

**III CONGRESSO DE DIREITO DO
VETOR NORTE**

**DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA
CONSTITUIÇÃO**

A532

Anais do III Congresso de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line] organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fabrício Veiga da Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Raphael Moreira Maia – Belo Horizonte: FAMINAS, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-000-8

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

Tema: Tensões contemporâneas e consolidação da Democracia Brasileira.

1. Estado Democrático de Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direitos Humanos. I. III Congresso de Direito do Vetor Norte (1:2010 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O GT de Direito Constitucional e Teoria da Constituição, realizado no II Congresso do Vetor Norte –FAMINAS-BH, no dia 22 de outubro de 2019, problematizou debates de temas que marcam a pluralidade da sociedade contemporânea marcada pela diversidade, desigualdade e marginalidade social.

O debate do princípio da igualdade passou por estudos realizados no âmbito processual, civil, tributário, econômico-financeiro, penal, processual penal, trabalho, processual do trabalho. Ou seja, forma problematizadas questões jurídico-constitucionais que afetam diretamente a sociedade brasileira, enaltecendo-se a importância da ciência do Direito em dar efetividade aos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte.

O estudo sobre o direito fundamental à liberdade marcou debates fundados na liberdade de expressão, cátedra, ir e vir, não sofrer qualquer restrição no direito de se manifestar e expor seus posicionamentos científicos, políticos e ideológicos. Outros direitos fundamentais, como a educação, saúde, filiação, meio ambiente também foram objeto de estudo fundado na crítica-epistemológica de um modelo de Estado Democrático.

Alex Ian Psarski Cabral

Evandro Sérgio Lopes da Silva

Silvio Teixeira da Costa

UM DIÁLOGO SOBRE A IDEIA DE LIBERALISMO DE BOBBIO E A MÁXIMA EFETIVIDADE NO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL
A DIALOGUE ON THE IDEA OF BOBBIO LIBERALISM AND THE MAXIMUM EFFECTIVENESS FOR COMPLIANCE WITH SOCIAL RIGHTS IN BRAZIL

Carolina de Moraes Pontes ¹

Resumo

Como é que a ideia do pensador italiano Norberto Bobbio, um social-liberal, pode coexistir ao modelo de uma participação do Estado para a garantia dos direitos sociais em caráter efetivo no Brasil? É na tentativa de responder a essa pergunta e, entendendo que um diálogo entre temáticas entrelaçadas ao Direito Constitucional podem auxiliar na construção de um entendimento frente à essa tensão contemporânea que se revela no caso das judicializações, cujas demandas visam a contraprestação do Estado no efetivo cumprimento dos direitos sociais é que se desenha o presente trabalho.

Palavras-chave: Liberalismo, Direitos sociais, Estado

Abstract/Resumen/Résumé

How can the idea of Italian thinker Norberto Bobbio, a social liberal, coexist with the model of state participation for the guarantee of social rights in Brazil? It is in an attempt to answer this question and, understanding that a dialogue between themes intertwined with Constitutional Law can help in the construction of an understanding in face of this contemporary tension that is revealed in the case of judicialization, whose demands aim at the State's consideration in the effective compliance social rights is what the present work is designed for.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Liberalism, Social rights, State

¹ Advogada. Parlamentar. Especialista em Direito Público. Mestre em Direitos Fundamentais, Difusos e Coletivos. Professora na Universidade Paulista - UNIP.

INTRODUÇÃO

É frequente o debate sobre a judicialização de diversos temas ligados à garantia de direitos constitucionalmente assegurados, em especial, no que tange a falha de prestação dos serviços públicos ou escassez de políticas públicas. Alvo de diversas críticas, esse fenômeno é bastante rebatido por gestores públicos, todavia, o tema divide opiniões, cuja contraposição vem ao encontro do argumento de que se o Estado não fosse omissor na implantação dessas políticas, a via do Judiciário não seria exaustivamente provocada, em especial, para o cumprimento dos denominados direitos sociais. Por desdobramento desse fenômeno, a pluralidade dos processos recebe uma resposta dos julgadores que, vêm entendendo pelo cumprimento da letra constitucional. Frente a este cenário, o presente trabalho tem como objetivo, um breve estudo sobre a eficácia no cumprimento dos direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 88, após uma leitura do cenário atual acerca do posicionamento dos tribunais superiores frente às demandas propostas que visam o cumprimento da atividade prestacional do Estado na garantia desses direitos. E, nesse sentido, objetiva também promover um diálogo dessas decisões com o pensamento liberalista traduzido nas obras de Norberto Bobbio, visando traçar uma reflexão sobre a possibilidade – ou não – da coexistência de nosso modelo atual com a proposta do pensamento liberalista aqui avocada.

A tensão contemporânea

Bobbio é um defensor do liberalismo e da democracia, chegando a trazer em um de seus ensaios o fato de que o segundo conceito há tempos tem sido estudado como um desdobramento natural do primeiro, mostrando certa incompatibilidade de ideias, haja vista que a democracia como implantada em alguns Estados têm funcionado como produto de um Estado assistencial, o que já contrariaria em essência a ideia de um Estado Liberal, cuja tradução da ideia se daria mais tarde na defesa do Estado mínimo proposto.

Por outra via, no Brasil, sob o pano de fundo do regime ditatorial, na ânsia por novos ares, a Constituição Federal de 1988 vem como uma resposta ao comando da época, provocando uma ruptura sustentada e parametrizada pela vertente das liberdades fundamentais, sobre os pilares do Estado Democrático de Direito.

Na esteira das liberdades, forma-se o arcabouço constitucional de um direito que prioriza a garantia dos direitos fundamentais, não só sob a referência dos individuais, especialmente elencados no artigo 5º, de nossa Carta Magna, mas, também, pela garantia dos direitos sociais, dispostos a seguir, no artigo 6º.

Quando partimos a análise pelos direitos fundamentais individuais, encontramos um importante recorte nas liberdades garantidas pela Constituição que vem ao encontro do conceito de liberalismo político descrito a seguir. Todavia, os conflitos e desafios da coexistência desses conceitos começam a aparecer quando se dá o efetivo cumprimento dos direitos sociais assegurados em Carta Constitucional a todos os cidadãos que provocam o Judiciário em busca de tais direitos. Esse fenômeno passou a ser recorrente, provocando a onda alcunhada de judicialização, que na explicação do Ministro Luis Roberto Barroso se dá por três grandes razões: a “redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988”; a “constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”; e, o “sistema brasileiro de controle de constitucionalidade” (BARROSO, 2009, pp.19-20), defendido também pelo Ministro Gilmar Mendes como sendo o “mais abrangente do mundo” (MENDES, 2005. p. 146).

O fato é que, independente das objeções a essa trilha de judicialização que o país tem seguido, importantes temáticas passaram a ser protegidas pelo modelo constitucional de 1988 e, neste processo de ruptura de regime cujo recorte exprime o momento de pós-ditadura, os direitos sociais passam a ser enxergados com maior atenção.

Com isso, o Estado passa a ser garantidor desses importantes direitos e, em que pese, sua natureza ser prestacional, dependendo para sua aplicação de uma estrutura jurídico-normativa, ainda assim, a garantia por meio das sentenças monocráticas e confirmadas em colegiado, mostram que, independentemente de seu caráter aberto, o Estado passa a ter essa obrigação.

Isso se confirma, principalmente no campo da saúde, com a gama de processos, cujas sentenças concedem e asseguram o direito social. Destacando apenas um desses direitos arrolados no artigo 6º, temos um gasto vultoso por parte do Executivo por força de condenações judiciais. No estado de São Paulo, por exemplo, gasta-se “mais de R\$ 1 bilhão ao ano somente por condenações judiciais em matéria de saúde pública, de acordo com dados da Procuradoria-Geral do Estado. União, estados e municípios, somados, gastam R\$ 7 bilhões ao ano para cumprir decisões judiciais, segundo o Ministério da Saúde.”.

Com isso, ainda que por força judicial, o Estado acaba sendo obrigado a atingir efetivamente os direitos sociais no Brasil, mas sabemos que a realidade não se apresenta dessa forma. Por maiores que sejam os esforços da Defensoria Pública, do Ministério Público, bem como do Poder Judiciário, o Estado necessita se organizar por meio da política adotada por seus governantes para que haja cumprimento desses direitos sem que eles tenham de ser garantidos

pelas vias judiciais. E ainda por esse prisma, traçamos um breve diálogo com o pensamento de Norberto Bobbio, cujo pensamento liberal se confronta ao modelo então adotado. Há como falarmos em mínima intervenção do Estado, ou mesmo em garantia de liberdades individuais sob a égide de nossa Constituição Federal com a defesa dos direitos sociais como aplicados hoje no Brasil? Eis a reflexão que esse breve diálogo entre respeitado pensamento jurídico e Constituição Federal de 88 busca traduzir.

A ideia do liberalismo sob a ótica de Bobbio

O liberalismo está muito longe de ser a ideia de uma pessoa só. Trata-se de um movimento, cuja ideia perpassa diversos autores, inclusive, com perfis bem diferentes e controversos entre si, como Locke, Montesquieu, Kant, Adam Smith, Humboldt, Constant, John Stuart Mill, Tocqueville, entre outros.¹

Sob a ótica de Bobbio:

O liberalismo é, como teoria econômica, defensor da economia de mercado; como teoria política, é defensor do Estado que governe o mesmo possível ou, como se diz hoje, do Estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário). (...) Sob ambos os aspectos, econômico e político, o liberalismo é a doutrina do Estado mínimo: o Estado é um mal necessário, mas é um mal. Não se pode deixar de lado o Estado, e portanto nada de anarquia, mas a esfera a que se estende o poder político (que é o poder de colocar na cadeia as pessoas), deve ser reduzida aos termos mínimos. (BOBBIO, 1984, pp. 128; 135)

Desmembrando a ideia, mais adiante, Bobbio coloca:

A antítese do Estado liberal é o Estado paternalista, que toma conta dos seus súditos como se fossem eternos menores de idade e cuida da sua felicidade. Essa antítese é muito clara nos primeiros clássicos do liberalismo, Locke, Kant, Humboldt e, naturalmente, Adam Smith. (...) Os Estado que os primeiros liberais combatiam era o chamado *Wohlfahrtsstaat*, ou seja, o Estado de bem-estar daquele tempo, conforme expressão alemã. Mas para os primeiros escritores liberais, os termos da polêmica não são muito diversos dos termos postos pelos escritores liberais de hoje, segundo os quais o melhor bem-estar é aquele que os indivíduos conseguem encontrar por si mesmos, desde que sejam livres para buscar o próprio interesse. O Estado mínimo insurge-se contra o Estado paternalista dos príncipes reformadores; o Estado mínimo é hoje reproposto contra o Estado assistencial, do qual se deplora que reduza o livre cidadão a súdito protegido; numa palavra, é reproposto contra as novas formas de paternalismo. (BOBBIO, 1984, p. 136)

¹ Autores citados dentro do ensaio "Qual liberalismo?", do livro "O futuro da democracia", de Norberto Bobbio, cujo contexto é datado da primeira edição italiana, em 1984, em que se coloca em discussão os modelos de liberalismo que podem ser adotados. Mais uma reflexão proposta na obra já mencionada que fora utilizada como livro-base na construção deste artigo, tradução de Marco Aurélio Nogueira.

Ou seja, para Bobbio, o liberalismo vai na contramão de uma ideia paternalista em que o Estado crie uma dependência do cidadão para com Ele. E essa relação é bastante complexa, pois no decorrer de suas obras, há inúmeras correlações entre estes conceitos com a Democracia. E, como percebido no recorte de seu estudo, a ideia aqui se contraporia ao modelo, no estágio contemporâneo, seria o Estado assistencialista, em que permite que o cidadão recorra ao poder constituído para dirimir seus males, em especial, no que tange sua obrigação prestacional.

Aí cabe uma reflexão acerca de quais são essas formas paternalistas. A partir do momento que considerarmos a aplicação na sua máxima dos direitos sociais sendo garantidos em plenitude pelo Estado é uma visão paternalista? Se sim, claramente, vamos na contramão de um Estado de políticas liberais, mas se considerarmos programas de políticas públicas no campo do desenvolvimento social instrumentos que visem a equidade daqueles que precisam para garantia desses direitos, sem considerá-los como paternalistas, mas essenciais para uma sociedade livre, justa e solidária conforme preconiza o preâmbulo da Constituição, podemos considerar que as liberdades fundamentais conseguem suprir essa ideia traduzida por Bobbio, principalmente pelo prisma do liberalismo econômico, pois as medidas legais, respaldadas em políticas públicas apenas trarão equiparação aos vulneráveis, para que estes segmentos possam, de igual a igual, buscarem alternativas que não dependam do Estado.

A aplicação e a garantia dos direitos sociais no Brasil por meio de políticas públicas

Praticamente impossível seria conceituar políticas públicas sob a ótica jurídica em um resumo expandido. Há inúmeras tentativas de alcançar uma definição completa em virtude da sua característica interdisciplinar. Uma das acadêmicas que mais estuda essa temática é Maria Paula Dallari Bucci, da Universidade de São Paulo (USP) e após inúmeras premissas e ponderações, ela propõe a ideia de:

programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006, p.239)

Nesse sentido, sob a ótica interdisciplinar que a matéria permite, para a Professora da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), observa-se que:

Na análise e avaliação de políticas implementadas por um governo, fatores de diferentes natureza e determinação são importantes. Especialmente quando se focaliza as políticas sociais, (usualmente entendidas como as de educação, saúde, previdência, habitação, saneamento etc.) os fatores envolvidos para a aferição de seu “sucesso” ou “fracasso” são complexos, variados, e exigem grande esforço de análise. (HÖFLING, 2001, p. 31-32)

Assim, pode-se dizer que as políticas públicas são instrumentos do governo para “dar vida” à letra Constitucional, especialmente, no que tange aquilo que guarda relevância ao coletivo, motivo pelo qual, as políticas sociais encontram aqui sua sustentação.

Quando há o fenômeno da demasiada judicialização, seja na saúde, na educação, no transporte público (recentemente inserido no rol do artigo 6º pela EC 90/2015), na previdência social, há de se acender um alerta para que o governo está falhando na utilização do instrumento de políticas públicas. O alcance social não está sendo efetivo, haja vista que a contraprestação do Estado não está cumprindo com sua finalidade, pois em caráter individual, as pessoas têm buscado no poder Judiciário medidas satisfativas de direito. Se eu me valho de uma ferramenta de gestão com recursos públicos que facilite o acesso à creche, por exemplo, o número de mães a bater às portas do juízo tende a diminuir. Obviamente, o raciocínio não pode ser tão simplista, pois fatores como aumento de desemprego, estagnação de economia, entre outros, fazem com que muitos migrem do serviço prestado na iniciativa privada, fazendo a utilização do sistema universal de serviços públicos, no entanto, não se pode desprezar o sinal de que em *prima* análise, a judicialização para o cumprimento de medidas que deveriam ser por parte do Estado através da atividade prestacional pode levar ao raciocínio e levantamento de inúmeras hipóteses, mas, aqui, pede-se licença para destacar que: i) as políticas públicas não estão atingindo a uma finalidade proposta que tenha intrínseca a entrega de um serviço público ao maior número de pessoas; ii) para um Estado liberal, as políticas públicas deveriam ser em demandas de segmentação pontual, visando a intervenção mínima por parte do Estado, motivo pelo qual, as decisões judiciais deveriam acolher menos os fundamentos de que a aplicação destes direitos deveriam ser absolutos ou aplicados de forma imediata.

O diálogo entre o pensamento liberalista e a defesa da prática de políticas sociais

E assim, frente aos possíveis desdobramentos dos caminhos aqui sugeridos, o trabalho segue para sua reta final que, aqui, apresenta-se em caráter bastante sucinto, entretanto, sem sombra de dúvidas, tem por objetivo apenas iniciar uma provocação acerca desse tema enquanto tensão contemporânea.

Embora a autora supracitada, Eloisa Höfling utiliza-se do autor Milton Friedman como referencial teórico de seu estudo, e seu caráter seja mais voltado para o neoliberalismo – o que guarda algumas diferenças com o liberalismo de Bobbio – algumas percepções são essenciais para o traçar deste diálogo que pode parecer dicotômico a depender do ângulo de observação, mas que permite um entrelace interessante ao fortalecimento da democracia.

As teorias políticas liberais concebem as funções do Estado essencialmente voltadas para a garantia dos direitos individuais, sem interferência nas esferas da vida pública e, especificamente, na esfera econômica da sociedade. (HÖFLING, 2001, p. 31-32)

Entende-se que o liberalismo se preocupa com pautas mais voltadas para a garantia do direito individual, mas a sociedade estar equânime apenas favorece que as atividades incentivadas pelo liberalismo prosperem.

Há possibilidade de uma coexistência entre esses universos até porque um social-liberalismo não deve ser confundido com um Estado assistencialista. Seguindo esse raciocínio:

Penso que uma administração pública – informada por uma concepção crítica de Estado – que considere sua função atender a sociedade como um todo, não privilegiando os interesses dos, devem se voltar para a construção de direitos sociais. Numa sociedade extremamente desigual e heterogênea como a brasileira, a política deve desempenhar grupos detentores do poder econômico, deve estabelecer como prioritários programas de ação universalizantes, que possibilitem a incorporação de conquistas sociais pelos grupos e setores desfavorecidos, visando à reversão do desequilíbrio social. **Mais do que oferecer “serviços” sociais (...) as ações públicas, articuladas com as demandas da sociedade importante papel ao mesmo tempo em relação à democratização da estrutura ocupacional que se estabeleceu, e à formação do cidadão, do sujeito em termos mais significativos do que torná-lo “competitivo frente à ordem mundial globalizada”.** A frustração – ou não – destas expectativas se coloca em relação direta com os pressupostos e parâmetros adotados pelos órgãos públicos e organismos da sociedade civil com relação ao que se concebe por Estado, Governo e Educação Pública. [g.n.] (HÖFLING, 2001, p. 39-40)

Conduzir a sociedade a uma dependência do Estado não é o objetivo Constitucional, mas defender que todos sejam iguais perante a Lei é uma de suas pretensões e a utilização de políticas públicas para o alcance efetivo do caráter social deveria ser uma das estratégias para que essa igualdade fosse atingida e, desse modo, permitindo uma participação justa e igualitária em nossa sociedade.

Considerações finais

Se o acadêmico partir para a interpretação do liberalismo sob a face econômica, haverá necessariamente a dificuldade de pensar em cumprimento dos direitos sociais no modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, em especial no que tange os direitos sociais, no entanto, se houver o entendimento do perfil social e da defesa da democracia como um legado do autor, a reflexão pela proteção das liberdades econômicas não entraria em dicotomia pela atividade prestacional do Estado, agindo nas circunstâncias pontuais, como instrumento regulatório dos recursos públicos, em que a utilização deve ser feita de forma adequada e racional, tendo na concepção, elaboração e prática políticas públicas instrumentos que visem o

atendimento da coletividade em caráter de otimização, cabendo aos gestores públicos o uso consciente desse recurso, enquanto ao Judiciário, a análise dos casos concretos como garantia de efetividade na exceção e não como regra a ser implantada pelas suas decisões.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Arte Nova, 1977.

HÖFLING, Eloisa de. *Estado e políticas (públicas) sociais*. Cadernos Cedes, n. 5, p. 30-41, 2001,

MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional*, 2005, p. 146. *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009.