rurais, usando do critério da localização.

Quanto à saúde, a questão não é de fácil deslinde, pois, pressupondo que o mínimo existencial traz consigo a característica de direito subjetivo, pairam dúvidas sobre qual a medida da prestação a ser exigida do Estado, ou melhor, quais são as prestações que compõem o mínimo existencial. Torres (2005a, p. 197) defende que a Constituição da República Brasileira distinguiu entre as prestações que constituem o mínimo existencial (medicina preventiva) das que poderiam ser custeadas por contribuições (medicina curativa). Estas últimas são classificadas por ele como vinculativas dos direitos sociais, relacionadas ao status *positivus socialis* e, portanto, sujeitas à reserva do possível. Para o autor, a medicina curativa e o atendimento nos hospitais públicos deveriam ser remunerados pelo pagamento das contribuições ao sistema de seguridade, exceto quando se tratasse de indigentes e pobres, que têm direito ao mínimo de saúde sem qualquer contraprestação financeira, por se tratar de interesses fundamentais. Não há como discordar da posição do autor, quando reconhece a gratuidade da medicina preventiva, que gera o direito ao atendimento integral, relacionado com as campanhas de vacinação, erradicação das doenças endêmicas e epidemias. Trata-se,

⁵⁴ As Entidades Filantrópicas são regidas pela lei 12.101/09 com significativas alterações efetivas através da Lei 12.868/13.

assim, de obrigações básicas do Estado no sentido da garantia da saúde pública, a fim de se evitar a disseminação de doenças, pois, exigir do cidadão qualquer ônus, em contraprestação à medicina preventiva, seria condenar toda a população à sua própria sorte.

Por outro lado, no que se refere à medicina curativa, a questão deve ser vista com temperamentos. O objeto do presente estudo, mais uma vez se reforça, refere-se ao mínimo existencial, ou seja, à parcela da vida humana diretamente relacionada com as suas condições mínimas de existência digna. A questão da saúde confunde-se com a própria vida, a indicar que uma é indissociável da outra. As condições mínimas para se ter saúde são inerentes a qualquer indivíduo, seja rico, pobre ou indigente. Por essa razão, ousa-se discordar de Torres (2005a, p. 198), no ponto em que nega a universalidade do sistema único de saúde, para, lado outro, concordar com os termos da Lei nº. 8.080/90, que estendeu a gratuidade do serviço a quem dele necessitar.

Pois bem, até aqui, o ponto que identifica quais as prestações de saúde que são obrigatórias para o Estado e, assim, passíveis de reconhecimento judicial, continua obscuro. Apenas se pode afirmar com certeza é que, no que tange ao mínimo existencial, a exigibilidade da prestação estatal gratuita de serviços de saúde subsiste, podendo e devendo o Poder Judiciário garantir a sua efetividade.

Quanto à educação, a imunidade do mínimo existencial não oferece controvérsias, tendo em vista que o texto constitucional contemplou, de forma literal, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (artigo 206, inciso IV) e estabelecendo a obrigatoriedade e, novamente, a gratuidade do ensino fundamental, inclusive para quem não teve acesso a ele na idade própria (artigo 208, inciso I). Ademais, a identificação da característica de direito subjetivo ao ensino obrigatório e gratuito não exige esforço interpretativo, haja vista a existência de expressa previsão no texto constitucional. (artigo 208).

No tocante à assistência social, será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. Essa gratuidade também está literalmente expressa no texto da Carta Constitucional (artigo 203, caput). Por assistência social entende-se como: a política voltada para a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a integração no mercado de trabalho; a reabilitação e integração de pessoas portadoras de deficiências, conforme referido anteriormente. (BRASIL, 1988).

Quanto à moradia, a imunidade do mínimo existencial está relacionada à incidência do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU, de competência dos municípios. De dicção constitucional implícita, efetivam-se por meio de isenções legais, através de requisitos fixados

para a identificação da incapacidade contributiva do cidadão, tais como a faixa de renda e idade do proprietário, as características do imóvel, a destinação de seu uso e sua localização, entre outras opções do legislador. Relativamente aos pobres e indigentes, a moradia exhibe o *status positivus*.

Para aqueles que temem que uma perda de arrecadação possa produzir efeitos contrários aos objetivos da medida exonerativa da cesta básica, o princípio da essencialidade dos produtos daria uma resposta positiva, no sentido de se compensar aquela perda, com uma elevação da carga tributária sobre os produtos considerados supérfluos, tais como bebidas, cigarros, entre outros. Ademais, a experiência de outros países demonstra que uma tributação mais tímida, relativamente ao consumo, reflete o desenvolvimento da sociedade, porque estimula o crescimento do país, desconcentra a sua renda e promove a justiça social.

As condições para uma vida digna, conforme exaustivamente já se referiu, dependem, de um lado, do respeito à liberdade individual que caracteriza o *status negativus*, e, de outro, das prestações estatais necessárias para garantir ao indivíduo uma existência sem privações em suas necessidades materiais de existência. É bom que se esclareça, que o modelo de Estado Democrático de Direito não se realiza somente por meio de um assistencialismo estatal, próprio do Estado Social, mas, o seu ideal é o de estabelecer o equilíbrio entre a intervenção estatal e a autonomia da liberdade individual.

A partir disso, não se defende, em nome daquele modelo, que o Estado deve substituir o esforço de cada indivíduo na obtenção dos recursos necessários a uma vida digna. O que precisa ficar claro é que o Estado tem a obrigação de garantir as condições materiais mínimas para que o indivíduo possa exercer as suas liberdades, garantindo saúde, educação, assistência social, segurança, criando oportunidades de trabalho e promovendo a justiça social. Adverte Amartya Sen (2000, p. 66): a qualidade de vida pode ser em muito melhorada, a despeito dos baixos níveis de renda, mediante um programa adequado de serviços sociais, pois, o fato de a educação e a saúde, também, serem fatores que conduzem ao crescimento econômico, corrobora o argumento, segundo o qual deve dar-se mais ênfase a esses serviços aos pobres, “sem ter de esperar ‘ficar rico’ primeiro”.

A proteção positiva do mínimo existencial realiza-se por meio da entrega estatal de serviços de acesso à justiça, à saúde, à educação fundamental e à assistência social, os quais Barcellos (2002) identifica como sendo as modalidades de eficácia jurídica do princípio da dignidade. – Quanto ao acesso à justiça, já se verificou o seu aspecto negativo de contraprestação do serviço, por meio da gratuidade das taxas, emolumentos, etc. Os direitos

fundamentais positivados não são a garantia do cumprimento do mínimo existencial, a universalização do acesso aos serviços é de fundamental relevância.

5.3 A garantia de acesso ao mínimo existencial e o papel das ações coletivas na implementação dos pressupostos para cooperação democrática

O acesso aos serviços de saúde, educação, assistencial social e outros, é fundamental para a concretização do mínimo existencial. Uma vez não garantidos através de políticas públicas e programas formatados pelo ente estatal, outros mecanismo devem ser acionados, como o poder judiciário. A mera previsão constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direitos (artigo 5º, XXXV) não conduz por si mesma o cidadão às portas do Judiciário. O acesso à prestação judicial é mais do que isso, pois é dever do Estado proporcionar ao indivíduo o patrocínio da sua pretensão de direito subjetivo, através de quem possui o *jus postulandi*, o advogado. Para isso, a Constituição consagrou a institucionalização da Defensoria Pública, além dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, esses últimos com a função de dar celeridade e economia à prestação jurisdicional. Para as localidades onde não há a presença do defensor público, a carência pode ser suprida pela nomeação de advogado dativo, nos termos da Lei nº. 8.906/94, que trata do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Quanto à saúde, não pairam dúvidas quanto à sua indissociabilidade com a vida. Não há controvérsias sobre isso, mas as medidas de prestações a serem exigidas do Estado, de forma direta ou através do custeio do dinheiro público, é tormentosa. Sabe-se que a realização do mínimo existencial independe da norma programática, porque, axiologicamente, vincula-se aos direitos humanos, advém do princípio da dignidade da pessoa. A problemática reside na identificação de quais prestações relativas à saúde compõem o mínimo existencial e conferem ao indivíduo um direito subjetivo à sua realização.

Na compreensão de Ana Paula de Barcellos (2002, p. 280) para elucidar a problemática, há dois parâmetros que seriam capazes de diferenciar as prestações de saúde, a fim de identificar aquelas que possuem eficácia jurídica positiva e, assim, passíveis de serem exigidas em juízo. O primeiro parâmetro refere-se à relação entre o custo da prestação de saúde e o benefício que ela proporcionará para o maior número de pessoas, numa visão utilitarista criticada por Rawls, de que o sacrifício de alguns é justificado por um benefício maior para a maioria.

O parâmetro proposto não é factível para concretizar a ideia de igualdade entre todos. Por isso, Ana Paula de Barcellos (2002, p. 230) propõe um segundo parâmetro, que sanaria parcialmente os vícios do primeiro, através do qual, se propugna pela inclusão prioritária no mínimo existencial das prestações de saúde indispensáveis a todos os indivíduos, tais como: saneamento básico; atendimento no parto e acompanhamento da criança no pós-natal; o atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiológica, ginecológica, etc.; o acompanhamento das doenças típicas da terceira idade. Para Barcellos, há uma lógica nesse segundo critério que é a de assegurar que todos tenham direito subjetivo a um conjunto comum e básico de prestações de saúde, podendo ser exigido, judicialmente, em caso de não ter sido prestado voluntariamente pelo poder público. Esse parâmetro, além disso, coaduna com as prioridades estabelecidas pela Constituição da República para a saúde, quais sejam: prestação do serviço de saneamento (artigo 23, IX, 198, II, e 200, IV); atendimento materno-infantil (artigo 227, I); ações de medicina preventiva (artigo 198, II); e, ações de prevenção epidemiológica (artigo 200, II). Além da medicina preventiva, é dever do Estado proporcionar ao indivíduo as condições necessárias para manter uma vida com saúde e dignidade.

Notório o raciocínio de que um reducionismo, na abrangência das prestações necessárias à preservação de um mínimo existencial, não oferece resposta plausível à emblemática questão da medida dos direitos exigíveis em cumprimento pelo Estado. Em alguns casos, conforme obtempera Sarlet (2012, p. 322), denegar os serviços essenciais de saúde equipara-se à aplicação de uma pena de morte para alguém, cujo crime é o de não ter condições de obter o atendimento necessário com seus próprios recursos.

Entre duas perspectivas de valores, a primeira, que consagra a estrutura programática dos direitos sociais, lugar onde, para alguns, reside a medicina curativa, e, a segunda, que reconhece a jusfundamentalidade do direito à saúde, em todos os seus aspectos, cabe a medida da ponderação, realizada através de um esforço exegético do magistrado que, invariavelmente, deverá conduzir-se da forma que melhor atenda ao fundamento da dignidade da pessoa humana. No que se refere ao respeito ao mínimo existencial, a fotografia da realidade brasileira, aqui trazida à colação, revela que, também, no campo da saúde, as condições materiais mínimas para uma vida digna não têm alcançado boa parte da população. Embora os indicadores para a saúde tenham demonstrado alguma redução, como, por exemplo, a mortalidade infantil, há um grande número de mortes de mulheres que seriam evitadas, se houvesse acesso a serviços de saúde de qualidade, como assistência à gravidez, parto ou puerpério.

O direito social referente à educação, o *status positivus libertatis* confere ao cidadão o direito subjetivo à educação fundamental, na conformidade do que consta expressamente do texto constitucional. Atualmente, o ensino fundamental obrigatório possui duração de nove anos, iniciando-se aos seis anos de idade.

O tema da educação básica envolve os processos formativos do cidadão, que se desenvolvem na convivência da vida social, familiar e do trabalho. Da educação depende o desenvolvimento de um país. É no exercício da cidadania consciente que se pode avançar na promoção de uma sociedade justa e igualitária. Os indicadores do radar social do IPEA, aqui parcialmente reproduzidos, trouxeram notícias de uma baixa escolaridade média, falta de qualidade da educação básica e um número elevado de analfabetos, entre outros índices alarmantes. Fácil concluir que as condições educacionais de vida digna ainda não se concretizaram para uma parcela da população brasileira. A universalização do acesso existe, porém a baixa escolaridade é fator de desigualdade social, não favorecendo a igualdade de condições para a concretização na cooperação da democracia deliberativa.

Quanto à assistência àqueles que dela necessitam, a questão não enfrenta menos problemas do que o tema da saúde. O que se pode exigir de prestação estatal em termos de assistência para manutenção das condições mínimas de vida digna? E de que forma o Estado atuaria no cumprimento de seu mister? Todas essas indagações já partem do pressuposto de que se está a falar da medida do mínimo existencial e não da realização maximizada dos direitos sociais amplamente previstos pela Constituição da República. Barcellos (2002) sustenta que, fora as previsões já institucionalizadas pelo texto constitucional (artigo 203, V), como fornecimento mensal de um salário mínimo para o idoso e o portador de deficiência, que não têm condições de prover à própria manutenção, o conteúdo da assistência aos desamparados é compreendido pelas condições mais elementares à subsistência humana: alimentação, vestuário e abrigo. Reconhece a autora que, sob qualquer forma que a inteligência política possa imaginar, é vital que os desamparados tenham onde obter socorro, seja através da prestação direta pelo Estado, seja de conveniados do Poder Público, de vales, possuindo papel relevante o Ministério Público na defesa dos interesses difusos, porque difícil imaginar alguém, que em total condição de desamparo, possa vir a pleitear o reconhecimento jurisdicional de um seu direito subjetivo.

No plano jurídico, após a Carta de 1988, a assistência social passou a deter um novo conceito, deixou de ser uma mera dádiva ou benevolência, para se tornar um instrumento de promoção da igualdade e inclusão social. Contando com sua Lei Orgânica (Lei nº. 8.742/93), a assistência social está voltada para uma política de proteção à família, à maternidade, à

infância, à adolescência, à velhice, aos portadores de deficiências, aos desamparados, enfim, a quem dela necessitar. Como política não contributiva, a assistência social se realiza por meio de ações integradas de iniciativa pública, mas que podem contar com a participação da iniciativa privada, pautando-se pelo princípio da universalidade da cobertura e do atendimento. Não falta amparo constitucional e legal para que o Poder Público realize as políticas de assistência. O sucesso das medidas passa pela eleição, em local e tempo certos, de programas emergenciais, temporários ou contínuos, focalizados nas situações de carência e vulnerabilidade.

A Ação Civil Pública é um instrumento judicial adequado para impulsionar a Administração Pública a executar políticas públicas que concretizam os direitos sociais fundamentais. As ações coletivas podem ser concebidas como um instrumento de participação da sociedade face à Administração Pública, incrementando a ideia de democracia deliberativa. Tal trajetória democrática seria diversa daquela estabelecida no processo político majoritário e na Administração Pública, mas não deixa de se configurar como um caminho de participação democrática. Nesse sentido, assumiu especial relevância decisão prolatada pela Justiça Federal de Minas Gerais que julgou procedente Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da União, condenando-a a pagar mais de trezentos milhões de reais em concretização aos artigos 198 §2, incisos I e II e 160 da Constituição Federal. A discricionariedade da Administração Pública de controle das finanças públicas encontra limites no próprio texto constitucional, uma vez que a Constituição estabelece quanto deve ser gasto em saúde. Uma vez que as normas orçamentárias também decorrem do texto constitucional, o Poder Executivo está vinculado a este. Através de pequeno trecho da sentença, assim está disposta a questão:

Pois bem, analisando cada qual destas despesas apontadas pelo Ministério Público Federal, confirmados pelo próprio tribunal de contas do Estado de Minas Gerais, como se viu após descrição detalhada feita acima, tenho em primeiro lugar, como realmente irregular a distinção de verbas vinculadas as despesas com ações e serviços públicos de saúde à Polícia Militar do Estado de Minas Gerais – CBMMG, Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais e Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais – IPSMMG já que são órgãos que atendem ao que se chama de “clientela fechada” e não a generalidade da população, afetando diretamente o princípio da universalidade previsto nos artigos 194 parágrafo único, I, 196 e 198, II, da CF/88 e repetidos pelo art. 186 da Constituição mineira.

A assistência a saúde oferecida pela PMMG e CBMMG destina-se apenas aos que participam diretamente do custeio dos serviços que presta, ou seja, servidores militares e seus dependentes. Com o IPSEMG e IPSMMG ocorre a mesma situação pois tem estes institutos por finalidade prestar assistência

previdenciária, médica, hospitalar, farmacêutica, odontológica e complementar apenas a seus beneficiários (e dependentes)-servidores públicos estaduais civis e militar, respectivamente que contribuem diretamente com o custeio dos serviços que lhe são prestados.

Em razão da consagração do direito constitucional à saúde (art. 6º da CF/88), compete a União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23,II da CF/88), garantindo-se universalidade na cobertura e no atendimento (art. 194, parágrafo único, I, 196 e 198, II, da CF/88). Sendo a saúde direito de todos, a universalidade da cobertura e do atendimento é dever do ente público competente, que não pode se furtar de cumpri-la: friso uma vez mais neste auto que é dever do estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamenta e está consagrado nos arts. 6º e 196, da CF/88, não requerendo nenhum requisito para sua fruição.

A universalidade quer significar, portanto, que as políticas públicas de saúde devem exprimir acesso para qualquer ser humano, independente de raça, cor, credo religião, etc., seja, todo e qualquer cidadão tem o direito à saúde justamente por ser cidadão com direitos fundamentais inerentes a sua pessoa. Assim, a conclusão autorizada pela leitura atenta dos mencionados dispositivos constitucionais é aquela segundo a qual a responsabilidade do Estado se estende para as demandas apresentadas por qualquer pessoa, esteja ela contribuindo ou não, de alguma maneira, para o sistema de Seguridade, já que o Sistema Único de Saúde – SUS é financiado com recursos do orçamento da Seguridade Social, da União Federal, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Não podem ser consideradas como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas que não se destinem aos usuários do Sistema Único de Saúde- SUS, ou seja, a chamada assistência à saúde de “clientela fechada”, por não atender ao princípio da universalidade , tal como ocorre com institutos de previdência e assistência ou plano de saúde de servidores públicos, hospitais do corpo de bombeiros ou de polícia militar, etc.

Neste particular não há sequer, discussão a respeito da imprescindibilidade ou não de se regular o assunto por lei complementar, posto que há afronta direta a expressa determinação constitucional, como visto.

Também verifico, da análise do Parecer Técnico-Contábil elaborado pelo Centro de Apoio Operacional à Execução do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (fls 231/236), que no orçamento do Estado de Minas Gerais no exercício de 2004 ter sido apurado que foram alocadas como despesas em saúde pública, pagamento de precatórios e sentenças judiciais relativos a fundação Ezequiel Dias – FUNED, Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais – FHEMIG, fundação centro de Hematologia e Hemoterapia Minas Gerais – HEMOMINAS e Instituto Mineiro de Agropecuária IMA, [...] (BRASIL, 2007).

Diante do exposto, depreende-se que a demanda em apreço constitui-se uma das modalidades de controle, em que o Poder Judiciário pode intervir e redirecionar recursos que possuem a finalidade de garantir determinado direito social, neste caso a saúde, mas foram aplicados sem a observância da universalização de acesso. A sentença refere que o orçamento público, mesmo sendo discricionário, está sujeito a princípios e normas constitucionais

salvaguardando direitos sociais nos quais o Poder Executivo é obrigado a prever e garantir recursos, bem como aplica-los corretamente.

A discricionariedade do poder público determina, por exemplo, o número “x” de funcionários que um hospital, uma escola, necessita a fim de atender a demanda e prever recursos para a sua execução. A priori é o Estado através de seus administradores que tem o conhecimento das deficiências e necessidades que cada direito social enfrenta, a fim de prever o necessários para a efetivação do mínimo existencial ao cidadão. Como demonstrado no presente estudo, há necessidade de maior investimento de recursos para atender e qualificar os serviços inerentes aos direito sociais. Entretanto, o Poder Judiciário, impulsionado através da Ação Civil Pública, motivada pelo descumprimento no atendimento por parte do Poder Executivo, determina através de sentença, que o Estado providencie o necessário para atender os direitos violados, como dispõe a CF.

É incontestável que as ações coletivas alcançam melhores resultados, pois não visam beneficiar somente um individuo, mas um grupo, uma coletividade. A Ação Civil Pública permite uma maior participação da sociedade, na medida em que, o acesso do cidadão ao Ministério Público é feito por simples denúncias, onde há investigação do caso, e atuação judicial.

Por fim, registre-se que, tanto em sua face negativa, como positiva, o mínimo existencial reclama concretização. Embora o foco dessas linhas tenham sido as ações do Poder Público, enquanto houver pobreza e indigência, é do esforço da sociedade e de cada cidadão que depende a mudança para a efetivação das condições de vida digna. Não somente das políticas públicas sobrevive uma nação, mas da consciência do seu povo, da sua mobilização e do exercício de sua cidadania solidária. A garantia aos direitos fundamentais sociais não pode ser efetivada tão somente pelo ente público, necessita da participação cidadã e da sociedade civil organizada.

5.3.1 Parâmetros para o controle judicial das políticas públicas que versam sobre direitos sociais componentes do Mínimo Existencial

As políticas públicas são mecanismos pelos quais os objetivos constitucionais podem ser concretizados de forma sistemática e ampla, mas dizem respeito a recursos públicos, que, por sua vez, são escassos. Segundo APPIO (2012, p. 143-144), as políticas públicas consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, “consoante limitações

e imposições previstas na própria Constituição, visando a assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico.” Antigamente, havia uma tendência da doutrina a jurisprudência em não admitir qualquer possibilidade de controle judicial de políticas públicas que violasse a separação de poderes e a discricionariedade dos atos administrativos. Atualmente, a questão é polêmica, suscitando uma série de debates na doutrina nacional.

Para APPIO (2012, p. 148), “a substituição da atividade legislativa - seja em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou em sede de ação civil pública - acabaria por substituir um espaço destinado à discricionariedade legislativa, com verdadeira subversão das funções desempenhadas pelo Poder Judiciário.” O autor enfatiza, entretanto, que a separação de poderes não veda excepcionalmente o exercício de uma determinada função por órgão não especializado, desde que compatível com sua atividade-fim.

O autor sublinha que a intervenção do Poder judiciário na atividade administrativa ou legislativa não seria ilegítima quando não existe reserva absoluta de lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função. (APPIO, 2012, p. 150). De acordo com Appio (2012), os efeitos da incorporação de um modelo ilimitado de controle judicial de políticas públicas versando sobre direitos sociais seria ilegítimo na medida em que:

(1) o administrador público (Executivo) e o legislador foram eleitos através do sufrágio universal para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas sociais e econômicas. Ademais, (2) o Judiciário não possui aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade-fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais poderes e não sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social, executando-a consoante critérios políticos, gozando de discricionariedade, existindo verdadeira ‘reserva de administração’. A discricionariedade do Administrador não pode ser substituída pela do Juiz. Ainda (4) com a indevida substituição, a tendência natural seria a de um grande desgaste do Judiciário, enquanto poder político, na medida em que teria que suportar as críticas decorrentes da adoção de medidas equivocadas e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais Poderes. Portanto, o Poder Judiciário, como responsável pela fiscalização dos demais poderes exercentes das funções de governo, não pode substituir esta atividade, a título de fiscalizar sua escorregada execução, sob pena de autorizar a intervenção dos Poderes Legislativo e Executivo na atividade judicial. Finalmente, (6) a invasão da atividade de governo representaria uma autorização para um maior controle político do próprio Poder Judiciário, abrindo-se a possibilidade da interferência direta nas funções judiciais,

através de leis aprovadas pelo Congresso que disponham sobre casos julgados ou ainda pela intervenção política do Executivo na escolha dos membros do Supremo Tribunal (APPIO, 2012, p. 151-152).

O autor propõe uma diferenciação entre o caso no qual o direito subjetivo está previsto de forma vaga, exigindo um ato de vontade da Administração das hipóteses nas quais a norma que estabelece o direito social possui um elevado grau de concretização, como no caso do ensino fundamental obrigatório e gratuito prevista no artigo 208, I da Constituição Federal (BRASIL, 1988), legitimando a tutela judicial direta.

No entanto, a evolução e os desafios do constitucionalismo contemporâneo passaram a exigir um redimensionamento de tal perspectiva, passando a incorporar em certas hipóteses a admissibilidade de análise do mérito do ato administrativo a partir da doutrina dos “motivos determinantes do ato administrativo.”

Ademais, nas sociedades contemporâneas, a vida tornou-se mais complexa e dinâmica, evoluindo para uma contínua problematização pela sociedade em relação a políticas públicas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, de forma que o Judiciário passou a ser constantemente acionado para se pronunciar sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais. A ideia de separação de poderes passou a adquirir novos contornos a partir da necessidade de concretização dos direitos sociais, tornando necessário um Poder Judiciário mais atuante no sentido de controlar políticas públicas em determinadas hipóteses.

Defendemos que a competência para estabelecer e definir políticas públicas são do Executivo e Legislativo. No entanto, admite-se o controle judicial a partir de alguns critérios relevantes que devem ser levados em consideração pelo Poder Judiciário. É possível o controle do mérito administrativo com base nos princípios da proteção deficitária e da vedação do retrocesso face a prestações relacionadas ao Mínimo Existencial. Segundo Felipe de Melo Fonte (2013), o princípio da proteção deficitária, embora pouco debatido na doutrina brasileira, é um critério que fundamentou o posicionamento adotado pelo STF no julgamento da ADPF n. 45, ainda que de forma não explícita. Nesse ponto, é oportuno transcrever as palavras do Ministro Celso de Mello em decisão monocrática no julgamento da referida ADPF:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE

ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: '2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza'. O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

[...]

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere ou non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

[...]

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a

integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

[...]

Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais'. (BRASIL, 2006).

De acordo com o Ministro Celso de Mello, cabe ao Poder Judiciário realizar o controle de políticas públicas nas hipóteses destas serem definidas pela Constituição e houver omissão dos órgãos estatais, comprometendo “a eficácia e integridade de direitos sociais culturais impregnados de estatura constitucional” (BRASIL, 2006). Assim, para o STF, em relação a determinadas políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais, é inadmissível a omissão ou prestação deficiente, configurando-se hipótese de inconstitucionalidade.

O Estado tem o dever primário de resguardar direitos fundamentais através de previsões legais e ações administrativas efetivas. Para FONTE (2013), “onde puder ser reconhecido um dever estatal de proteção específico, também será necessário cogitar-se a respeito da efetividade com que o Estado se desincumbiu deste ônus, incidindo aí o controle judicial”. Portanto, embora seja papel do Legislativo e Executivo a escolha dos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais, tal função não é imune ao controle judicial de constitucionalidade, devendo analisar se o dever de proteção foi efetivamente cumprido.

Assim, o Estado tem o dever de não criar obstáculos ao exercício dos direitos sociais fundamentais. O ente estatal protege o direito à saúde quando o Imposto de Renda deixa de incidir sobre rendimentos de pessoas portadoras de doenças graves, nos termos do art. 6º, XIV da Lei 7.713 de 1998 (BRASIL, 1998). A vedação da proteção deficitária pode estabelecer

critérios de efetividade para as políticas públicas. Segundo FONTE (2013, p. 228), alguns indicadores podem ajudar nessa tarefa:

(i) no plano legislativo, quando a lei estabelece padrões de qualidade ou metas específicas, ainda que inicialmente direcionada aos atores privados, como é o caso da cobertura mínima obrigatória para os planos de saúde ou as exigências básicas estruturais para o funcionamento de unidades hospitalares e escolas privadas; (ii) no plano administrativo, quando a própria Administração estipula padrões mínimos para si, por meio de normas administrativas, também é o caso de tê-la por autovinculada (e.g., por decreto a Administração fixa determinado número mínimo de médicos ortopedistas para atendimento regular em uma unidade hospitalar; o mesmo quanto ao número de professores em determinada escola pública).

Nesse sentido, trazemos à baila o exemplo que ocorreu no Rio de Janeiro, quando uma liminar em Ação civil pública foi deferida pelo Juízo da Vara da Infância e Adolescência da Comarca de Queimados, condenando o Estado a contratar professores para o ensino fundamental visando suprir a insuficiência das turmas nas escolas públicas estaduais da região.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. VERBETE N. 59 DA SÚMULA DESTA TRIBUNAL. CONTRATAÇÃO DE PROFESSORES. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. [...] Direito à educação, erigido diretamente da Constituição Federal, que impõe a contratação de professores a fim de suprir a carência de material humano que acomete a rede de ensino fundamental e, indiretamente, obstaculiza a fruição do direito subjetivo fundamental. Desnecessidade de interposição legislativa. inteligência dos arts. 5º § 1º e 2º, 6º, 205 e 208, inciso I e §1º, da Lei Maior. Aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, que não se compadece com a alegação de ausência de fonte de custeio. A reserva do possível não pode servir de escusa ao descumprimento de mandamento fundado em sede constitucional, notadamente quando acarretar a supressão de direitos fundamentais, em atenção ao mínimo existencial e ao postulado da dignidade da pessoa humana. (RIO DE JANEIRO, 2008).

Se o ensino fundamental enquanto componente do mínimo existencial é objeto de proteção pelo texto constitucional, a ausência de professores para disciplinas específicas importa em violação da Constituição. A simples existência da escola e possibilidade de matrícula do aluno não atinge a finalidade constitucional em toda sua plenitude, porquanto o objetivo é possibilitar que as crianças tenham acesso ao conhecimento. (FONTE, 2013, p. 229).

O segundo critério que deve ser analisado no controle de políticas públicas é o princípio da vedação do retrocesso. Esse não se encontra consagrado na jurisprudência brasileira, mas tem sido objeto de discussão na doutrina. Uma vez editada a concretização legislativa para dar eficácia às normas constitucionais de direitos sociais fundamentais, seria inadmissível a supressão legislativa sem a justificativa necessária. Nas palavras de Fonte (2013, p. 240), “o princípio da efetividade da Constituição impõe à Administração Pública o dever de maximização e manutenção da efetividade constitucional já conquistada.”

Ingo Sarlet (2012), Ana Paula de Barcellos (2005) e Luis Roberto Barroso (2005) sustentam a incidência direta e abrangente da vedação do retrocesso aos princípios que tratam dos direitos fundamentais à luz do art. 5º § 1º da Constituição Federal. Para BARROSO e BARCELLOS (2005, p. 44), a vedação do retrocesso é “uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais.” Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2012), a vedação do retrocesso encontra fundamento nos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança legítima e dignidade da pessoa humana.

Felipe de Melo Fonte (2013, p. 240) introduz o seguinte exemplo: a Administração Pública de um município hipotético decide fechar sem qualquer justificativa, a única escola primária do Município sem providenciar alternativa aos estudantes da região, como transporte para demais escolas ou bolsas em escolas privadas. Se a educação fundamental integra o Mínimo Existencial, não podendo ser desconsiderado pela Administração, é possível o controle judicial determinando que a escola seja mantida em funcionamento até que a Administração providencie escolha alternativa para o adimplemento do direito subjetivo público.

Existem dois modelos de controle judicial de políticas públicas: o forte e o brando. Nas palavras de Felipe de Melo Fonte, “o modelo forte de intervenção de políticas públicas impõe a redução da discricionariedade administrativa a zero” (FONTE, 2013, p. 305), sendo suscetível a críticas relativas ao ativismo judicial. Nesse tipo de controle, “o Poder Judiciário esgota o trabalho interpretativo, apontando no caso concreto qual é ou era a conduta devida pelo poder público, condenando-o a realizá-la ou substituindo a obrigação de fazer por pecúnia”. (FONTE, 2013, p. 305).

Segundo o autor, a intervenção judicial forte restringe-se aos casos relativos a políticas públicas vinculadas ao Mínimo Existencial, atribuindo ao controle brando às políticas públicas relacionadas à concretização de direitos sociais não fundamentais. O primeiro exemplo do modelo forte de controle judicial em políticas públicas é a garantia do direito subjetivo à prestação *in natura*. Os Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça firmaram

jurisprudência no sentido de garantir um direito subjetivo público a prestações relativas à saúde e manutenção da vida, nos termos do art. 193, caput, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), cabendo ao autor comprovar ser carente de recursos à aquisição dos medicamentos.

O segundo exemplo do modelo forte surge quando o orçamento público encontra-se viciado de inconstitucionalidade, distribuindo recursos sem consideração ao Mínimo Existencial ou não sendo isonômico ou eficiente (Fonte, 2013, p. 307). O STF já garantiu direitos a assistência judicial integral e gratuita, afastando limitações orçamentárias. Tratava-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Mato Grosso desafiando decisão que estabeleceu o custeio de perícia de DNA, tendo como relator o Ministro Néri da Silveira. É oportuno trazer à baila o conteúdo final do acórdão, estabelecendo o custeio da perícia:

Recurso Extraordinário. Investigação de paternidade. 2. Acórdão que assentou caber ao Estado o custeio do exame pericial de DNA para os beneficiários da assistência judiciária gratuita. Autoexecutoriedade do art. 5º, LXXIV da CF| 88. 3. Alegação de ofensa aos arts. 5, II, LIV e LV; 24; 25 a 28; 100 e 165 da CF. 4. Acórdão que decidiu de forma adequada, em termos de emprestar ampla eficácia à regra fundamental em foco. Inexistência de conflito com o art. 100 e parágrafos da Constituição. Inexiste ofensa direta aos dispositivos apontados no apelo extremo. 5. Recurso Extraordinário não conhecido. (BRASIL, 2002).

Portanto, de acordo com Fonte (2013, p. 309), é possível afastar a regra do artigo 167, II, inclusive por meio de um enquadramento a posteriori no qual “a despesa foi realizada sem que houvesse a devida previsão orçamentária”. O autor conclui que cabe ao Poder Legislativo “sanar essa omissão mediante a abertura de créditos suplementares, modalidade de crédito adicional constitucionalmente disciplinada, os quais se destinam precisamente a cobrir despesas não previstas inicialmente e não submetidas ao regime de precatório”. (FONTE, 2013, p. 309).

Por fim, o último mecanismo de controle de políticas públicas para dar efetividade ao mínimo existencial é o bloqueio de verbas públicas pelo Poder Judiciário. Os Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça já consolidaram entendimento pela possibilidade jurídica do bloqueio de verbas públicas para dar efetividade a decisões judiciais atinentes a entrega de medicamentos na hipótese de inadimplemento pela Administração Pública.

Assim, geralmente os juízes concedem antecipação de tutela para que a Administração Pública entregue remédios específicos. Na hipótese de descumprimento da obrigação, os juízes determinam o bloqueio de verbas públicas para aquisição do medicamento, cabendo ao

interessado prestar contas nos autos. No entendimento de Fonte (2013), trata-se de medida coercitiva que visa ao adimplemento de decisão judicial descumprida. Porém, segundo o autor, “o Poder Judiciário apenas deve realizar este procedimento como último recurso, para o qual também deve estar clara a existência de *periculum in mora* e comportamento procrastinatório do ente público, caracterizado normalmente pela ausência de resposta à solicitação judicial”. (FONTE, 2013, p. 312).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao findar o presente estudo acerca dos direitos fundamentais, dos direitos sociais, das formas de democracia e do mínimo existencial, depreendem-se conclusões mais significativas em nível teórico. O objetivo principal foi de investigar os direitos fundamentais sociais atuais, bem como a recomendação de novos direitos para a garantia do mínimo existencial. Chega-se a um nível de aprofundamento satisfatório, haja vista as múltiplas variáveis que existem, devido à complexidade do Estado brasileiro.

É relevante frisar que a pesquisa, mesmo sendo tão somente teórica, não considerou a existência de um sujeito abstrato, mas sim de um sujeito de carne e osso, que sente a dor da ausência de condições materiais para a vida digna. Focamos o ser humano em primeiro lugar como corporalidade, como ser vivo e, por isso, vulnerável e impregnado de necessidades diversas, como alimento, saúde, educação, moradia, mobilidade e outros. Enfim, o objeto do estudo foi o ser humano em sua integralidade, nos níveis físico, espiritual e cultural.

A principal conclusão é que a garantia de inclusão de novos direitos sociais somente ocorre através da democracia deliberativa, defendida por Claudio Pereira de Souza Neto (2006), e que, por ora, a mobilidade urbana via transporte coletivo gratuito é o direito que mais emana sua inclusão no rol do art. 6º da CF, bem como a sua efetivação na sociedade brasileira através de diversas estratégias. Os direitos sociais já consagrados e com acesso universalizado a todo o cidadão, como educação, saúde, moradia e outros, no geral enfrentam dificuldades, uma qualidade satisfatória no serviço ofertado, tendo em vista que os dados consolidados através do IPEA demonstram que ainda há muito por fazer, como a erradicação do analfabetismo e o aumento na qualidade de todos os serviços prestados, pois a universalização do acesso não é sinônimo de eficiência.

O mínimo existencial sofre mutações conforme o momento histórico, o lugar, a cultura e outros fatores que impactam em menor grau para a sua efetivação. Reduzir a uma fórmula conceitual abstrata todas as prestações que compõem o mínimo existencial não pareceu ser tarefa possível. Isso não significa, contudo, a impossibilidade de buscar uma definição que terá sentido e operacionalidade para o caso concreto. O mínimo existencial contém a abertura que possibilita sua redefinição constante.

Diante de toda a abordagem teórica referente à democracia chega-se à seguinte conclusão: a teoria de Ricardo Lobo Torres (2009) é insuficiente para atender aos desafios de um constitucionalismo emergente. Nesse mesmo viés, a teoria de Ana Paula Barcellos (2002,

p. 107) é insuficiente porque concebe o homem como um ser individual e único, independente de influencia de fatores externos. Sendo assim, o foco torna-se meramente assistencialista.

A distinção entre a proposta de Ana Paula de Barcellos (2002) e de Cláudio Pereira de Souza Neto (2006) pode ser observada no tratamento do direito à educação. A perspectiva da autora legitimaria o direito à educação como exigível somente no nível do ensino fundamental nos termos do inciso I e do artigo 208, § 1º e §2º da Constituição. O ensino médio não seria abrangido pelo mínimo existencial. No entanto, a proposta democrático-deliberativa estabelece limites mais amplos. Embora a esfera da fundamentalidade material não inclua o acesso universal ao ensino universitário, contempla o acesso ao ensino médio.

Por isso, a teoria de Claudio Pereira Souza Neto (2006) é a mais adequada para a efetivação dos direitos sociais à luz dos pressupostos democráticos. Na interpretação de Souza Neto, quando se refere aos direitos fundamentais para a cooperação democrática, evita de tornar funcionais os direitos sociais. Na interpretação do autor, Habermas funcionaliza estes direitos, pois eles somente possuem sentido quando estão a serviço da democracia. A presente análise quer evitar a funcionalização dos direitos sociais.

Na lista de direitos sociais vindouros, é possível incluir o acesso à água potável, a preservação do meio ambiente, os recursos tecnológicos, remédios essenciais, e outras demandas inerentes ao mínimo existencial. Entretanto, o transporte público gratuito, deve ser incluído no rol dos direitos acima referidos, uma vez que havendo mobilidade, há menos poluição, há o acesso aos meios de subsistência, melhor aproveitamento da força de trabalho, redução de custos para as empresas, entre outros.

Quanto à mobilidade proporcionada pelo transporte público de qualidade, é inquestionável, e, com acesso universal e gratuito, elevaria a qualidade de vida no Brasil e o fortalecimento da economia. Entretanto, pesquisadores, como Marcio Rogério Silveira e Rodrigo Giraldo Cocco (2013, p.43), enfatizam que urge criar meios para que as tarifas sejam módicas, justas e finalmente gratuitas. Seria esse o caminho para a gratuidade. Para alguns segmentos da sociedade, que são conservadores, a inclusão do transporte público no rol dos direitos sociais é considerada como uma intervenção maléfica do ente estatal na liberdade da iniciativa privada.

Porém a realidade revela que é possível a existência de transporte público gratuito, em pequenas e grandes cidades, uma vez que tudo é uma questão de gestão eficiente dos recursos financeiros oriundos da arrecadação de tributos, multa, taxas e outras formas de arrecadação adotadas pelo Estado.

A democracia, servindo-se da forma do direito, pressupõe a necessidade de concessão de direitos fundamentais aos indivíduos que preservem um espaço mínimo de liberdade para o agir estratégico. Se a democracia for praticada sem servir-se da forma do direito, minimizando as esferas de liberdade individual, converte-se em decisionismo, distanciando-se do modelo procedimental. Cláudio Pereira de Souza Neto (2006) estabelece uma crítica ao modelo habermasiano, lecionando que são “materialmente fundamentais não apenas os direitos que configuram de forma imediata as condições para participação no processo democrático, mas também aqueles cuja observância é necessária para que todos se sintam motivados a deliberar tendo em vista a realização do bem comum”. (SOUZA NETO, 2006, p. 272). Em suma, são abrangidos pela esfera da fundamentalidade material não apenas os direitos que afetam de forma imediata o funcionamento da democracia, mas também aqueles que permitem a instauração de um contexto capaz de motivar os cidadãos a se engajarem em um esquema de cooperação social.

As garantias inerentes aos direitos fundamentais sociais que não se encontram positivadas, na concepção de Ferrajoli, são inatingíveis pelo direito, logo impossíveis de serem garantidas. A situação jurídica, de uma obrigação, de uma proibição, de uma permissão ou de uma expectativa jurídica, depende da existência de uma norma positiva que a contemple, a qual, por sua vez, não é deduzida da existência de outras normas. Ferrajoli (2011b, p. 36) descreve que, devido a esse legalismo, “é bem possível, conseqüentemente, que, dado direito subjetivo não exista, ainda que devesse existir, o dever ou a proibição correspondente por causa da (indevida) inexistência da norma que a prevê.” O oposto também é lógico, ou seja, uma permissão poderá existir legalmente, mesmo não devendo existir.

Para Peces Barba (1999, p. 182), a finalidade última dos direitos fundamentais é “garantir a igualdade mínima”, que o cidadão tenha a universalização do acesso ao que mais se faz necessário para a dignidade humana, e, no presente estudo, a mobilidade através do transporte público gratuito ou com tarifas módicas. Para efetivar a prestação e a universalização do direito social, como o transporte público gratuito, ele deve ser positivado e regulamentado de acordo com as leis vigentes para ter eficácia jurídica.

Entretanto, apesar das garantias serem plausíveis, possível a sua efetivação, faltam esforços e atitudes políticas, bem como investimentos em programas e projetos para a sua viabilidade.

Há esforços plausíveis na busca da efetivação dos direitos sociais por parte do ente público. O direito social à moradia, é contemplado por diversos programas habitacionais, entre eles o programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela lei 11.977/09, o qual institui

mecanismos para aquisição de moradias e reformas habitacionais na zona rural. No ano de 2013, a lei 12.868/13 institui linha de crédito destinada aos beneficiários do programa habitacional referido, para a aquisição de bens de consumo duráveis, agregando qualidade ao direito à moradia.

Referente à área da saúde, o programa mais médicos, instituído pela lei 12.871/13, visa à formação de recursos humanos para o atendimento nas unidades do SUS, desde os grandes centros urbanos até as áreas remotas do Brasil. A Lei também contempla o programa mais médicos para o Brasil, com o objetivo imediato de suprir a lacuna existente no atendimento à população. As vagas oferecidas pelo programa foram inicialmente preenchidas por médicos formados em instituições brasileiras ou com revalidação do diploma. A segunda etapa foi à abertura da seleção de médicos com nacionalidade e formação em outros países para o preenchimento das vagas não absorvidas por médicos brasileiros.

Iniciativas em outras áreas também existem com a finalidade de aprimorar e viabilizar a garantia dos direitos sociais. Entretanto, pelo valor que o Estado brasileiro arrecada em tributos, o retorno para a sociedade através de ações que possuem como finalidade a garantias ao mínimo existencial, ainda é baixo.

Há escassez de recursos públicos. Para Paul Singer (2003, p. 254), o problema reside na ascensão da doutrina neoliberal, a qual tem os direitos sociais como inimigo do sistema. Na medida em que o Estado é paternalista, novas exigências surgem da sociedade, transformando-o no “polvo de mil tentáculos”, no dizer de Bobbio (2011, p. 144) em *O Futuro da democracia*. Este Estado gigantesco acaba não conseguindo atender às demandas, ficando também sujeito à corrupção e desvios de dinheiro cada vez maiores;

O transporte público gratuito, como direito social, vem facilitar o aperfeiçoamento profissional e contínuo das pessoas, o lazer, o acesso a equipamentos de saúde, a centros culturais e outros benefícios diretos.

O empresário do setor de transporte mantém dissociada a eficiência econômica, da eficácia dos serviços de transporte, mantendo o seu equilíbrio contábil, a despeito da qualidade do serviço. Nesse ponto, é premente uma atuação mais incisiva do Estado enquanto regulador, planejador e fiscalizador dos serviços concedidos à iniciativa privada.

A democracia deliberativa é o caminho mais seguro na positivação e garantia de novos direitos fundamentais. Ferrajoli (2011a, p. 30) é enfático ao afirmar que ocorrendo a supressão da maioria dos métodos democráticos, não ocorre somente a extinção dos direitos à liberdade e dos direitos sociais, mas também dos “direitos políticos, do pluralismo, da separação dos poderes, da representação”, ou seja, de todo o regramento que compõe o

sistema político, e sendo assim, a democracia de fato não existe, mesmo que exista legalmente.

A democracia é um processo político repleto de contrassensos, tanto na sua forma quanto na sua dimensão e, principalmente, na sua execução perante a um Estado concreto, visando a superação das imensas desigualdades que pesam sobre a sociedade. (CADEMARTORI, 2011, p. 14).

A democracia, como melhor forma de governo, torna-se problema uma vez que resulta um desvirtuamente da democracia representativa para outras formas mais diretas de participação. Ferrajoli (2011, p. 47) no livro *Podere selvagens*, relata o fato que ocorreu na Itália, onde a televisão manipulou a população que iria exercer seu direito democrático do voto, tendo assim a obtenção de resultados do povo, entretanto não os melhores, pois não são constitucionais e nem representam a vontade do povo.

A apatia a assuntos relacionados à política se dá, dentre outros motivos, porque o povo só tem poder nas épocas de eleição e sua participação é limitada tão somente ao aspecto do voto. Como de praxe, os financiamentos de campanha têm custos altíssimos e são vinculados aos partidos políticos, que não são muitos, se comparados aos números que compõem a população brasileira. Essa inegável “reserva de mercado” exclui, por certo, grande parte da população.

Dentre os requisitos, ou o que se esperaria de um sistema essencialmente democrático, o encurtamento dos mandatos visaria um aumento na participação de uma maior quantidade de pessoas no cenário político, enfim, cabe aqui o emprego da expressão, reforma política, a qual urge diante do atual sistema brasileiro.

A reeleição também deveria, por consequência, ser impossibilitada para o mesmo cargo, embora a pessoa possa se eleger para deputado num ano, para governador no outro e assim por diante, até ter ocupado todas as cadeiras do sistema legislativo brasileiro. Desse modo, um maior número de pessoas poderia tomar parte frente aos assuntos políticos, influenciando, por sua vez, números maiores ainda de outras pessoas.

As condições de liberdade e igualdade são fundamentais para que ocorra a existência de um modelo cooperativo de democracia deliberativa. É justamente nesse campo que as condições são necessárias para que a dignidade humana seja garantida, bem como o mínimo existencial. Claudio Pereira Souza Neto, (2006, p. 250) descreve que “assim como a teoria do ‘Mínimo’, a democracia deliberativa também atribui fundamentalidade material aos direitos sociais que figuram como condições da liberdade”. Entretanto a liberdade para cooperar não

nasce do estado democrático, e nem do cidadão. São os fatores mutáveis que existem na sociedade que formatam essa realidade. E o autor assim descreve esta via de mão dupla:

As pessoas só cooperam em um contexto democrático, deliberando acerca do bem comum, quando são tratadas, tanto pelo Estado, quanto por seus pares, como ‘dignas de igual respeito’, e, sem a vigência de determinadas condições sociais, não há a garantia de que tal cooperação, de fato, venha a ocorrer. (SOUZA NETO, 2006, p. 253).

Compreende-se melhor a vantagem da democracia deliberativa, diante de um sistema de igualdade de oportunidades, pois não havendo a possibilidade, por exemplo, de estudar, ou sendo negado esse direito, a cooperação social fica comprometida, bem como a dignidade humana oriunda da universalização do acesso aos direitos sociais.

A teoria da democracia deliberativa é recente, surgiu como alternativa as demais teorias da democracia, inclusive a todas aquelas apresentadas no segundo capítulo do presente estudo. A teoria da democracia deliberativa possui abrangência múltipla, não é restritiva na participação do cidadão. Claudio Pereira de Souza Neto (2007, p. 44) salienta que essa teoria é uma oposição as teorias da democracia agregativas e elitista, pois, “a democracia deliberativa repousa na compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes”. A eleição de representantes no fluxo legislativo brasileiro, ocorre a cada 4 anos ou 8 anos (senadores), e além do momento pontual da escolha, não há oportunidade para a deliberação de assuntos de interesse na nação.

Nesse viés de envolvimento, “a democracia deve envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas”. A teoria defendida supera a limitação da participação apenas na escolha de representantes, mas envolve a todos nas propostas políticas e na “troca de argumento e contra-argumento, que racionaliza e legitima a gestão da *res pública*”. (SOUZA NETO, 2007, p. 44).

Para lograr êxito a proposta de cooperação democrática, o contexto deve ser permeado de liberdade e igualdade e com abertura para todos participarem, livremente sem coerção física ou moral. Claudio Pereira de Souza Neto (2007, p. 44) descreve a participação com o seguinte entendimento:

A participação deve ocorrer livre de qualquer coerção física ou moral. Todos devem ter, de fato, iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do estado de direito, que é entendido, portanto,

como condição, requisito ou pressuposto da democracia. De fato, não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais.

A participação ocorre no contexto do respeito pela diversidade e pelas opções diante da pluralidade de possibilidades, pois todos são cidadãos livres. Assim sendo, são preenchidos os requisitos que possibilitam a instauração das condições para a cooperação na deliberação democrática, ou seja, a atividade conjunta, a cooperação.

O modelo da democracia deliberativa, não é uma revolução total da democracia, pois o foco é “ a instauração de um contexto em que todos sejam tratados com igual respeito e consideração” e essa realidade faz com que sejam criadas “as condições necessárias para a cooperação social, estimulando os potenciais de solidariedade”. Com isso a ênfase da democracia deliberativa ocorre na própria deliberação. (SOUZA NETO, 2007, p. 64-65).

O transporte coletivo gratuito é um direito fundamental social que deve ser incluído no art. 6º da CF e garantido socialmente. Diante da possibilidade do direito fundamental social ao transporte público gratuito, Peces-Barba (1999, p. 198) ressalta que “os direitos nascem quando devem nascer”. Eis o momento para a inclusão de um novo direito social, o qual, além da mobilidade das pessoas, apresenta diversos ganhos diretos e indiretos para a sociedade. Sem transporte público gratuito os cidadãos não se sentiriam motivados para cooperar objetivando a realização do bem comum.

A ressalva é que o serviço de transporte como direito social não significa necessariamente que ele seja gratuito. Entretanto, um e outro entendimento são comumente atrelados e, de fato, existem, pelo mundo, diversas cidades nas quais o transporte é completamente gratuito para o usuário, o que traz, além de uma equidade social, economias marginais substanciais e uma reorganização da mobilidade urbana das cidades.

Fatores como financiamento da implantação, melhoria e expansão do sistema são essenciais para garantir o acesso e a mobilidade urbana. Da mesma forma, não se deve negligenciar o planejamento de uma oferta de transporte público com caráter social que possa colaborar na regulação do uso do espaço urbano, logo, na possibilidade de acesso ao sistema em função do local onde se desempenham as atividades: moradia, trabalho, educação, saúde, etc.

Demandas judiciais, tanto individuais como coletivas, são um meio eficaz de acesso a direitos fundamentais sociais.

O Poder Judiciário é um elemento da democracia, entretanto, a atuação não deve interferir na discricionariedade e quando a sua interferência é justificada por que o Poder

Executivo viola a Constituição Federal. Porém, a democracia pelo princípio da liberdade, não impede a intervenção judicial, a qual é necessária para a afirmação dos direitos sociais, mas não é o único órgão competente para a construção de uma sociedade justa, igualitária e fraterna.

Para Ferrajoli, (2011a, p. 16), o Ministério Público e o Poder Judiciário devem ser independentes dos poderes responsáveis pelas políticas públicas, bem como das instituições que garantem este direito. A separação de poderes é benéfica para a garantia das condições mínimas para a dignidade, bem como, quando uma condição indispensável à vida estiver em risco, justificando-se assim a obrigatoriedade da intervenção do Judiciário, a qual será mais do que possível, será obrigatória. Esse protagonismo possibilita a própria democracia e a cooperação social. Havendo inércia do judiciário no campo do mínimo existencial, a cooperação para a democracia deliberativa restaria falha, pois a ação do judiciário potencializa a concretização de medidas e leis a fim de salvaguardar o direito a dignidade humana.

/Possuem campo para o aprimoramento do mínimo existencial as seguintes possibilidades: a judicialização para proteção do mínimo existencial, outras contribuições teóricas para a fundamentação dos direitos básicos, a configuração do mínimo existencial como direito fundamental, os meios empregados pelo poder público, o mínimo existencial, como as políticas e serviços públicos, a promulgação de leis, a tributação, a gestão eficiente de recursos, entre outros.

A intervenção judicial forte diz respeito às hipótese relativas a políticas públicas vinculadas ao Mínimo Existencial, atribuindo-se ao controle brando as políticas públicas vinculadas à concretização de direitos sociais não fundamentais. Como exemplos do modelo forte de controle judicial em políticas públicas, citamos a tutela do direito subjetivo à prestação *in natura* ou quando o orçamento revela-se inconstitucional, desconsiderando o Mínimo Existencial ou não sendo isonômico.

Concluimos que o controle judicial de políticas públicas relativamente a direitos sociais fundamentais que viabilizam a cooperação democrática pode ser exercido excepcionalmente com base em critérios como os princípios da proteção deficitária e da vedação do retrocesso.

Por fim, importa salientar que, embora seja obrigação do Estado garantir o mínimo existencial, não se acolhe uma situação de dependência das pessoas ao Estado, ou que o Estado deve sustentar todos, distribuindo casas e cestas básicas, perpetuando programas como bolsa família, minha casa minha vida, e outros. É preciso se desvencilhar da ideia de que o

Estado é um pai que deve tudo prover a seus filhos, pois o assistencialismo é inimigo da cooperação democrática. A sociedade deve desempenhar o seu papel de cooperação na implementação dos direitos sociais, seja através de manifestações organizadas e pacíficas, da ação junto a órgãos de defesa, do judiciário e de todos que possuem a finalidade protetiva.

A cooperação democrática é o meio para o exercício das capacidades humanas e o desenvolvimento da personalidade das pessoas. Uma possibilidade de ser livre para fazer escolhas e de construir um Estado não de dependentes, mas de uma comunidade que tem por objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Chistian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Prólogo de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BOBBIO Norberto, Quais as alternativas à democracia socialista? In: BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo?/debate sobre uma alternativa**. Tradução de Iza de S. Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983a.
- BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo?/debate sobre uma alternativa**. Tradução de Iza de S. Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983b.
- BOBBIO, Norberto. **Estudios de historia de la filosofia/De Hobbes a Gramisci**. Tradução de J. C. Bayon. Madrid: Debate, 1985.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, Varriale et al.; Coord. trad. João Ferreira; Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1, p. 319-329.
- BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Tradução: João Ferreira. Brasília, DF: Editora UnB, 1999.
- BOBBIO Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000. v. 1.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. **Decreto-lei 399, de 30 abr. 1938**. Aprova o regulamento para execução da lei 185, de 14 janeiro de 1936, que institui as comissões de salário mínimo. Disponível em: <

<http://www.senado.gov.br/siscon/ExecutalPesquisaLegislacao.action> >. Acesso em: 05 jan. 2013.

_____. **Lei 1 060, de 5 fev. 1950.** Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 13 fev. 1950. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm >. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. **Lei 5.172, 25 out. 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 27 out. 1966. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm >. Acesso em: 15 fev. 2013.

_____. **Lei 6.515, de 31 dez. 1973.** Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 31 dez 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Lei6015.htm >. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, 05 out. 1988.** Diário da República Federativa do Brasil, 06 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm >. Acesso em: 20 nov. 2013.

_____. **Lei 8.080, de 19 set. 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 20 set. 1990. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8090.htm> >. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. **Lei 8.906, de 4 jul. 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 5 jul. 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Lei8906.htm >. Acesso em: 07 fev. 2013.

_____. **Lei 9.051, de 18 de maio 1995.** Dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 19 maio 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9051.htm >. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. **Lei 9.265, de 12 fev. 1996.** Regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição, dispondo sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 13 fev. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9265.htm >. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. **Lei 9.393, de 19 dez. 1996.** Dispõe sobre o Imposto Territorial Rural – ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 20 dez. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Lei9393.htm >. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. **Lei 9.934, de 20 dez. 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 23 dez. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm#art32 >. Acesso em: 07 fev. 2013.

_____. **Emenda Constitucional nº. 42, de 19 de dez. 2003.** Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 31 dez. 2003. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Emendas/Emc/emc42.htm >. Acesso em: 10 de jan 2013.

_____. Justiça Federal de 1ª instância. Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. Sentença. **Autos do processo nº 2004.38.00.008973-8.** Autor: Ministério Público Federal. Reus: União Federal e outros. Juiz: Rodrigo Rigamonte Fonseca, 23 de agosto de 2007.

_____. **Lei 12.871 de 22 out. 2013.** Institui o Programa Mais Médicos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 23 de out. 2013. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/Lei/L12871.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Lei 12.101 de 27 nov. 2009.** Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 30 de nov. 2009. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/12101.htm>. Acesso em: 06 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45 Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira/PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 29 abr. 2004. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 5 maio 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 224.775-6.** Voto do Ministro Relator, Néri da Silveira. Brasília-DF, D.J. 24-05-2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11dez. 2013

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Entre Cooperação Reflexiva e Democracia Procedimental. **Seqüência**, vol. 30, n. 59. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

CADERMATORI, Daniela Mesquita Leutchukde. **O diálogo democrático.** Curitiba: Juruá, 2011.

CAMARGO, Cristina. Com ônibus grátis há dez anos, Agudos (SP) livra empresas de vale-transporte. **Folha de São Paulo.** Agudo, 23 jun. 2013. Disponível em: <
<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1299893-com-onibus-gratis-agudos-sp-atrai-empresas-que-se-livram-do-vale-transporte.shtml> > Acesso 14 dez. 2013.

CAMPOS, Maria Aparecida Pourchet. **Alimentação** (introdução ao direito da). In: FRANÇA, Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 6.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRAZA, Roque Antônio. **ICMS.** São Paulo: Malheiros, 2001.

CASSONE, Vittorio. **Direito tributário:** fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.(CORTEIDH). [S.l.], Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>> Acesso em: 15 jul. 13.

DECLARAÇÃO dos Direitos da Virgínia, 12 de junho de 1776. [S.l.], 1776. Disponível em: <<http://www.icitizenforum.com/portuguese-brazilian/virginia-declaration-of-rights>> Acesso em: 07 nov. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ERUNDINA, Luiza. **Proposta de Emenda a Constituição nº 90/2011**: Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para introduzir o transporte como direito social. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D060A40DC8EDD5BDE098FA5934CE4AB8.node2?codteor=925887&filename=PEC+90/2011> Acesso em: 15 dez. 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali:un dibattito teorico**. Roma-Bari, Laterza, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 5 ed. Madrid: EditoraTrotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução.Christian Courtis. Madrir: Trota, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid. Editora Trotta, 2010a.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. Trad. Daniela Cademartori e Sergio Cademartori. **Revista Sequência On Line**, [S.l.], n. 60, p. 29-73, jul. 2010b. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p29>>. Acesso em: 18 set.2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Minima Trotta. 2011a.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Nero, Daniela Cademartori, Hermes Zuneli Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011b.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: 4ª Ed. Revista. Editora Saraiva, 2000.
- FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1995.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004.
- FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- G1, BAURU E MARILIA. **Na contramão dos protestos, cidades oferecem transporte coletivo de graça**. São Paulo, 18 jun. 2013. Disponível em: < <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2013/06/na-contramao-dos-protestos-cidades-oferecem-transporte-coletivo-de-graca.html> > Acesso em: 13 dez. 2013.
- GRAU, Eros Roberto. **A Constituinte e a Constituição que teremos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça fiscal e mínimo existencial. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 99-114.
- GUERRA, Manoel Messias; NASCIMENTO FILHO, Isabella Franco; Firly (Orgs). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- HABERMAS, **Theorie des kommunikativen Handelns**. Bd.1:Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, Frankfurt a.M. 3/1990.
- HABERMAS, Jürgen. **Tecnologia e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. “Reconciliación mediante el uso público de la razón”. In: HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paidós, 1998.
- HABERMAS, Jürgen **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Transformação estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol II. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HELD, David. **Modelos de democracia**. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2012.
- HONNETH, Axel. “Democracia como Cooperação Reflexiva. John Dewey e a Teoria Democrática hoje”. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje - Novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UNB, 2001.

HUMANISMO. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 132 e 518.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **IBGE**. Rio de Janeiro, 2013. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2012:. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2012/default.shtm> > Acesso em: 19 nov. 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Radar social**. Brasília, DF, 2005. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5490 > acesso em 10 nov. 2013a.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **IPEA**. Caderno Moradia 06. Principais problemas habitacionais no Brasil. DF, 2003. Disponível em < <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/06.moradia.pdf> > Acesso em: 12 dez 2013b.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **IPEA**. Evolução do Analfabetismo de 2004 a 2008. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/101209_comunicadoipea70_apresentacao.pdf > Acesso em: 10 dez. 2013c.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **IPEA**. Nota Técnica 03. DF, 29 ago. 2013. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/notatecnica/130829_notatecnicadirur03.pdf > Acesso em: 16 dez. 2013d.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antonio de Almeida. São Paulo: discurso Editorial Bacarolla, 2009.

KENSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOUREIRO, Gabriela e ROSA, Guilherme. O transporte Público gratuito é Possível? **VEJA**, São Paulo. 26 de jun. 2013. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/noticia/ciencia/o-passe-livre-ao-redor-do-mundo> > Acesso em: 05 dez. 2013.

MAITEUCCI, Nicola. Verbete liberalismo. In: BOBBIO, Norberto et al: **Dicionário de política**. Tradução de J. M. Cascais et al:. Brasília: UnB, 1983.

MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 789-800.

MATOSSO, José. **História de Portugal**. v7. [s.l.]; Editorial Estampa, 1998.

Merquior, José Guilherme. **O argumento liberal**. Rio de Janeiro. Editora Nova Fronteira, 1983.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL (MDS). **MDS**, Tereza Campello apresenta avanços do Bolsa Família em São Paulo. São Paulo, 06 dez. 2013. Disponível em:

<http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/noticias-1/2013/dezembro/tereza-campello-apresenta-avancos-do-bolsa-familia-em-sao-paulo> > Acesso em 07 dez. 2013.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial (espaço-temporal) dos direitos humanos**. 2^a ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora VWF Martins Fontes, 2009.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. . [S.l.], 1789. Disponível em; < <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos> >. Acesso em: 05 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. (OMC). 2013. Disponível em: < http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm > Acesso em: 16 jul. 13.

PALMA, Cristian. INSTITUTO Humanitas Unisinos: **Incendeia-se o movimento estudantil Chileno**. Disponível em:< <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/512741-incendeia-se-o-movimento-estudantil-chileno> >. Acesso em: 10 dez. 2013.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Teoria general. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid. 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto**. Derechos y Libertad. – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 1999.

PEREIRA, Potyara Amazoneida. **Necessidades Humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las Generaciones de Derechos Humanos. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, [S.l.], n. 10, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, 6. ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

PORAMBAGA, Raquel. **Transporte Público Gratuito**. São Paulo, dez. 2006. Disponível em: < <http://www.cidadedemocratica.org.br/topico/1836-transporte-publico-gratuito> >. Acesso em: 14 dez. 2013.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAWLS, John. “Réplica a Habermas”. In: HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paidós, 1998.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

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

REFORMA. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 839.

RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. Princípio constitucional da liberdade: a liberdade dos antigos, a liberdade dos modernos e a liberdade dos ainda mais modernos. In: PEIXINHO,

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2007.00232900**. Voto do Rel. Des. Carlos Eduardo Passos, Rio de Janeiro-RJ. D.J. 19-03-2008. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>> Acesso em: 05 jan. 14.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direito fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; _____ (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

SARTORI, Giovanni. **Teoria da democracia revisitada**, 1. O debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras. (2000)

SILVA, Virgílio Afonso da. **A evolução dos Direitos fundamentais**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6 (2005): 541-558.

SILVEIRA, Marcio Rogério e COCCO, Rodrigo Giraldo. Transporte público, mobilidade e planejamento urbano: contradições essenciais. **Revista Estudos Avançados**. (2013, p.43) sobre o transporte.

SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: PINSKY, Jaime; Carla Bassanezi (Orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e Democracia Deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e assistência social**: legitimação e fundamentação constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul.-set./1989.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: ____ (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário** - Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005a.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005b.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 13.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito financeiro e tributário**: os tributos na constituição. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, volume V: O orçamento na Constituição. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.