

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

MARIA CRISTINA GOMES DA SILVA D'ORNELLAS

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Maria Cristina Gomes da Silva D'ornellas, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis:
CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-361-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2017 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

O Conselho Nacional das Pós-Graduações em Direito tem consolidado, nestes vinte e cinco anos, a posição como referência nacional para a realização de eventos científicos jurídicos de alto nível, além de vir construindo, mais recentemente, também um protagonismo no processo de internacionalização da pós-graduação em direito brasileira, ao promover a sua integração com a sociedade científica mundial por intermédio da cooperação com universidades de diversos países para a organização de eventos conjuntos.

De 07 a 10 de dezembro de 2016, o Conpedi prosseguiu em seu mister ao organizar o XXV Congresso Nacional - Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito, em cooperação com o Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), em iniciativa que reuniu mais de dois mil participantes na capital paranaense, distribuídos por um fórum, vinte e nove Painéis Temáticos e noventa e sete Grupos de Trabalho, estes últimos destinados à apresentação de produções científicas escritas previamente selecionadas pelo processo de avaliação do chamando "duplo cego" (double blind review), o que assegura a qualidade dos textos pelo grau de isenção no processo seletivo. Coube a nós, Maria Cristina D'Ornellas (UNIRITTER) e Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC), como professores-doutores de programas de pós-graduação, atuantes na pesquisa científica em direito, o honroso convite de assumir a coordenação do Grupo de Trabalho 87 - Direitos Sociais e Políticas Públicas III para fins de conjugarmos os esforços na condução dos trabalhos do referido grupo, ali incluída a divisão das tarefas ente os diversos componentes do grupo, a apresentação das pesquisas produzidas, a condução do debate os trabalhos produzidos, para fins de validação de seus conteúdos, encaminhamentos, propostas e conclusões, o que nos encheu de satisfação, em níveis poucas vezes vivenciados. A importância do tema dos direitos sociais e de sua operacionalização por intermédio de políticas públicas tem se mostrado cada vez mais evidente, dispensando argumentações de suporte. No caso do Conpedi, basta constatar que a diversidade de pontos a tratar e a recorrência das discussões a seu respeito têm justificado a massiva preferência pelos temas coligados, tanto dos direito fundamentais sociais, como da ciência da administração aplicada ao trato da prática política. Sejam na concepção, implantação, acompanhamento ou avaliação das escolhas políticas, abreviadamente denominadas "políticas públicas", para fins de mais rápida e elementar assimilação, a riqueza das pesquisas e sua expansão qualitativa têm motivado também a sua expansão numérica, daí a necessidade de se abrir três grupos de trabalho para dar cabo de tal incumbência, com preservação da qualidade também das

discussões teóricas e práticas que são travadas nos dias do Congresso. Justamente o conteúdo dessas pesquisas, transformadas em trabalho e agora publicadas como artigos, vem compor os capítulos do livro "Direitos Sociais e Políticas Públicas III - o pluralismo de ideias e ideais", que ora temos também, a alegria de apresentar.

Os trabalhos estão organizados em dois grandes grupos: o primeiro versa sobre políticas voltadas ao direito à educação, conforme as mais diversificadas abordagens, desde seu suporte teórico-filosófico para o reconhecimento como prerrogativa inexpugnável de cada cidadão, passando por seus pontos de aplicação prática e aportando sobre experiências fáticas, legislativas e judiciais. O segundo grupo congrega outras temáticas, igualmente importantes, como políticas voltadas às teorias sobre políticas públicas, o direito à saúde - sob as óticas de implementação e de judicialização, o direito à integridade física da mulher, o direito ao transporte adequado, o direito ao microcrédito como garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana.

Façamos eco a todos aqueles que têm acreditado e prestigiado o Conpedi com volumosos elogios a suas iniciativas e convidamos aos prezados leitores desfrutarem dessa fantástica oportunidade de desfrutar do prazer científico com a leitura dos trabalhos aqui colacionados, não deixando de cumprimentar a cada um de seus autores pelo espírito de entrega, na execução das pesquisas e de desprendimento, na cessão gratuita dos respectivos direitos autorais para viabilizar a publicação deste livro.

Boa leitura!

Profa. Dra. MARIA CRISTINA GOMES DA SILVA D'ORNELLAS - Professora-Doutora do PPGD UNIRITTER

Profa. Dra. ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA - Professor-Doutor do PPGD UNOESC SC

**A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS SEGUNDO UMA
ANÁLISE SISTÊMICA DO DIREITO**

**THE EFFECTIVENESS OF BRAZILIAN PUBLIC POLICIES FROM A SYSTEMIC
LEGAL ANALYSIS**

Daniel Yamauchi Acosta

Resumo

O artigo analisa a questão das políticas públicas sob seus fundamentos jurídicos e sob a ótica da efetividade. Avalia-se o assunto segundo um juízo de necessidade e adequação das medidas políticas proativas do Estado. Verifica-se a eficácia segundo resultados obtidos no campo dos direitos fundamentais, pressupostos necessários ao exercício da cidadania. Metodologicamente, analisa-se o tema à luz de teorias conceituadas, que examinam o papel do Direito frente às demandas sociais. Busca-se o fundamento por meio de uma análise sistêmica, procurando-se a melhor maneira para a efetivação de direitos no campo social, consequentemente promovendo máxima efetividade em termos de desenvolvimento.

Palavras-chave: Direito, Política, Efetividade, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the issue of public policy under its legal basis and from the standpoint of effectiveness. It evaluates the issue under the basis of necessity and utility about policy measures, also the effectiveness according to the results obtained in the field of fundamental rights. The study promotes a systemic analysis of the problem, searching for the best way for the effectiveness of human rights and the promotion of maximum results in terms of development.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Policy, Effectiveness, Democracy

Introdução

O objetivo do presente artigo é analisar, primeiramente, a questão das políticas públicas sob seus fundamentos jurídicos, para então abordar o tema sob a ótica da realidade social em que tais programas pretendem atuar. A ideia central é avaliar o tema segundo um juízo crítico assentado nos fundamentos jurídicos que sustentam uma política proativa do Estado, para então verificar-se a validade, necessidade e adequação de seus objetivos. Respondidas essas questões, resta ainda analisar a eficácia dessas políticas segundo os resultados obtidos no campo dos direitos fundamentais tão necessários ao exercício da cidadania.

No que se refere à metodologia empregada, é a de pesquisa qualitativa, procurando-se analisar o tema proposto à luz de algumas teorias contratualistas do Estado que se remetem às origens teóricas do sistema, além de outras teses, sustentadas por conceituados autores que gozam de profundidade intelectual indiscutível, que examinam o papel desempenhado pelo Direito frente às demandas sociais modernas. A conclusão extrai-se por raciocínio indutivo e dedução lógica entre o tema proposto e suas conclusões.

No decorrer do desenvolvimento deste estudo, busca-se o fundamento de legitimidade jurídica das políticas públicas por meio de uma análise sistêmica das normas, em suas mais diversas dimensões – desde as primeiras considerações sobre a natureza humana, passando pelos conceitos iniciais da formação social, do fenômeno do Estado Democrático de Direito e da sua gênese na norma hipotética fundamental, até o momento de avaliação final de resultados obtidos pelos programas sociais – a fim de se buscar a melhor maneira para alcançar a efetivação de direitos fundamentais nos campos político e social, consequentemente promovendo a máxima efetividade em termos de desenvolvimento sociocultural no plano material.

Finalmente, encerra-se o presente trabalho com algumas conclusões e apontamos, por último, as referências utilizadas.

Da realidade à abstração: “o que somos” e “o que deveríamos ser”

Preliminarmente, deve-se ter em mente que, de fato, existe um imenso abismo entre o que *somos*, enquanto sociedade, daquilo que *deveríamos ser*. Essa é a dura realidade. Sob os mais diversos aspectos, o Brasil ainda se encontra engatinhando, mormente se comparado a outros países mais desenvolvidos, no que se refere a promover uma igualdade substancial e dirimir as disparidades socioeconômicas existentes em nosso território.

No campo metafísico, aquilo que “*deveríamos ser*” é a construção teórica de um

modelo idealizado, um paradigma abstrato de sociedade justa e igualitária com abundância de oportunidades a todos os cidadãos, uma projeção intelectual fruto de nossas aspirações mais elevadas e de nossos valores essenciais. Juridicamente, em países que tradicionalmente adotaram constituições analíticas, como a brasileira – seguindo a essência da *Civil Law* – esse modelo ideal de sociedade está detalhadamente estampado na Constituição, tal como uma “foto”. Nela, encontramos todos os tipos de princípios positivados, representações jurídicas daquilo que consideramos essencial para uma vida plena em sociedade. Lá, dentre muitos outros que podemos listar, elencamos o direito à vida, liberdade, propriedade, igualdade, segurança, proteção a grupos sociais vulneráveis, e declaramos ser um *Estado de Direito* – um ente político especialmente concebido para estruturar nossas instituições e garantir a efetividade desses princípios.

“*O que somos*”, por outro lado, é uma situação de fato, é um estado coisas, é a nossa existência tal como se opera no presente, dentro daquilo que percebemos como *realidade*¹. Na verdade, sob uma análise finalística, a conclusão a que se chega sobre a natureza humana e as origens de nossa sociedade politicamente organizada não é das mais agradáveis. Em outras palavras, a sociedade civil nada mais é do que um grupo de pessoas que, com o fim de garantirem a sobrevivência individual, se uniram e se organizaram politicamente sob a égide de um sistema normativo, fato que pode ser constatado sob o prisma da teoria contratualista de Thomas Hobbes (1588~1679) e que ora passamos a analisar mais detalhadamente, a fim de explicar a estreita correlação entre *sobrevivência, sociedade, “o que somos”* e como tais elementos se conjugam para formar o Estado.

Origens do Estado: a busca por segurança e estabilidade

Hobbes nasceu e viveu durante uma conturbada época de guerras e invasões entre as potências europeias, em uma era marcada pela transição intelectual entre a escolástica medieval e o iluminismo moderno. Desde cedo testemunhou a selvageria da guerra, fato que muito provavelmente o tenha influenciado em sua visão sobre a natureza humana. Para Hobbes, o Homem, muito embora fosse dotado de capacidades intelectuais superiores, não diferia dos animais em sua essência². Eis que motivado por “paixões naturais”, o indivíduo

¹ A *realidade* se traduz como a nossa percepção de mundo dentro dos limites de nossa visão e experiência, segundo o conceito de *Vorstellung* (SCHOPENHAUER, 2005).

² Hobbes não dispunha do conhecimento científico que atualmente possuímos, mas ele não estava errado: apenas para efeitos de elucidação, segundo dados colhidos no Projeto Genoma, o DNA humano é 99% igual ao de um chipanzé e 50% igual ao de uma banana. Fonte: <<http://www.evolutionarymodel.com/dnasimilarities.htm>>. Acesso em: 22 set. 2016.

buscaria, acima de todas as coisas, a sua própria autopreservação. Por esse raciocínio, se a vida é um *direito natural* e considerando-se que o instinto de sobrevivência é instrumento natural pelo qual esse direito é preservado, conclui-se, então, que o Homem tem total autonomia para adotar quaisquer medidas que visem a garantir a manutenção de sua própria existência – até mesmo matar outro homem, seja para defender-se ou para, simplesmente, apropriar-se de seus recursos.

Esse ambiente sem regras, onde tudo é válido para assegurar a sobrevivência, é aquilo que Hobbes denominava “estado natural”, ou “estado selvagem”. Contudo, esse panorama em que “a condição do Homem é a condição de guerra de todos contra todos”, não é boa para a sobrevivência humana, na medida em que a segurança individual se encontra constantemente ameaçada pelo seu semelhante. Conclui-se, paradoxalmente, que é o próprio instinto de autopreservação que, ao final, determina a necessidade da busca pela paz. Assim, a fundamentação jurídica do Estado encontra suas raízes nesse raciocínio: para se evitar a ocorrência desse estado selvagem, os homens acabam buscando um consenso, um acordo coletivo – um *contrato social* – onde cada indivíduo abre mão de sua plena e irrestrita liberdade, entregando-a a um terceiro, que tanto pode ser uma pessoa (o soberano) ou um órgão colegiado (HOBBS, 2002, capítulo I), que então assumiria a responsabilidade de garantir a segurança mútua de seus cidadãos, impedindo-os de matarem-se uns aos outros. Em outras palavras, o Estado se fundamenta em algo semelhante a um “*pacto de não-agressão*”.

Pela análise acima, conclui-se, portanto, que “*o que somos*” é o produto final de uma realidade que se traduz na existência de uma coletividade politicamente organizada sob a égide de um contrato social celebrado em função da constante busca pela *segurança* em seus mais diversos aspectos: física, individual, social, institucional, moral, patrimonial, econômica, intergeracional. Finalmente, para que essa segurança seja realmente útil ao homem, ela não pode ser momentânea, mas sim *contínua* e duradoura; afinal, somente a *estabilidade* – que é a perpetuação da segurança ao longo do tempo – pode fornecer um ambiente suficientemente sólido e adequado onde o progresso político, econômico e social possa ser fomentado em sua plenitude (tanto isso é verdade que, em ambientes despedaçados pela guerra, o homem praticamente regride àquele *estado selvagem* preconizado por Hobbes, onde as próprias fundações do *contrato social* são esfaceladas).

Do Estado Democrático de Direito

Tecidas as considerações iniciais acerca das origens do Estado, analisemos o nosso em particular. O Estado brasileiro se configura, logo no art. 1º da Constituição Federal de

1988, como um “Estado Democrático de Direito”. No sentido ontológico, o referido termo é um *conceito fundamental*, uma síntese dialética alcançada a partir da interpretação conjugada de dois outros conceitos, distintos e independentes entre si (“de direito” e “democrático”), mas que, juntos, definem a forma pela qual um povo exerce a sua autodeterminação e se organiza – política, jurídica e administrativamente – segundo os valores vigentes em um dado momento de sua história. Nessa simples expressão, não apenas se delimitam os parâmetros gerais de funcionamento do Estado brasileiro, mas também proclamam-se os princípios que se buscam promover dentro dessa auto-organização. Em termos bem superficiais, ser um *Estado de Direito* significa dizer que todos os indivíduos e instituições dentro de um determinado território, independentemente de sua origem ou natureza, submetem-se ao império da lei, nela encontrando os seus limites. Por sua vez, o termo *democracia*, tal como modernamente a conhecemos, expressa a ideia segundo a qual, independentemente da sistemática adotada, todo o poder necessariamente emana do povo, pelo povo e para o povo (o que significa dizer, também, que todos os grupos sociais abarcados no conceito de povo, *inclusive minorias e grupos sociais que requerem especial atenção*, são legítimos destinatários das ações de um Estado democrático).

No contexto específico de nossa realidade política, deve-se, preliminarmente, ter em mente que o Estado Democrático de Direito é um conceito fundamental que não nasceu ao acaso: trata-se de uma *evolução*, um resultado alcançado por meio de um longo e gradual processo de desenvolvimento institucional, conforme extrai-se da lição de Inocêncio Mártires Coelho: “ (...) Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende *aprimorado*, na exta medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos *liberal* e *social* que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da história” (MENDES, 2009, p.171). Assim, trata-se de um pressuposto central do qual extrai-se uma série de conceitos, mas um deles, em particular, é especialmente importante para a organização de qualquer sociedade complexa: a existência de uma Constituição. Independentemente de sua natureza, seja ela formal ou material, escrita ou costumeira, dela emanam os fundamentos e a validade de todo o sistema político-jurídico de uma nação, inclusive com relação ao papel desempenhado pelo Estado e o seu ordenamento jurídico frente à sociedade. Antes de se abordar o tema central, é preciso analisar-se o sistema que organiza a sociedade, a sua estrutura e as funções que assume, para então extrair-se o fundamento jurídico que valida a existência de políticas públicas.

A Constituição como fundamento do sistema e a sua força normativa

A Constituição é a mais alta manifestação política, jurídica e social produzida por um povo. Ela é o testemunho da capacidade de auto-organização de uma sociedade, um instrumento normativo produzido pela soberania popular que, por meio dela, promove e atesta, tecnicamente, a existência de um Estado de Direito. Ela é a *Lei Fundamental*, a *Norma Máxima*, um documento pelo qual se proclamam os *valores últimos* da nação, dela emanando os fundamentos estruturais de todo o sistema político, jurídico e social. Nela se encontram a validade e a justificativa das instituições, leis, atos normativos, princípios, sistemas, valores, direitos e deveres, coletivos e individuais, e programas sociais de um país. José Afonso da Silva, em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo, explica:

A Constituição é algo que tem, como *forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como *conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas religiosas, etc.); como *fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como *causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo. (op. cit., p. 41).

Mais do que isso, em uma leitura neoconstitucionalista, abandona-se a antiga interpretação meramente abstrata e principiológica, para agora a Constituição ganhar *força normativa*, segundo o princípio da máxima efetividade, e passando a desempenhar um papel social concreto. Assim, conclui-se que todas as leis produzidas, desde a sua gênese, encontram nela o seu fundamento de existência e validade. O mesmo pode-se dizer das políticas públicas, que, independentemente de sua natureza, devem ter a sua existência fundamentada nos valores nela insculpidos³ – fato que também atesta o *princípio da força normativa da Constituição*. Mais ainda: no caso do Brasil, tais políticas passam por um duplo critério, um constitucional e outro legal. Afinal, tudo aquilo que é “público”, no sentido em que se *emana diretamente do Estado*, é também um ato administrativo. Estes, como bem se sabe, obedecem estritamente ao princípio da legalidade: devem ser criados por lei, ou nela encontrar o fundamento de sua criação e, diferentemente do direito civil, em que a regra é a liberdade (permite-se tudo aquilo que a lei não proíbe), no campo do direito administrativo só se faz aquilo que a lei expressamente permite, como se observa da leitura do art. 167 da

³ O programa Bolsa Família, por exemplo, criado pela conversão da MP nº.132, de 2003, na lei nº.10.836, de 2004, unificou três programas sociais já criados sob a Constituição de 1988 – o Bolsa Escola, o Bolsa Alimentação, o Auxílio-Gás e o Cartão-Alimentação – e tem como fundamento os arts. 3º, incs. I e III (promover uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais), e o art. 205 (a educação será promovida e incentivada) da Carta Maior.

CF/88: “São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual”. Portanto, seguindo a lógica das normas programáticas (compreendidas como uma subespécie contida nas normas constitucionais de eficácia limitada, na tradicional classificação de José Afonso da Silva), a Constituição indica um elemento material (o valor social a ser promovido, como a redução das desigualdades sociais) e outro formal (a criação e regulamentação por meio de lei, ou por delegação desta) como requisitos necessários à criação e execução das políticas públicas, como pode-se verificar em diversos dispositivos: “é instituído, (...) o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência (...)” (art. 79, ADCT), “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante (...)VII - atendimento ao educando (...) por meio de programas (...)” (art. 208, CF), “A lei disporá sobre normas (...) a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.” (art. 227, § 2º,CF). De toda sorte, é necessário ter em mente que as políticas públicas dependem, no mínimo, de previsão *materialmente* constitucional e *formalmente* legal.

Do princípio da legalidade como pilar da organização social

Como a própria expressão sugere, o *princípio da legalidade* é pressuposto fundamental de todo e qualquer Estado de Direito, na medida em que todos os integrantes de uma sociedade, independentemente de sua natureza, origens ou condição social, devem indistintamente obedecer à lei. O princípio é, inclusive, uma garantia fundamental do cidadão frente ao poder do Estado, cujos atos também estão obrigatoriamente subordinados às balizas legais que lhe são impostas. Sob um aspecto técnico, entende-se que a lei é o veículo normativo pelo qual o povo, por intermédio de representantes democraticamente eleitos (em se tratando de uma democracia representativa), manifesta a sua vontade soberana, por meio dela criando, estabelecendo e regulamentando direitos e deveres. Em termos genéricos, são dispositivos normativos caracteristicamente dotados de impessoalidade, generalidade e abstração que, *na maioria das vezes*, visam a disciplinar os limites de nossa liberdade.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade encontra-se insculpido no art. 5º, inc. II, da CF/88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Desse dispositivo, algumas percepções podem ser extraídas: a lei é obrigatória a todos, indistintamente; a liberdade é a regra, mas esta encontra seus limites na própria lei; vigora o princípio da autonomia da vontade, permitindo-se fazer tudo aquilo que a lei não proíba (lógica que se inverte no caso de atos administrativos, como anteriormente

salientado), e; o dispositivo refere-se à lei em seu clássico sentido instrumental permissivo-repressivo. Dentre estas, a última é a mais relevante ao presente trabalho, na medida em que a lei é analisada como um instrumento de controle social segundo uma ótica estrutural do Direito.

Da função estrutural do Direito segundo Kelsen

Segundo a famosa *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 2009) existem dois sistemas normativos possíveis: um *estático*, onde há uma norma originária pressuposta de cujo conteúdo emanariam diretamente todas as outras normas por inferência lógica, e outro *dinâmico* (nosso caso), em que o ordenamento jurídico escalonar-se a partir de uma norma fundamental que, segundo suas regras, apenas confere o fundamento originário para a produção de outras espécies normativas que, por sua vez, fundamentam a criação de outras normas posteriores.

Sob esse aspecto, Kelsen explica o fenômeno do Direito a partir de um viés *estrutural*, como um complexo sistema de normas escalonadas que tem por finalidade última possibilitar o controle social por meio de normas cogentes, de conteúdo sancionatório. Assim, o ordenamento jurídico ostenta um caráter essencialmente *instrumental*: na medida em que, por meio de sanções, comportamentos socialmente indesejados são desincentivados, promovendo-se, assim, a paz e a segurança coletiva. Em suma, trata-se de uma técnica de manutenção da estabilidade.

Aplicando-se o sistema à realidade brasileira, temos que a norma fundamental pressuposta (*pressuposta* porque precede a todas as outras, é abstrata, não é formalmente declarada, ela simplesmente *existe* e emana do soberania de um povo) é o que chamamos de *poder constituinte originário*. Do exercício desse poder nasceu a norma suprema do Estado Brasileiro: a Constituição, uma norma *posta* (pois já declarada e estabelecida, e portanto concreta) que organizou nosso Estado tal como o conhecemos. Dela, por sua vez, emanam o fundamento da existência e validade de diversas espécies normativas hierarquicamente inferiores (infraconstitucionais), que encontram-se elencadas no art. 59 da CF/88. Dentre elas, as leis tem o maior destaque, encontrando-se imediatamente abaixo da Constituição ⁴.

As leis são, por sua vez, o produto da positivação de nossas aspirações abstratas, do que “*deveríamos ser*”, daquele modelo que almejamos nos tornar mas não somos. Assim, o

⁴ Embora existam, desde 03/12/08, os tratados de direitos humanos não aprovados com o quórum qualificado do art. 5º, §3º, da CF/88, que gozam de status infraconstitucional mas supralegal, segundo decisão do STF no julgamento do RE 466.343-SP e do HC 87.585-TO.

sistema normativo constrói-se inicialmente a partir de um ideal, do “dever-ser”, nas palavras de Kelsen (ob. cit., p.84). Trata-se de um sistema de imposição do *ideal* sobre o *real*⁵, mas que busca, ao mesmo tempo, uma aproximação entre elas. Figurativamente, o Direito é o instrumento pelo qual se opera a aproximação entre esse modelo abstrato e a realidade que experimentamos. Analisando-se a questão sob a dialética de Hegel, a tese (norma abstrata) e a sua antítese (mundo real, corpóreo), geram a síntese (o Direito), um conceito mais rico e evoluído, alcançado a partir da norma abstrata original (HEGEL, 2011).

Contudo, deve-se salientar que, em nosso sistema jurídico, a lei não se limita apenas a regulamentar liberdades e coibir comportamentos (caráter instrumental). A Constituição prevê, expressa ou implicitamente, um amplo leque de funções que determinam o alcance de sua instrumentalidade: criam-se instituições, organizam-se sistemas, regulam-se situações, promovem-se políticas públicas. Percebe-se, então, que o referido modelo, embora correto, limita-se a explicar apenas uma das diversas funções assumidas pelo ordenamento jurídico, assim tornando-se insuficiente para explicar o fenômeno do Direito em sua plenitude.

Das limitações do modelo estrutural

Conforme analisamos, o Direito, no desempenho de sua função *estrutural*, é um sistema dinâmico de interpretação e aplicação de leis preestabelecidas sob a égide de uma norma fundamental, e tem como pressuposto a existência de um arcabouço de regramentos impositivos que induzem o indivíduo a adotar um determinado comportamento, ou a abster-se de um, sob pena de sofrer alguma espécie de sanção.

Ocorre que, *estruturalmente*, nem sempre esse instrumento está em seu melhor estado. Com passar do tempo, ele sofre um natural processo de “erosão”, que decorre da impossibilidade de se acompanhar as contínuas mudanças que se operam no plano social. Assim, o ordenamento jurídico acaba por demandar reparos, mas que nem sempre ocorrem na urgência que as circunstâncias exigem. Isso é uma realidade tanto no sistema da *Civil Law*, em que a morosidade geralmente decorre do fato de existir uma atividade legiferante por vezes excessivamente burocrática e complexa, quanto no sistema da *Common Law*, em que a adoção de costumes seculares como paradigma das decisões judiciais constituem a maior barreira para alterações no sistema.

A frequência em que tais reparos ocorrem dentro de um sistema é fator essencial para

⁵ O raciocínio seria algo semelhante a “*sou selvagem: quero matar, mas a lei me obriga a não fazê-lo, tornando-me civilizado*”, ou “*não tenho empatia: não quero dividir, mas a lei me obriga a pagar tributos, tornando-me fraterno*”.

se avaliar a qualidade do sistema jurídico perante a realidade social. De fato, na medida em que o Direito não consegue acompanhar as adequações necessárias ao seu devido funcionamento, menos ele se presta a desempenhar a sua função *estrutural* como instrumento de controle social e mais frágil o sistema se torna. Isso vale tanto para leis vigentes (válidas e eficazes) mas materialmente ultrapassadas, quanto para a morosidade na prestação jurisdicional (a lei é boa e adequada, mas tardiamente aplicada). Neste último caso, Edmund Burke elucida bem a questão em uma passagem de sua obra *Defesa da Sociedade Natural* (BURKE, 1982):

O Atraso da Lei é, Vossa Senhoria vai me dizer, um tópico banal, e quantos desses abusos (*pelo atraso da lei*) não têm sido severamente sentidos a ponto de não serem frequentemente ignorados? A propriedade de um homem presta-se a servir aos propósitos de seu sustento; e, portanto, atrasar uma decisão a respeito disso é a pior das injustiças, porque se retira a própria finalidade e o propósito pelo qual eu recorri ao Judiciário por um provimento (tradução nossa) ⁶.

Em termos práticos, verifica-se que o efeito é o mesmo: a perda de confiança no sistema e consequente fragilidade. Em casos extremos, a ineficiência pode ser tamanha que, inevitavelmente, se chegará a um ponto de ruptura, que poderá ser suave e gradativa, ou imediata e violenta ⁷.

Conclui-se, portanto, que o sistema jurídico clássico, concebido nos moldes do liberalismo e analisado segundo a sua função estrutural, é o instrumento pelo qual *em tese* se alcança a estabilidade necessária para permitir a criação de um ambiente favorável ao progresso social. Por outro lado, tem como limitações o fato de depender de constante manutenção, e ser muito mais eficiente em *controlar* do que *promover*. Uma das grandes desvantagens em se limitar o Direito a mera técnica de controle social ocorre em certas ocasiões de crise social que demandam soluções alternativas àquelas apresentadas pelo modelo de Kelsen. O Estado, nesse tipo de situação, deve adotar um comportamento ativo a fim de resolver determinadas contingências nas quais o tipo de controle tradicionalmente oferecido pelo Direito torna-se inadequado. A título de exemplo, basta observar a realidade de

⁶ “The Delay of the Law is, your Lordship will tell me, a trite Topic, and which of its Abuses have not been too severely felt not to be often complained of? A Man's Property is to serve for the Purposes of his Support; and therefore to delay a Determination concerning that, is the worst Injustice, because it cuts off the very End and Purpose for which I applied to the Judicature for Relief”.

⁷ Karl Marx, em sua obra *O Manifesto Comunista*, previa que tais rupturas sempre se operariam de forma violenta. Edmund Burke, por sua vez, era contra todas as formas de ruptura abruptas, na medida em que causam enormes prejuízos e convulsões sociais desnecessárias, segundo registrou em sua obra *Defesa da Sociedade Natural*.

certas regiões africanas: seria absurdo imaginar que, onde a fome é generalizada, poder-se-ia coibir o furto de alimentos por meio da imposição de sanções. A situação só seria resolvida, nesse caso, se houvesse a promoção de medidas públicas que resolvessem a raiz do problema, antes de se considerar quaisquer medidas repressivas de controle social. Ou seja, *promover*, antes de *controlar*. Afinal, se o modelo clássico presta-se primordialmente a conferir estabilidade (leia-se: manutenção) a uma situação social preexistente, não existe qualquer lógica em adotá-lo quando a realidade demanda *a priori* alterações estruturais profundas. Em suma, *só se mantém aquilo que já está bom* (ou aquilo que, pelo menos, já se encontra em uma situação minimamente tolerável).

É bem verdade que, por meio da função estrutural do Direito de Kelsen, podemos induzir comportamentos coletivos por meio da imposição de sanções sobre indivíduos que cometam ações socialmente indesejadas. Contudo, como já dissemos, essa sistemática é mais útil para fins de estabilidade, na medida em que ela tem por objetivo a manutenção da ordem (a ideia central é impedir, guardadas as devidas proporções, o retorno do homem ao caos do *estado natural* de Hobbes). Entretanto, se realmente desejamos promover uma efetiva aproximação entre o mundo em que vivemos e aquele modelo abstrato de uma sociedade justa, igualitária e solidária, o sistema clássico puramente *kelseniano* não é suficiente. Devemos complementá-lo com uma outra sistemática que permita a promoção daqueles direitos de 2ª dimensão já mencionados: passamos, aqui, a discorrer sobre a função *promocional* do Direito segundo Bobbio.

Da função promocional do Direito segundo Bobbio

Para além da função estrutural do Direito segundo a visão de Kelsen, existe uma outra, mais adequada para se explicar o fenômeno das normas que, ao invés de punir, promovem situações socialmente desejadas e induzem a comportamentos socialmente almejados por meio de incentivos: trata-se da função *promocional* do direito.

A análise de Bobbio ganha destaque na medida em que surge, no panorama mundial, Estados nacionais que, em contraposição à clássica estrutura liberal tradicionalmente caracterizada pela mínima intervenção estatal na economia e a promoção do princípio da igualdade em um sentido mais formal⁸, carregam um novo paradigma de referência no que se refere ao papel desempenhado pelo Estado, que então passa a adotar uma postura

⁸ Segundo José de Albuquerque Rocha (ob. cit., p.126), outras características típicas dos tradicionais Estados de Direito, organizadas segundo a clássica concepção liberal, são a divisão dos Poderes nos moldes concebidos por Montesquieu, a supremacia da Constituição como norma máxima e limitadora do poder estatal e a garantia de direitos individuais fundamentais.

socioeconômica mais ativa a fim de promover, no plano prático, o princípio da igualdade sob um viés *material*. Essa postura traduziu-se, em termos empíricos, pela adoção de políticas públicas que pretenderam trazer exequibilidade aos direitos de igualdade consagrados nas mais modernas constituições, guiados sob a égide da Dignidade Humana em suas mais diversas dimensões. A esse novo paradigma deu-se o nome de *Estado Social de Direito*, um modelo que, embora já tivesse nascido na década de 30 do século XX, segundo os modelos da *Weimarer Verfassung* alemã e da Carta Mexicana de 1917, foi amplamente adotado pela maioria dos países democráticos somente após a Segunda Guerra mundial, e cuja ideia central consistia em garantir o bem-estar geral por meio de uma forte intervenção estatal em quase todos os aspectos da vida social. Era a ascensão do chamado *Welfare State*⁹ a níveis mundiais.

Assim, a função do Direito dentro desse modelo de organização jurídica também teve de evoluir, abandonando o seu aspecto originário *negativo* (no sentido de promover um “não-agir”, por meio de instrumentos normativos sancionatórios) para, então, ostentar uma concepção *positiva*: as constituições nacionais passaram a positivizar normas que permitissem aos governos justificar, legalmente, posturas políticas proativas para fins de desenvolvimento econômico e social. No caso da Constituição Brasileira de 1988, há vários dispositivos que, sem abandonar os princípios clássicos do sistema liberal no que se refere à proteção dos direitos individuais de *primeira dimensão*, denotam a adoção desse modelo social orientado pela efetivação de direitos de *segunda dimensão*: políticas públicas de massa são promovidas nos campos da educação (arts. 205 a 214), saúde (arts. 196 a 200), economia (arts. 170 a 181), direitos trabalhistas (arts. 7º a 11º), e redistribuição de rendas por meio da previdência e assistência sociais (arts. 201 a 204), entre diversos outros institutos encontrados de forma esparsa ao longo da Carta.

Dentro desse panorama, remetemo-nos novamente às lições de Bobbio, segundo o qual uma das funções primordiais do Direito, conforme essa realidade, é *promover* a persecução daqueles fins sociais (daí a origem da expressão utilizada por Bobbio, “função *promocional* do Direito”) que, de outra maneira, não poderiam ser alcançados por meios alternativos mais brandos de controle social (ob. cit., p.206). Conclui-se, então, que, dada a existência de instrumentos constitucionais que justificam a criação de leis que visem ao planejamento, implementação e execução de políticas coletivas, a promoção de políticas

⁹ Em verdade, as sementes dessa forma de organização político-social já haviam surgido desde a Grande Depressão de 1929, uma situação de extrema recessão econômica mundial que persistiu até o final da Segunda Guerra Mundial e que deu causa, em grande medida, ao surgimento de regimes totalitários na Europa.

públicas sociais passa a ser juridicamente justificada nesse contexto, permitindo-se operar, no plano concreto, a consecução dos mais diversos aspectos da Dignidade Humana.

Da autonomia do microsistema das políticas públicas sociais

Para compreender a sistemática pela qual as políticas públicas são promovidas no Brasil, temos de entender, primeiramente, o microsistema jurídico da qual elas nascem. Conforme já analisamos, as políticas públicas, independentemente de sua natureza, devem ter a sua existência fundamentada nos valores consagrados na Lei Maior, e que necessariamente sujeitam-se a um duplo critério, um constitucional e outro legal.

Dentre os diversos princípios elencados na Constituição, três deles são especialmente importantes no que se refere à promoção de políticas públicas: o da *força normativa da constituição*, o da *legalidade* e o da *igualdade material* (ou *substancial*, em contraposição à igualdade formal clássica do liberalismo). Da combinação desses três conceitos fundamentais, surge uma estrutura tridimensional normativa, um microsistema jurídico dinâmico, autônomo, autorreferenciado, interativo e autopoietico (nos moldes preconizados por Niklas Luhmann, em sua *Teoria dos Sistemas*), em cujos vértices se encontram os referidos princípios. Esses princípios se conjugam de tal maneira que acabam por originar uma estrutura peculiar própria, através do qual as políticas públicas ganham vida no campo social. Ele é jurídico, pois encontra seu fundamento e validade na Norma Suprema do Estado brasileiro, e por meio da lei ele se opera; é autônomo, pois trata-se de um conjunto de regramentos específicos e interligados que funcionam de forma independente ao ambiente jurídico que o cerca; é dinâmico, pois encontra-se em transformação contínua, segundo as demandas sociais existentes em um dado momento; é autorreferenciado, pois sistematiza-se a partir de princípios próprios; é interativo, pois mesmo em sua autonomia, troca influências com o meio que o cerca; e é autopoietico, pois ele se reproduz, a partir de si mesmo, nas mais diversas esferas políticas ao longo do território (em geral, por meio da observância ao princípio da simetria aplicada aos estados e municípios, a partir do modelo adotado pela União), produzindo efeitos que, por sua vez, conferirão legitimidade ao sistema para a adoção de outras políticas sociais futuras.

Dos três pilares que sustentam o microsistema jurídico de políticas públicas, dois já foram abordados neste estudo (o da força normativa da Constituição e o da Legalidade), recordando que políticas públicas são fruto de normas constitucionais programáticas e estas, por sua vez, dependem da edição de lei para se efetivarem. Resta-nos, então, a análise do princípio da igualdade material (ou substancial), que nos fornece o fundamento originário, a

justificativa, para o nascimento de uma política pública.

Da igualdade material como fundamento das políticas públicas

A igualdade material, desde cedo, foi o principal marco abordado pelos direitos fundamentais de segunda dimensão, cujas raízes remontam aos primórdios do *Welfare State*. Foi uma época conturbada, marcada por confrontos e reivindicações da classe trabalhista, que vivia em estado de penúria dadas as profundas desigualdades sociais, advindas da total ausência de legislações de proteção ao trabalhador e conjugadas ao domínio econômico dos monopólios que regiam o ambiente capitalista da época 10. A lição deixada à humanidade, aprendida ao custo de muito sofrimento humano, é que a completa ausência de proteção a direitos sociais e a inexistência de políticas públicas que visem a atenuar desigualdades podem levar um país à convulsão social generalizada – causando, em alguns casos, rupturas institucionais violentas (como foi o caso das revoluções comunistas ocorridas ao longo do século XX). Desse forma, a mera igualdade formal herdada do Estado liberal não é suficiente para dirimir essas questões. Deve-se buscar uma posição proativa do Direito, de forma a promover uma igualdade substancial que garanta a todos um mínimo de dignidade, fator essencial para o exercício de sua cidadania.

Conforme apontado pelas lições de Bobbio, a função promocional do Direito advém justamente da necessidade em se impedir situações que comprometam a própria capacidade do povo em legitimar suas próprias ações. Explica-se: a concretização de direitos e garantias fundamentais é condição necessária para o exercício de outros direitos fundamentais, em um processo cíclico de “*autoalimentação*”. Um povo que não usufrui, por exemplo, de direitos políticos em sua plenitude, não dispõe de meios para promover, no campo público institucional, políticas públicas sociais que visem a garantir outros direitos de igual categoria. Elucidativas são as palavras de Luiza Cristina Fonseca (FRISCHEISEN, 2001), conselheira do CNJ em 2014:

Como poderia, por exemplo, um analfabeto exercer plenamente o direito à livre manifestação do pensamento? Para que isso fosse possível é que se formulou e se positivou nos textos constitucionais e nas declarações internacionais o direito à educação. Na mesma linha, como se pode dizer que um sem-teto, que mora debaixo da ponte, exerce o direito à intimidade (inc. 5º., inc. X, da Constituição brasileira)? Isso será uma ficção enquanto não

¹⁰ O monopólio, um subproduto indesejado que expõe uma das faces mais perversas do capitalismo, corrói um dos pilares fundamentais em que a economia de livre mercado se assenta: a livre concorrência. Salvo em raríssimas exceções que envolvem a soberania dos Estados, é um fenômeno que deve ser combatido.

lhe for assegurado o direito à moradia, hoje constante do rol de direitos sociais do artigo 6º. Da Constituição (op. cit., p.08)

Assim, conclui-se que o Direito deve promover políticas públicas sociais a fim de garantir a efetividade máxima do princípio da dignidade humana, em todas as suas dimensões, eis que pressuposto necessário para a própria legitimação do Estado Democrático De Direito.

Como avaliar as políticas públicas?

Após toda a análise das questões abordadas, pode-se assumir que, juridicamente, o microsistema encontra-se devidamente estruturado, fundamentado e validado pelo ordenamento jurídico vigente. Uma vez garantido o sistema que promove a existência e a realização de políticas públicas de cunho social, devemos avaliar a sua efetividade segundo os resultados que alcançam ao longo do tempo, perante a realidade social brasileira.

Aqui, especificamente, deve-se agir com especial cautela ao se promover uma análise lógica entre o objetivo inicial a ser alcançado e o resultado atingido. A necessidade de se analisar o Direito e as políticas públicas segundo os efeitos obtidos, embora pareça óbvio, é frequentemente deixada de lado, na medida em que a mera projeção política de um programa social torna-se propaganda para fins eleitorais, independentemente dos efeitos sociais alcançados. Um exemplo é o programa Bolsa-Família (lei nº.10.836, de 2004), inicialmente concebido para promover a distribuição de renda àqueles que dela necessitam (os destinatários seriam famílias em estado de *extrema pobreza*, assim compreendidas aquelas com renda *per capita* inferior a oitenta e cinco reais mensais, ou aquelas em estado de pobreza)¹¹: o que tem frequentemente ocorrido é um potencial beneficiário abandonar sua atividade laboral formalmente registrada, para então trabalhar informalmente, de forma a forjar uma suposta condição de carência e, assim, preencher os requisitos de admissibilidade no sistema – neste caso, não só o programa deixa de cumprir o fim a que foi concebido, mas piora ainda mais a situação que lhe deu causa, fornecendo renda extra a quem dela não necessita (além de injusto e criminoso, ainda acaba por promover uma desigualdade social ainda maior). Outro grande problema neste caso é o imenso prejuízo causado ao erário público decorrente de fraudes realizadas dentro do próprio sistema, segundo um levantamento preliminar do governo federal em agosto de 2016, um rombo cujas estimativas iniciais

¹¹ Dados colhidos no próprio *website* oficial do governo federal. Disponível em: <<http://calendariobolsafamilia2016.org/quem-tem-direito-ao-bolsa-familia/>>. Acesso em 25 set. 2016.

orbitam um valor de cem milhões de reais ¹².

Outro aspecto a ser devidamente observado, quando se analisam políticas públicas, é procurar entender as verdadeiras razões que as motivam, para além das aparências, considerando-se a conjuntura político-social por que passa uma nação em um dado momento. Afinal, a adoção indiscriminada de políticas públicas de massa é, infelizmente, uma das características mais marcantes de Estados nacionais totalitários, na medida em que é patente a ascensão ao longo da história de regimes antidemocráticos (ainda que, comumente, ostentassem a palavra “democracia” em seus nomes) que, alegando as melhores intenções e promovendo robustas políticas sociais, causaram os mais terríveis resultados.

O Nazismo, por exemplo, ascendeu-se na Alemanha por meio de eleições legítimas, e, *em tese*, implementou a “*vontade*” do povo alemão segundo as leis vigentes na época. Tudo ocorrido democraticamente, no coração de uma sociedade conhecida por sua seriedade e eficiência (supostas evidências de uma sociedade evoluída). Em troca de apoio político, o Terceiro *Reich* promoveu forte intervenção econômica e políticas sociais que acabaram com o desemprego e a hiperinflação, além da erradicação da miséria. Os resultado final dessa política todos nós conhecemos. Na União Soviética de Stálin, o primeiro plano quinquenal, ou *Piatiletka* (1928-1932), transformou uma nação de camponeses a uma potencial industrial e militar, conjugada com a promoção de pleno emprego (na medida em que todos se tornaram funcionários do Estado). De 1913 a 1938, o número de estudantes que frequentavam escolas de todos os níveis saltou de oito milhões para trinta e um milhões ao final do período, em um programa social de educação massiva. O preço, como hoje sabemos, foi altíssimo (considerando-se só o primeiro grande expurgo de Stalin, o número de mortes, segundo estimativas atuais, foi superior a oitocentos mil pessoas ¹³). Talvez parte da resposta repouse na ideia da “*banalização do mal*”, tal qual descrita por Hanna Arendt (ARENDR, 1989), ou talvez o problema resida no próprio sistema em si, que permitiu a ascensão democrática de figuras como Hitler e Mussolini sob a silenciosa aprovação das massas, como predisse Henry Thoreau (THOREAU, 2012, p. 23). De qualquer forma, uma coisa é certa: se, por um lado,

¹² Matéria veiculada pelo jornal O Globo, mas disponível em diversas outras fontes de informação. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/pente-fino-do-governo-descobre-fraude-no-bolsa-familia-19983334>>. Acesso em: 25 set. 2016.

¹³ As estimativas variam de acordo com a organização que efetuam as pesquisas sobre essa época, mas praticamente todas concordam que o numero de vitimas foi próximo a um milhão. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/pesquisadores-descobrem-novos-detalhes-do-grande-expurgo-de-stalin/a-14811776>>. Acesso em: 22 set. 2016.

indivíduos são normalmente julgados por suas intenções ¹⁴, as políticas públicas, tanto no processo de implementação execução, devem necessariamente ser avaliadas pelo seu *resultado*, segundo uma ótica utilitarista ¹⁵.

Conclusões

Segundo uma análise histórica das teorias que sustentam a existência dos estados politicamente organizados em torno da necessidade humana por segurança individual e estabilidade social, as políticas públicas são importantes meios de concretização dos direitos em suas dimensões materiais, na medida em que, sem elas, não se pode alcançar o pleno exercício de direitos fundamentais e alcançar os objetivos preconizados por um Estado Democrático de Direito.

A percepção de Hans Kelsen sobre os objetivos do Direito no desempenho de sua função estrutural, embora tecnicamente corretos no que se refere à estrutura jurídica das normas, é insuficiente para explicar a evidente necessidade contemporânea do Direito em adotar uma postura ativa, por meio da adoção de políticas públicas previstas nas constituições. Nestes termos, a teoria da função promocional do Direito, de Norberto Bobbio, ganha relevância, mostrando-se mais adequada no que se refere à promoção de direitos por meio de programas sociais.

Faz-se necessário que os Estados nacionais adotem um comportamento ativo, segundo uma ótica social, em contraposição à clássica concepção de estado liberal não-intervencionista, a fim de se promover a persecução daqueles fins sociais que, de outro modo, não seriam alcançados por meios alternativos mais brandos de controle social.

Finalmente, é necessário realizar o devido acompanhamento das políticas públicas em consecução, avaliando-se os resultados sob uma perspectiva racional, sem a qual incorre-se no perigo de aprofundar ainda mais os problemas que fundamentaram inicialmente a própria adoção da medida.

¹⁴ a exemplo disso, a grande maioria dos sistemas penais modernos incluem o dolo e a culpa como elementos essenciais do crime, sem os quais não há crime ou, havendo, não haverá imputabilidade, a depender da teoria adotada.

¹⁵ “*The principle of utility recognises this subjection, and makes it the basis of a system that aims to have the edifice of happiness built by the hands of reason and of law*” (ob. cit., p.06)

REFERÊNCIAS

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O Mundo Como Vontade e Como Representação**. São Paulo: Unesp, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOBBIO, Norberto; tradução de VERSANI, Daniela. **Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito**. Barueri-SP: Manole, 2007.

HOBBS, Thomas. Tradução de RIBEIRO, Jaime. **Do Cidadão**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HEGEL, Georg. **Fenomenologia do Espírito**. 6ª ed. São Paulo: Vozes, 2011.

LASSALLE, Ferdinand. Tradução de STÖNNER, Walter. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>>. Acesso em: 22 set. 2016.

BURKE, Edmund. **A Vindication of Natural Society**. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 1982. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/burke-a-vindication-of-natural-society>>. Acesso em: 22 set. 2016.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/manifestocomunista.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2016.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina et al. **Direitos Humanos e Políticas Públicas**. São Paulo: Pólis, 2001.

THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARENDT, Hanna. **As Origens do Totalitarismo**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Disponível em: <<http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>>, Acesso em: 29 abr. 2016.