

IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA I

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

LILIAN MÁRCIA BALMANT EMERIQUE

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P273

Participação e Democracia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UASB

Coordenadores: Gina Esmeralda Chávez Vallejo; Lilian Márcia Balmant Emerique; Armando Albuquerque de Oliveira. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-680-2

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

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O IX Encontro Internacional do CONPEDI em Quito (Equador), dedicado ao tema da “Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito”, ocorreu no mês de outubro de 2018, mês em que a Constituição Brasileira de 1988 completou 30 anos e a Constituição do Equador de 2008 completou 10 anos de existência. Os dois processos constituintes tiveram em comum a preocupação em aprofundar a democracia por meio da participação popular instituindo e aprimorando mecanismos de participação cidadã em diversos níveis.

No Brasil, a Constituição de 1988 gerou cinco diferentes institutos próprios para fomentar a participação popular: participação direta por meio do plebiscito, referendo, iniciativa popular; participação nos conselhos de políticas públicas nas áreas da saúde, assistência social e políticas urbanas; participação nos planos diretores municipais; participação nas comissões parlamentares; e participação nos legislativos estaduais. Além destes, ainda podemos mencionar os instrumentos consultivos como as audiências públicas em matérias de políticas públicas, nos processos legislativos e nos processos judiciais; os instrumentos de informação e controle junto aos órgãos públicos e outras modalidades pulverizadas de canais de comunicação e aproximação do cidadão da máquina pública.

A intensificação democrática e ampliação dos instrumentos de participação ocorreram na América Latina de um modo geral e, em particular, no Equador com a Constituição de 2008, em que estes foram traços marcantes do processo constituinte, introduzindo a participação em múltiplas situações por meio de: plebiscito, referendo, iniciativa popular (para criar, reformar ou derrogar leis), revocatória de mandato, *silla vacía*, *veedurias*, assembleias, *cabildos populares*, audiências públicas, conselhos consultivos, observatórios, dentre outros instrumentos promotores da cidadania, bem como a própria estruturação de poderes do Estado rompendo com a tradicional estrutura tripartite para dimensionar funções de Estado, figurando para além das clássicas também a Função de Transparência e Controle Social e a Função Eleitoral

O Grupo de Trabalho Participação e Democracia, contou com a submissão de 29 trabalhos, dos quais 17 foram apresentados durante o evento. As comunicações efetuadas pelos

participantes denotam a crescente preocupação com os horizontes democráticos na América Latina e, principalmente, no Brasil, tanto na dimensão teórica como na sua práxis, com vistas à promoção da eficácia e efetividade dos canais estruturados com propósito de agenciar melhoramentos e a ampliação dos seus usos. O diálogo foi conduzido num tom que buscou assinalar as inegáveis conquistas democráticas, o fortalecimento das instâncias participativas como jamais antes presenciado na região e o reforço democrático ocasionado pelos documentos constitucionais, em que pese suas fragilidades operacionais.

Os trabalhos apresentados se dedicaram ao exame da democracia representativa e o estudos dos problemas e alternativas para melhorias dos processos eleitorais (Fake News, representação política compartilhada); a avaliação da democracia em relação à capacidade de efetivação dos direitos das minorias e grupos vulneráveis, em particular mulheres, crianças e adolescentes e pessoas encarceradas; debates em torno da participação cidadã na construção, execução e avaliação das políticas públicas (ambientais, educacionais, de acesso à internet etc.); análise dos processos legislativos e dos obstáculos normativos e operacionais para a efetivação da participação popular; crítica sobre o papel do Judiciário na democracia e no controle dos processos políticos; apreciação de aspectos relacionados ao controle social democrático.

Os trabalhos foram dispostos em três sessões temáticas na seguinte ordem: I- Democracia e participação popular: aspectos gerais e dimensões legislativas: 1- “Fragilidades das democracias Latino-Americanas e Caribenhas: uma análise empírica (2006 e 2017)” Armando Albuquerque de Oliveira, Caio Victor Nunes Marques; 2- “Em defesa da participação: análise da iniciativa popular para alteração da Constituição no Brasil e no Equador” Lilian Márcia Balmant Emerique, Ilana Aló Cardoso Ribeiro; 3- “O direito fundamental à participação política por meio da iniciativa legislativa popular e o requisito formal do número de assinaturas dos cidadãos apoiadores de projetos de lei” Itamar de Ávila Ramos; 4- “A representação política compartilhada entre cidadãos participativos e políticos: um princípio a fortalecer o Poder Legislativo” Gabriel Augusto Mendes Borges; II- Democracia e participação cidadã nas políticas públicas e na garantia de direitos: 5- “Responsabilidade civil do Estado por dano no meio ambiente carcerário e sua forma de reparação – análise à luz dos direitos fundamentais em um Estado brasileiro supostamente com participação democrática” Ricardo Ferreira Barouch, Elcio Nacur Rezende; 6- “Mineração e direitos humanos: o caso de Bento Rodrigues/Mariana, Minas Gerais” José Cláudio Junqueira Ribeiro, Francis de Almeida Araújo Lisboa; 7- “Planejamento participativo da educação infantil nos municípios brasileiros: perspectivas e desafios à luz de um caso em concreto no estado do Paraná” Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo, Fernando de Brito Alves; 8- “A crise da democracia na América Latina e a implementação de políticas públicas como

forma de acesso à Justiça” Adriana Fasolo Pilati Scheleder, Cristiny Mroczkoski Rocha; 9- “Conferências Nacionais de políticas para mulher e a formulação de diretrizes para as políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil: participação e representação” Maria Carolina Carvalho Motta; 10- “Teoria da escolha social na consolidação do acesso à internet como instrumento para garantia de direitos fundamentais do cidadão” Rosilene Paiva Marinho de Sousa, Fernando Antônio de Vasconcelos; 11- Participação e democracia: as garantias extrainstitucionais dos direitos sociais e o exercício da cidadania a partir de uma perspectiva garantística e democrática” Rodrigo Garcia Schwarz, Larissa Thielle Arcaro; 12- “Democracia participativa por meio do controle social: o discurso da razão prática na esfera pública” Danilo Pierote Silva, Edinilson Donisete Machado;

III- Balanço da participação e democracia na atividade jurisdicional: 13- “A desvalorização constitucional diante do desgoverno judicial: uma crítica jurídico-constitucional ao ativismo nas atuações do Judiciário brasileiro em detrimento da participação popular no regime democrático” Fernando Antônio da Silva Alves; 14- “A contribuição do modelo fraco do controle de constitucionalidade neozelandês para superar a crise de legitimidade do modelo ultra forte brasileiro” Cláudia Maria Barbosa, Camila Salgueiro da Purificação Marques; 15- “A efetivação do direito fundamental à democracia através da mediação comunitária” Juliana Guanaes Silva de Carvalho Farias; 16- “O recurso extraordinário como espécie de exercício da democracia participativa: a repercussão geral de questão constitucional e os efeitos erga omnes da decisão de mérito” Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Rafaela Cândida Tavares Costa; 17- “Crimes contra a honra praticados por Fake News: uma ameaça a democracia e a participação política” Rhayssam Poubel de Alencar Arraes.

Enfim, os conteúdos explorados nos artigos assinalam a inquietação com a dinâmica da participação e democracia muito além dos processos eleitorais em si mesmos, mas num fluxo permanente na sociedade, reconhecendo a necessidade ativa de enraizamento democrático e de aprimoramento dos institutos e movimentos de participação cidadã em todas as esferas de poder e com extensa imersão social legitimadora.

A riqueza dos enfoques teóricos e os múltiplos espectros temáticos abordados refletem a importância da investigação e da imersão acadêmica dos Programas de Pós-Graduação em Direito nos principais problemas em torno da democracia e participação cidadã a circundar a realidade social. Mais uma vez se observou e a necessidade de criar redes nacionais e internacionais de pesquisa para arraigar diagnósticos e a busca de soluções para os problemas levantados dentro de eixos de análise comprometidos com olhares, saberes e epistemologias próprias para atender as demandas latino-americanas.

Lilian Márcia Balmant Emerique (UFRJ – Brasil)

Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UEPB – Brasil)

Gina Esmeralda Chávez Vallejo (IAEN – Equador)

PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA: AS GARANTIAS EXTRAINSTITUCIONAIS DOS DIREITOS SOCIAIS E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA GARANTISTA E DEMOCRÁTICA

PARTICIPATION AND DEMOCRACY: THE EXTRAINSTITUTIONAL GUARANTEES OF SOCIAL RIGHTS AND THE EXERCISE OF CITIZENSHIP FROM A GUARANTEE AND DEMOCRATIC PERSPECTIVE

Rodrigo Garcia Schwarz ¹
Larissa Thielle Arcaro ²

Resumo

O presente artigo tem por escopo colaborar para a percepção da fundamentalidade das garantias extrainstitucionais (sociais) dos direitos, especialmente dos direitos fundamentais sociais. Trata, portanto, de privilegiar aqueles instrumentos e meios de tutela ou de defesa de direitos que, sem prejuízo das intervenções estatais, dependem das atuações dos seus próprios titulares. O problema de pesquisa é demonstrar que a ativação desses instrumentos de garantia pressupõe a iniciativa dos seus titulares, com a participação ativa dos atores sociais e o seu comprometimento com as decisões que lhes dizem respeito. O procedimento investigativo é descritivo-explicativo do tipo documental-bibliográfico.

Palavras-chave: Cidadania, Democracia, Direitos sociais, Garantias, Participação

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to contribute to the perception of the fundamentality of the extrainstitutional (social) guarantees of rights, especially fundamental social rights. It therefore seeks to privilege those instruments and means of protection or defense of rights that, without prejudice to state intervention, depend on the actions of its own owners. The research problem is to demonstrate that the activation of these guarantee instruments presupposes the initiative of their owners, with the active participation of the social actors and their commitment to the decisions that concern them. The investigative procedure is descriptive-explanatory of the documentary-bibliographic type.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Citizenship, Democracy, Social rights, Guarantees, Participation

¹ Doutor, Professor do PPGD da UNOESC - Universidade do Oeste de Santa Catarina

² Mestranda, discente do PPGD da UNOESC - Universidade do Oeste de Santa Catarina

1 Considerações iniciais

Quando tratamos da questão da efetividade/eficácia das políticas concernentes a direitos fundamentais sociais (políticas públicas sociais), temos que ter em conta a percepção de que, para falarmos, com certa propriedade, de qualquer direito, sobretudo dos direitos fundamentais sociais, é necessário que sejam identificados os mecanismos de garantia desses direitos; do contrário, a efetividade desses direitos restará condicionada à boa vontade dos poderes de turno e/ou dos atores privados que têm a seu cargo determinadas obrigações.

As garantias institucionais dos direitos fundamentais sociais dizem respeito, sobretudo, à atuação dos poderes públicos: garantias políticas e garantias judiciais. O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais sociais constitui, nesse contexto, a garantia política e judicial (institucional) por excelência desses direitos. Contudo, e sem prejuízo do papel significativo que um poder estatal difuso, disciplinado em termos garantistas e controlado a partir de um ponto de vista democrático, em que as garantias institucionais se tornam mais efetivas, pode desempenhar na tutela dos direitos fundamentais sociais, uma lição apreendida ao longo dos últimos séculos é a de que efetivamente nenhuma estratégia de proteção dos direitos pode, em termos realistas, derivar exclusivamente dos poderes estatais, que tratariam, por suas próprias forças, de concretizá-los.

Não existem direitos sem deveres, nem podem existir sujeitos obrigados sem sujeitos capazes de obrigar. Assim, ainda que o papel das garantias institucionais demonstre-se essencial para dotar de eficácia os direitos fundamentais, entre eles os sociais, todo e qualquer programa constitucional de garantias, por mais exaustivo que seja, demonstra-se incompleto e, assim, incapaz de dotar de efetividade e eficácia, por si só, os meios destinados à realização da cidadania integral, sem a existência concorrente de múltiplos espaços de pressão popular capazes de assegurá-los não apenas através dos poderes estatais, mas além do Estado, ou mesmo, em último caso, diante de graves vulnerações de direitos, contra ele.

Nesse sentido, é escopo do presente artigo, pela via de procedimento descritivo-explicativo, com pesquisa em fontes documentais-bibliográficas, colaborar para a compreensão da fundamentalidade das garantias dos direitos, especialmente dos direitos fundamentais sociais, com ênfase para as garantias extrainstitucionais (sociais). Trata-se, portanto, de privilegiar aqueles instrumentos e meios de tutela ou de defesa de direitos que, sem prejuízo das intervenções estatais, dependem das atuações dos seus próprios titulares. A ativação desses instrumentos de garantia pressupõe, portanto, a iniciativa dos seus titulares, não estando de qualquer forma realmente subordinada à atuação dos poderes públicos; demanda, na realidade,

a participação ativa dos atores sociais e o seu comprometimento com as decisões que lhes dizem respeito, e funda-se na percepção de que a efetiva interação de uma norma ou de um programa com os seus destinatários, e a atuação de cada um deles na defesa dos seus interesses e direitos e na defesa dos interesses e direitos de todos, é a melhor garantia que pode ser atribuída aos direitos fundamentais sociais.

2 As garantias institucionais dos direitos fundamentais sociais

Utilizamos o termo “garantias” para referirmo-nos aos mecanismos e às técnicas de tutela dos direitos, destinados a assegurar a sua efetividade (FERRAJOLI, 1999). Essas garantias, de acordo com os sujeitos que se sobressaem na condição de agentes empenhados na proteção dos direitos, podem ser classificadas, basicamente, em políticas e judiciais (institucionais) ou sociais (extrainstitucionais).

As garantias institucionais dos direitos sociais dizem respeito à atuação dos poderes públicos. Compreendem garantias primárias, que têm por objeto a especificação do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, estabelecendo obrigações e responsabilidades pertinentes a esses direitos, e garantias secundárias, que se destinam a operar no caso de vulneração dos direitos fundamentais sociais pela falta de cumprimento, pelos sujeitos a elas obrigados, dessas obrigações e responsabilidades. De forma geral, as garantias primárias são políticas e as garantias secundárias são judiciais; no entanto, algumas garantias políticas também podem atuar como garantias secundárias.

As garantias políticas dos direitos fundamentais sociais estão relacionadas aos mecanismos tutelares articulados pelos poderes que têm responsabilidade política, ou seja, que, na democracia, têm o dever de prestar contas ao eleitorado (*accountability*), o Executivo e o Legislativo. Essas garantias são de central importância aos direitos sociais, ao menos sob dois aspectos: por um lado, para que os direitos sociais sejam concretizados, é necessário, em certa medida, que os poderes políticos definam o seu conteúdo e alcance, e determinem os meios necessários à sua efetivação; por outro lado, o acesso de amplos setores sociais que não podem pagar pelos serviços oferecidos pelas empresas privadas a direitos essenciais como à saúde e à educação, ligados ao mínimo existencial, depende, em grande medida, da atividade estatal nos âmbitos dos poderes Executivo e Legislativo.

O reconhecimento constitucional dos direitos sociais constitui, nesse contexto, a garantia política por excelência desses direitos (PISARELLO, 2007). A própria rigidez constitucional, ou

seja, a previsão de mecanismos que imponham efetivo limite à possibilidade de reforma ordinária da Constituição, incluídas suas previsões em matéria de direitos, tornando esses direitos em certo grau indisponíveis aos poderes de turno, pode ser considerada um significativo instrumento de proibição a retrocessos arbitrários¹ e, em última análise, de amplo amparo à manutenção, no tempo, dos próprios procedimentos democráticos².

Ao lado dessas garantias constitucionais procedimentais existem outras, substanciais, que consistem, sobretudo, na adjudicação de um conteúdo concreto aos direitos consagrados no âmbito constitucional, na estipulação dos poderes constituídos, encarregados de observá-los, e na indicação das obrigações e deveres a que se vinculam. Assim, a Constituição é a instância em que se desenha o tipo de poder estatal ao qual se vincula a proteção dos direitos. A partir do seu caráter mais ou menos democrático, portanto, as constituições organizam os poderes estatais sob formas mais ou menos fundadas nos princípios da difusão, pluralidade, representatividade e publicidade do poder político³: o princípio representativo e a plural composição dos corpos legislativos constituem, também, garantias de natureza política. E, nesse contexto, uma das principais garantias políticas dos direitos fundamentais sociais consiste na atribuição constitucional da sua tutela a diferentes órgãos, legislativos, executivos e judiciais, que podem limitar e controlar uns aos outros (MELLO, 2009).

Em outro nível, as garantias políticas dizem respeito à efetiva configuração concreta dos direitos fundamentais sociais, ou seja, à definição do seu conteúdo, à indicação dos seus destinatários, às formas do seu exercício, às obrigações que deles emanam, aos sujeitos encarregados de dar cumprimento a essas obrigações e aos recursos destinados a torná-los efetivos.

As garantias legais dos direitos sociais, resultado do processo legislativo – ou seja, do reconhecimento dos direitos sociais, de forma concreta, em instâncias pluralistas e representativas –, são, também, garantias políticas primárias por excelência, vinculadas não só

¹ Assim, v.g., a disposição contida no art. 60, § 4.º, da Constituição brasileira de 1988.

² No entanto, como demonstra Martín (2003, pp. 9 et seq.), se as cláusulas constitucionais com proteção qualificada são as que consagram direitos patrimoniais e princípios de mercado, a rigidez constitucional corre o risco de converter-se em um obstáculo às transformações políticas e econômicas que a generalização dos direitos sociais exige.

³ Nesse sentido, a própria revogabilidade do poder político é uma garantia prevista em diferentes ordenamentos. Sob um enfoque revolucionário, a declaração de direitos contida no preâmbulo da Constituição francesa democrática jacobina (1793) consagrava o direito-dever de insurreição, caso os direitos das pessoas fossem violados pelo governo: “Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs” (art. 35).

ao princípio da reserva legal, mas, também, aos princípios da generalidade e da universalidade da lei (MARTÍN, 2002).

De fato, o conteúdo mínimo ou essencial dos direitos reconhecidos pelas constituições comporta, para os órgãos institucionais, uma série de obrigações que eles não podem desconhecer. A garantia legal dos direitos diz respeito à obrigação, mais do que à possibilidade, de que seja o parlamento – o Poder Legislativo –, em condições adequadas de publicidade e de confrontação plural de distintos pontos de vista e forças políticas, que venha a estabelecer o regime geral dentro do qual poderá ser exercido o poder regulamentar, bastante vinculado, dos diversos órgãos e agentes da administração pública – o Poder Executivo – em matéria de direitos sociais e/ou de políticas públicas sociais (FREIRE, 1997).

Essa garantia formal, procedimental, complementa-se com a percepção de que o desenvolvimento legislativo dos direitos não pode ser dirigido, de forma arbitrária, a sujeitos determinados (generalidade), tampouco da sua titularidade podem ser excluídos, de forma injustificada, determinados grupos (universalidade), percepção imprescindível para que seja evitada a multiplicação de políticas e programas arbitrariamente focalizados, discricionários e expostos a práticas clientelistas, se não à corrupção e à vulneração da própria legalidade, práticas que põem a serviço dos poderes de turno as políticas e que, na configuração dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos, não têm os requisitos mínimos de racionalidade e de legitimidade para a sua regulamentação. Nessa direção, podemos destacar a expansão, pautada na generalidade e na universalidade, do conteúdo de direitos como à educação e à saúde, assim como a inclusão, na agenda política, de novos direitos, como o direito de ingresso incondicional em programas de assistência social e de renda básica a todos que deles necessitem.

Devemos ressaltar, contudo, que garantias legislativas gerais e universais dos direitos sociais não excluem a possibilidade de adoção de garantias legislativas diferenciadas, vinculadas a necessidades específicas de certos grupos e pessoas (PORTILLA, 2005), ou, ainda, que estabeleçam cargas diferentes para os particulares, de forma proporcional ao seu tamanho, aos seus recursos e à sua influência (GODOI, 2005). Em um contexto de reconstrução democrática das garantias legais, poderíamos, assim, exigir a previsão de regras de interpretação ou de proteção em favor daquelas pessoas que ocupam posições de sujeição e/ou de dependência, ou, em última instância, de vulnerabilidade, frente àqueles que detêm qualquer tipo de poder, público ou privado.

Essas garantias legislativas diferenciadas, que partem de uma desigualdade fática, por outro lado, podem assumir a forma de medidas de *ações afirmativas* (THOME, 2013), tais como

bolsas, subsídios ou quotas que permitam a certos grupos sub-representados ou que tiveram os seus direitos historicamente postergados a acessar certos recursos econômicos, sociais e culturais, inclusive emprego e representação política.

Por fim, no âmbito dessas garantias políticas, há limites à configuração legislativa dos direitos sociais, desenvolvidos a partir de estudos do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, órgão encarregado de monitorar o cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Assim, a hierarquização dos tratados internacionais no nível constitucional ou, pelo menos, em níveis legais substancialmente privilegiados, impõe aos parlamentos um limite que diz respeito ao que habitualmente é denominado ou categorizado como o “conteúdo essencial” ou o “conteúdo mínimo essencial” dos direitos constitucionais. Isso implica que, por estarem constitucionalizados, os direitos sociais têm um núcleo irredutível que o legislador não deve ignorar, o que dá uma garantia de razoabilidade à sua regulamentação.

Ainda no âmbito das garantias políticas, uma técnica de garantia política secundária é o denominado “poder de polícia” conferido à administração pública (MELLO, 2011). Através do exercício desse poder, os agentes públicos controlam e sancionam as práticas que podem violar regras e estandartes legais. Essa garantia é especialmente relevante em matéria de direitos sociais, pois em muitos casos a efetividade do direito depende do cumprimento de certas obrigações por atores privados. Assim ocorre, *v.g.*, em questões que envolvem o direito à educação e à saúde, quando as respectivas prestações estão a cargo de prestadores privados, à segurança e à higiene do trabalho, que não prescindem de prestações dos empregadores, e ao meio ambiente, quando sua vulneração, efetiva ou potencial, decorre da atividade de uma indústria privada.

Podemos mencionar, ainda, o surgimento, principalmente a partir das constituições do século XX, de novos órgãos de controle externo, como os tribunais de contas, as ouvidorias, os serviços de proteção aos consumidores, as procuradorias da cidadania e os conselhos populares. Esses órgãos têm, habitualmente, sido dotados de típicas funções de controle político, que se expressam através da emissão de informes e recomendações frente a denúncias de violações de direitos fundamentais e de regras da administração financeira, patrimonial e orçamentária do Estado. Por outro lado, alguns desses órgãos podem, além de receber denúncias e, eventualmente, fiscalizar o emprego de recursos públicos, propor ações judiciais frente a essas violações, quando não for possível sua superação por outra via.

As garantias jurisdicionais são tipicamente secundárias, destinadas a permitir que um poder mais ou menos independente dos sujeitos públicos ou privados obrigados pelos direitos sociais receba e considere denúncias sobre a falta de cumprimento dessas obrigações e, se for o caso, obrigue ao cumprimento e/ou estabeleça reparações/sanções pelo descumprimento. Essa função é normalmente atribuída ao Poder Judiciário, ainda que possam existir outras garantias similares às jurisdicionais, como os tribunais administrativos e os tribunais arbitrais, ou ainda outros agentes e órgãos que empreguem métodos *alternativos* (não judiciais) de resolução de disputas, desde que caracterizados por sua imparcialidade e independência em relação às partes em conflito e por certo poder assignativo (ou seja, o poder de realmente decidir, com eficácia vinculante, uma disputa).

A partir de uma perspectiva democrática, o papel da instância jurisdicional ordinária costuma dizer respeito a assegurar o atendimento e o cumprimento não apenas dos direitos e deveres contemplados na Constituição e nos tratados internacionais, mas também nas leis elaboradas pelos órgãos políticos. Medidas cautelares, ações declaratórias e constitutivas de direitos e deveres, mandados de cumprimento de obrigações, inclusive de reparação por danos e prejuízos, são algumas das ferramentas através das quais os tribunais ordinários podem tutelar os direitos sociais, tanto frente a particulares como frente à própria administração pública, em dissídios que envolvem, *v.g.*, direitos trabalhistas, previdenciários, habitacionais, educacionais e sanitários. Por outro lado, a instância jurisdicional extraordinária, configurada por tribunais superiores e/ou constitucionais, pauta-se pelo estabelecimento de mecanismos de controle e reparação nos casos em que as garantias jurisdicionais ordinárias restaram violadas ou insuficientes, ou em que a vulneração dos direitos pode ser atribuída ao próprio legislador.

3 As garantias extrainstitucionais dos direitos fundamentais sociais

Sem prejuízo do papel significativo que um poder estatal difuso, disciplinado em termos garantistas e controlado a partir de um ponto de vista democrático, em que as garantias institucionais se tornam mais efetivas, poder desempenhar na tutela dos direitos sociais, uma lição apreendida ao longo dos últimos séculos é a de que efetivamente nenhuma estratégia de proteção dos direitos pode, em termos realistas, derivar exclusivamente dos poderes estatais,

Executivo, Legislativo e Judiciário, que, de forma “virtuosa”, tratariam, por suas próprias forças, de concretizá-los⁴.

Não existem direitos sem deveres, nem podem existir sujeitos obrigados sem sujeitos capazes de obrigar (PISARELLO, 2007). Assim, ainda que o papel das garantias institucionais (políticas e jurisdicionais) demonstre-se essencial para dotar de eficácia os direitos civis, políticos e sociais, todo e qualquer programa constitucional de garantias, por mais exaustivo que seja, demonstra-se incompleto e, assim, incapaz de dotar de efetividade e eficácia, por si só, os meios destinados à realização da cidadania integral, sem a existência concorrente de múltiplos espaços de pressão popular capazes de assegurá-los não apenas através dos poderes estatais, mas além do Estado, ou mesmo, em último caso, diante de graves vulnerações de direitos civis, políticos e/ou sociais, contra ele⁵.

As garantias extrainstitucionais, ou sociais, são, enfim, aqueles instrumentos e meios de tutela ou de defesa de direitos que, sem prejuízo das intervenções estatais, dependem das atuações dos seus próprios titulares. A ativação desses instrumentos de garantia pressupõe, portanto, a iniciativa dos cidadãos, não estando de qualquer forma realmente subordinada à atuação dos poderes públicos; demanda, na realidade, a participação ativa dos atores sociais e o seu comprometimento com as decisões que lhes dizem respeito, e funda-se na percepção de que a efetiva interação de uma norma ou de um programa com os seus destinatários, e a atuação de cada um deles na defesa dos seus interesses e direitos e na defesa dos interesses e direitos de todos, é a melhor garantia que pode ser atribuída aos direitos sociais (ABRAMOVICH e COURTIS, 2006).

Frente à tendência das políticas conservadoras, de veicularem concessões seletivas e discricionárias, revogáveis, dos poderes de turno, quando não medidas estigmatizadoras e de controle dos pobres, a ampla participação social demonstra-se uma ferramenta essencial não apenas para que seja evitada a apropriação paternalista dos direitos e das necessidades que lhes dão fundamento, mas para evitar, também, que as próprias políticas se resolvam em atos de desvio de poder ou de corrupção dos poderes institucionalmente constituídos.

⁴ Ferrajoli (1990, pp. 940-1), v.g., adverte contra as *falácias garantistas*, para as quais bastam as razões de um *direito bom*, dotado de avançados sistemas de garantias constitucionais, para conter o poder e pôr os direitos fundamentais a salvo de seus desvios, e as *falácias politicistas*, que, ao contrário, confiam à força de um *poder bom* a satisfação das funções de tutela dos direitos.

⁵ É nesse sentido que Häberle (1997, pp. 9-10) defende que cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam valiosas forças produtivas de uma interpretação *pluralista e procedimental* da Constituição, cabendo, assim, aos juízes ampliar e aperfeiçoar os instrumentos de informação, especialmente no que se refere às formas gradativa de participação e à própria possibilidade de interpretação do processo constitucional.

No Brasil, em especial, a participação social passa de uma condição de *proibida*, ou severamente limitada, no período da ditadura, a uma condição de *obrigatória*⁶, impulsionada pelo arcabouço socialmente conquistado na Constituição de 1988. Mas a institucionalização de diferentes mecanismos de controle social sobre as políticas públicas sociais e sobre os recursos a elas destinados traz consigo também o concomitante desafio de que não se tornem, esses mecanismos, meios de formação de “consentimento ativo” em torno da conservação das relações vigentes de domínio⁷. O controle social sobre as ações do Estado em matéria de direitos sociais e sobre o destino dos recursos públicos em matéria de políticas públicas sociais torna-se importante na realidade brasileira para que se criem resistências à redução das políticas públicas preconizada pelos grandes capitais e à privatização e à mercantilização destas.

Esses espaços de participação e de controle social, institucionalizados, de forma predominante, no espaço do Poder Executivo, oferecem a possibilidade de que os cidadãos interfiram na formulação, aplicação e avaliação de políticas públicas sociais setoriais. Mas esses espaços, logicamente, não são neutros, tampouco homogêneos: neles existe o embate de propostas divergentes para dar o rumo da política pública social específica na direção dos interesses dos segmentos dos setores sociais neles melhor representados. Isso significa que o controle social é uma possibilidade nesses espaços, mas que a sua qualidade e a sua efetividade dependem, contudo, da correlação de forças existente dentro dos mesmos, correlação que, por sua vez, é resultante da correlação de forças existente no próprio conjunto da sociedade civil⁸.

A superação de *déficits* de participação demanda, assim, a articulação dos distintos segmentos que, demandando determinadas políticas públicas sociais setoriais, compõem a sociedade em torno de um projeto comum a partir da construção concertada de uma “vontade coletiva”, obtendo, dessa forma, um posicionamento – em bloco – mais efetivo dentro desses espaços, ampliando seu poder social de intervenção⁹.

⁶ “A partir dos anos de 1990, a participação social tornou-se obrigatória, assegurada por lei, nas diversas leis orgânicas das políticas sociais brasileiras (BRAVO e CORREIA, 2012).

⁷ Referindo-se aos Conselhos Municipais de Saúde, Bravo e Correia (2012, p. 136) apontam, por exemplo, que “os conselhos podem se constituir em mecanismos de legitimação do poder dominante e cooptação dos movimentos sociais, que em vez de controlar passam a ser controlados”.

⁸ As lutas políticas não se dão somente no âmbito da sociedade civil, mas na totalidade da estrutura social e da formação social. Por isso, essas instâncias não estão isoladas, infensas aos conflitos de interesses, à cooptação, à corrupção, às disputas e a projetos societários ou excludentes, mesmo que isso não esteja explicitado.

⁹ Nesse sentido, v. Correia (2005). Não se tem nesses espaços, obviamente, a pretensão de controlar os capitais, pois estes são incontrolláveis (MÉZSÁROS, 2005). Trata-se, contudo, de buscar garantir direitos sociais interferindo efetivamente na formulação, aplicação e avaliação das políticas públicas sociais setoriais. Mecanismos através dos quais virtualmente se pode, legitimamente, disputar um fundo público, denunciar sua alocação arbitrária ou inexecução e exigir transparência no uso de recursos públicos e na efetivação dos direitos sociais fundamentais. Estas pautas são importantes, sobretudo, mesmo que estejam circunscritas à emancipação política, no contexto de

Além disso, a participação social não deve limitar-se à participação institucionalizada, mas estender-se a espaços não institucionalizados ou colonizados pelo Estado, ou seja, localizados fora do espaço institucional do Estado, sobretudo do âmbito do Poder Executivo, aptos a veicularem diferentes expressões de reclamo e pressão social por direitos sociais¹⁰.

3.1 As garantias extrainstitucionais indiretas

No âmbito das garantias sociais, extrainstitucionais, podemos distinguir, assim, as garantias indiretas, voltadas à participação efetiva nos processos de construção das garantias institucionais dos direitos sociais, e, portanto, relacionadas ao reclamo da satisfação de necessidades e interesses, muitas das quais “institucionalizadas”, ou seja, exercidas dentro de um espaço previamente delineado em termos jurídicos e políticos e segundo procedimentos preestabelecidos no plano das instituições, das garantias diretas, que assumem formas mais intensas, de verdadeira autotutela.

Uma das principais garantias sociais indiretas dos direitos diz respeito à possibilidade de eleger ou, em alguns casos, até de destituir os agentes e órgãos encarregados de tutelá-los. Aqui, inserem-se, v.g., os direitos do cidadão, de votar, de filiar-se a algum partido político, de petição às autoridades públicas, os direitos de associação e de reunião e o direito à liberdade de expressão, sem censura prévia, que constituem garantias *stricto sensu*.

Se temos presente a indivisibilidade e a interdependência dos direitos civis, políticos e sociais, facilmente podemos concluir que a concretização de alguns direitos civis e políticos, ao menos, constitui pré-requisito para o real exercício dessas garantias, mas que essa efetividade demanda, também, ao menos, a satisfação de algumas necessidades básicas, econômicas, sociais e culturais, identificadas com o mínimo existencial, que somente é possível através da satisfação de certos direitos sociais. Em síntese, a satisfação dos direitos sociais é indispensável ao

bloqueio de retrocessos no campo dos direitos sociais fundamentais e de ampliação do setor privado em áreas “não exclusivas do Estado”, como a saúde e a educação.

¹⁰ A efetivação do controle social sobre as políticas públicas sociais demanda ações que não se esgotam na simples atuação dos segmentos sociais nos espaços institucionalizados; requer a articulação das forças políticas que representam os interesses das classes menos privilegiadas em torno de um projeto para a sociedade, que tenha como horizonte o rompimento com a sociabilidade conservadora do capital. Demonstra-se necessário, para tanto, combater o determinismo econômico mecanicista e possuir uma posição ativa. Gramsci (2000) combateu as reduções economicistas que conduziam à imobilidade e à omissão, resgatando a força mobilizadora popular que ressaltava a importância da iniciativa política e da organização das massas. A construção da vontade coletiva (projeto de ação sobre o real) é fundamental em torno da defesa dos direitos sociais articulada às lutas por outra sociabilidade – para além do capital: uma nova hegemonia, construída a partir das condições concretas e da experiência efetiva das lutas sociais (Dias, 1996); uma hegemonia que é política e econômica: “se a hegemonia é ético-política, não pode deixar de ser também econômica, não pode deixar de ter seu fundamento na função decisiva que o grupo dirigente exerce no núcleo decisivo da atividade econômica” (Gramsci, 2000, p. 48).

exercício real dos direitos civis e políticos, mas o exercício dos direitos civis e políticos demonstra-se também indispensável ao controle do cumprimento das obrigações que emanam dos direitos sociais: sem esse respeito, o Estado acabaria por apropriar-se da discussão sobre as necessidades insatisfeitas de certos grupos sociais e tolheria as possibilidades de críticas e de mudanças por parte da cidadania¹¹.

As distintas formas de participação da cidadania na tomada de decisões, assim, configuram garantias sociais: além do sufrágio, o direito de iniciativa legislativa popular, os mecanismos de deliberação através de audiências públicas, as distintas formas de consulta à cidadania, entre as quais se inserem o plebiscito e o referendo, e os mecanismos populares de impugnação de atos dos poderes públicos são exemplos dessas formas. Em todos esses casos, o que se busca estabelecer é um canal real para que os destinatários dos direitos possam, de fato, exercer um papel ativo na discussão e na tomada de decisões sobre assuntos que lhes interessam, e que podem afetar aqueles direitos. No caso brasileiro, os exemplos mais radicais dessas experiências são o orçamento participativo e os conselhos municipais, mecanismos através dos quais os cidadãos podem participar ativamente do controle sobre o orçamento público, decidindo o destino de parte dos gastos públicos e supervisionando a execução das políticas com eles relacionadas¹².

Como já sinalizamos, é necessário desenvolver instrumentos concretos que permitam a participação cidadã na elaboração do orçamento. É necessária, pois, a ativação de distintas formas de participação popular para fazer transparente o processo orçamentário; ou seja, para impedir que esse processo se opaque e fique sujeito unicamente à dinâmica endógena do sistema político. Esse feito resulta imprescindível para instalar uma discussão clara a respeito de quais são as decisões que se tomam em matéria orçamentária para fazer efetivos os direitos estabelecidos na Constituição, nos pactos de direitos humanos e na lei. Trata-se de um momento fundamental para discutir com que prioridade o Estado assume a defesa dos direitos fundamentais e que meios econômicos vão ser destinados à satisfação desses direitos.

O movimento por uma fiscalização cidadã do processo orçamentário pode articular, além disso, a agenda das organizações de direitos humanos com outras agendas, centradas na demanda

¹¹ Nesse sentido, Sen (1982; 2000), em estudos de casos, chega à conclusão de que “los países en los que se han producido hambrunas fatales durante los siglos XIX y XX, se caracterizaban por la inexistencia de libertad de prensa, de una esfera pública independiente de la estatal, y de canales de participación y crítica política”.

¹² Nesse sentido, Fernández e Sotomayor (2003) destacam, v.g., as experiências do orçamento participativo de Porto Alegre, no Brasil, e de Kerala, na Índia.

de uma maior transparência das decisões políticas, pelo acesso à informação pública e pelo controle da corrupção.

Outra das garantias fundamentais para a defesa dos direitos sociais pelos seus titulares é o direito ao acesso à informação. O art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia o direito de todos os homens à liberdade de, sem interferências arbitrárias, terem opiniões e buscarem, receberem e transmitirem informações e/ou ideias por quaisquer meios, independentemente das fronteiras. E o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”) estabelece, no seu § 1.º, que “Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”.

A informação sobre os atos do governo, de fato, constitui um bem indispensável para o controle e a crítica sobre a atividade estatal, para a existência de um debate público sobre as políticas, para o controle da corrupção e para a responsabilização política dos poderes de turno¹³.

Um dos princípios básicos da democracia diz respeito à publicidade dos atos do governo, que deve contemplar, inclusive, a prática de facilitar – em todos os aspectos – o acesso às informações sobre a gestão pública aos cidadãos, sobretudo por parte da própria administração pública. E o controle social propiciado pela informação é, no Estado democrático de direito, verdadeiramente imprescindível para assegurar que as práticas da administração pública sejam pautadas pela legalidade e pela moralidade, bem como para garantir o bom uso dos recursos públicos (MELLO, 2011).

Da mesma forma, o acesso à informação deve atingir a atuação de alguns agentes privados, como os empregadores, as empresas que prestam serviços públicos ou as empresas que exercem atividades geradoras de risco coletivo, como indústrias com alto potencial danoso ao meio-ambiente, e outros que possam afetar os direitos sociais ou os bens públicos.

Em matéria de direitos sociais, o acesso à informação deve facultar às pessoas a possibilidade não apenas de se informarem, mas também de avaliarem as políticas públicas a partir de indicadores relativos ao conteúdo dessas políticas e aos seus resultados, potenciais e

¹³ Mello (2011, pp. 112-3) destaca que, no Brasil, o *princípio da motivação*, implícito nos arts. 1.º, II, e 5.º, XXXV, da Constituição de 1988, implica para a administração pública “o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-lhe a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo”.

efetivos. Para tanto, o Estado deve empenhar-se em produzir e pôr à disposição de todos, no mínimo, informações sobre a real situação das suas diferentes áreas de atuação no plano dos direitos sociais, principalmente quando esse conhecimento requer medições expressas através de certos indicadores, e sobre o real conteúdo das políticas públicas sociais em desenvolvimento ou projetadas, com expressas referências aos seus fundamentos, objetivos, prazos de realização e recursos envolvidos.

O acesso à informação é significativamente necessário, ainda, para o controle sobre atividades, obras e medidas que possam ter impacto verdadeiramente irreversível sobre direitos sociais.

O livre e real exercício do direito de associação, do direito à informação e, sobretudo, do verdadeiro direito de ser ouvido pelos poderes públicos, que faz com que seus titulares possam fazer-se visíveis e audíveis no próprio processo de construção dos direitos, combinado com o direito de crítica frente a leis, regulamentos e decisões, inclusive judiciais, que possam constituir, *prima facie*, vulnerações de direitos fundamentais, constitui a expressão daquilo que identificamos como as garantias sociais dos direitos, imprescindíveis para a manutenção da democracia real e para assegurar a eficácia dos próprios direitos, começando pelos direitos sociais.

Nesse contexto, destacamos que seriam exemplos de garantias de participação no desenvolvimento do processo administrativo e legislativo as iniciativas populares de reforma legislativa e as audiências públicas prévias às tomadas de decisão por parte do legislativo ou da administração pública, assim como as diferentes formas possíveis de consulta, informação e impugnação popular das propostas de políticas por parte dos agentes e órgãos públicos, inclusive as experiências, já referidas, da elaboração, ao menos em parte, dos orçamentos públicos com a participação popular.

Constituem importantes mecanismos de participação popular, no Brasil, as consultas públicas. Assim, no âmbito da Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece-se que “Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada” (art. 31). A consulta pública, que deve ser realizada, portanto, sempre que o processo administrativo envolver assunto de interesse geral, é uma das expressões que decorrem do princípio da participação popular. Entre os vários instrumentos processuais de participação dos particulares nas atividades administrativas, esta é, ao lado das

audiências públicas e da existência de ouvidorias nos órgãos públicos (*ombudsman*), uma relevante forma de participação nas decisões que dizem respeito ao interesse público.

Se no âmbito das atuações do Executivo e do Legislativo a exigência de informação adequada, disponível à cidadania, e o respeito ao devido processo, assim como o exercício de direitos como o de liberdade de expressão e de livre associação, demonstram-se essenciais à tutela extensiva dos direitos, sua importância não é menor nos espaços jurisdicionais, que podem, como já afirmamos, ser utilizados como canais de crítica e disputa em relação a ações públicas e privadas tendentes à vulneração de direitos civis, políticos e, sobretudo, sociais, especialmente quando as instâncias políticas encontram-se bloqueadas ou não oferecem uma resposta adequada ao reclamo das minorias em situação de maior vulnerabilidade (SARAT e SCHEINGOLD, 1998).

O direito à tutela judicial efetiva, que inclui desde a assistência judiciária integral e gratuita até o direito à informação e à distribuição equitativa do ônus da prova no processo, constitui elemento central para a reivindicação de outros direitos, civis, políticos e sociais. Nesse contexto, os mecanismos processuais clássicos, concebidos para a resolução de dissídios individuais, aos poucos vão se adaptando e transformando para melhor albergar pretensões coletivas e difusas, inclusive reconhecendo a grupos e associações legitimidade para a proposição de ações coletivas¹⁴.

A partir de uma perspectiva garantista, no entanto, essa ideia de participação social na justiça não pode estar limitada ao momento de acesso à jurisdição, devendo estender o seu

¹⁴ Assim, v.g., no ordenamento brasileiro, a Lei n.º 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, estabelece que “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo” (art. 81), deixando claro, no parágrafo único do mesmo artigo, que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos (...) os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos (...) os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”, e “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Por outro lado, para a defesa coletiva, são legitimados o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores e as associações civis legalmente constituídas há pelo menos um ano e que tenham entre seus fins a defesa dos interesses e direitos dos consumidores (art. 82); a Lei n.º 7.347/85, modificada, entre outras, pela Lei n.º 8.078/90 e pela Lei n.º 8.884/94, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos a interesses difusos ou coletivos, também assegurando às associações civis legitimidade para a proposição de ações coletivas. Na Constituição brasileira de 1988, o art. 5.º, inciso LXXIII, estipula que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. Na Argentina, o art. 43 da Constituição reformada em 1994 contempla a possibilidade de proposição de ações coletivas “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”, admitindo a legitimidade ativa das associações civis, além do “defensor del pueblo”, para a proposição dessas ações. Para uma leitura mais aprofundada sobre o acesso coletivo às vias jurisdicionais, v. Favela (2004).

alcance a todos os atos e fases do processo, sobretudo ao momento da execução das sentenças. Assim, às garantias de participação no acesso à justiça devem estar agregadas garantias de participação na execução dos julgados, o que inclui, uma vez mais, os direitos à informação, à associação e a ser ouvido, fazendo-se visível e audível especialmente na fase processual – a execução da sentença – que se demonstra, no final, essencial à satisfação real dos interesses em disputa.

3.2 *As garantias extrainstitucionais diretas*

Por fim, ao lado dessas garantias sociais, de participação indireta nas instituições, existem outras, de autotutela, que correspondem à ação direta na defesa ou reclamo de um direito social. Algumas dessas vias de ação direta podem consistir, *v.g.*, na articulação de cooperativas de produção e consumo ou de empresas de autogestão que permitam às pessoas obter, por si mesmas, os bens e recursos necessários, que correspondem aos direitos sociais.

No entanto, a consolidação desses espaços de autogestão não costuma produzir-se sem conflitos. A própria história de concessão e conquista dos direitos sociais identifica-se com um histórico conflitivo, marcado pelo emprego de ações de autotutela à margem da lei ou, até mesmo, contra ela, muitas das quais depois alçadas ao patamar institucional. É o caso, *v.g.*, de mecanismos de autotutela que, inicialmente, eram proibidos pela lei, e que, como resultado do embate social, restaram legalizados e regulados, como o direito de greve¹⁵. Em outros momentos, o emprego de certos mecanismos de autotutela, ou não corresponde a nenhuma ação que tenha um estatuto jurídico perfeitamente delineado, ou corresponde a uma expressão mais ou menos convencional de direitos civis e políticos, como ocorre no caso de protestos populares, ocupação de espaços públicos e boicotes de consumidores e usuários de serviços.

Essas formas de expressão e de reclamo de direitos sociais costumam ser difundidas em situações de vulneração grave e sistemática desses direitos, quando as vias institucionais de proteção não deram conta do problema. Assim, *v.g.*, situações de extrema exclusão ou de emergência social podem levar à ocupação de fábricas abandonadas, terras improdutivas ou residências desocupadas, assim como a ações de desobediência civil e de resistência ativa.

¹⁵ Nesse sentido, *v.* Grau (1991; 2004). No Brasil, *v.g.*, o Código Penal de 1890 criminalizava a greve (art. 206), punindo-a com a pena de prisão celular, preceito que não foi reproduzido no Código Penal de 1940. Por outro lado, enquanto a Constituição de 1937, no seu art. 139, afirmava ser a greve um recurso antissocial nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os interesses da produção nacional, a Constituição de 1988 tratou de assegurar aos trabalhadores, no seu art. 9.º, como autêntico *direito social*, o direito de greve, competindo apenas aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, limitado apenas, no seu exercício, pelo atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade.

Nessas situações, a resposta jurídica habitual dos poderes constituídos é a sanção penal, que se revela, no entanto, mecanismo desproporcional e inadequado à resolução de questões sociais, e normalmente ampara o exercício antissocial e abusivo de certos direitos por parte dos terceiros atingidos, principalmente direitos com conteúdo patrimonial¹⁶.

Nesse contexto, especialmente no caso de bloqueio dos canais institucionais de diálogo, a utilização de mecanismos de protesto e – inclusive – de desobediência *prima facie* ilegais poderia ser caracterizada como um exercício qualificado do direito de petição ou de liberdade de expressão, que veicula dissidências pelo único meio disponível, direto, extrainstitucional. Nesse caso, tais realizações estariam, na realidade, estreitamente relacionadas à própria essência da democracia, que requer garantias reais e canais francamente abertos de participação, a ponto de justificarem-se como vias legítimas de defesa do princípio do Estado social e democrático de direito, assim como de reclamo e até de efetivação de normas constitucionais sistemática e gravemente vulneradas. Mais do que atuações puníveis, teríamos, nessas ações diretas na defesa ou reclamo de um direito social, o real exercício de direitos especialmente tutelados e que têm preferência em relação a outros, como a liberdade de trânsito ou de comércio (GARGARELLA, 2005).

A falta de acesso a canais institucionais de participação, ou a manifesta ineficiência das políticas públicas, em especial em temas relacionados com a sobrevivência digna das pessoas – como o acesso ao trabalho livre e em condições decentes, à saúde, à educação, à alimentação e à moradia –, geram – ou deveriam gerar – ações de autotutela mais radicais, susceptíveis de afetar, em maior ou menor grau, outros bens, tais como a livre circulação, a tranquilidade – às vezes, verdadeira apatia – pública, o respeito à legalidade estrita e à propriedade alheia. Essas ações não serão ilegítimas, tampouco incompatíveis com o postulado democrático, se estiverem fundamentadas em situações de violação grave e sistemática dos direitos sociais, e atingirem, em especial, os direitos e interesses daqueles que têm alguma responsabilidade pela situação de

¹⁶ Segundo Pisarello (2007, p. 127), “La admisibilidad o no de estas vías de autotutela no sólo desde un punto de vista moral, sino también jurídico, exige sin embargo tener en cuenta más factores. En primer lugar, la gravedad de la violación de derechos sociales en juego y su impacto en la supervivencia y autonomía de los afectados y del resto de la comunidad. En segundo término, la responsabilidad de los poderes públicos o de agentes particulares en la generación de las vulneraciones concernidas. En tercer término, la existencia real de canales públicos o privados a disposición de los afectados, que les permitan hacer visibles sus reivindicaciones y, eventualmente, impugnar con posibilidades razonables de éxito las vulneraciones del derecho en liza. Finalmente, la intensidad de la afectación que estas medidas de autotutela puedan suponer para derechos de terceros. Mientras más urgentes, en efecto, sean las necesidades en juego y mayor la situación de ‘emergencia constitucional’, más justificado estará el recurso a vías de autotutela. Naturalmente, ello dependerá también de la responsabilidad que pueda atribuirse a los poderes públicos o a los particulares por dicha situación. Así, frente a una situación de persistente abandono de fábricas, tierras o inmuebles, el uso anti-social de la propiedad, pública o privada, no puede tener primacía sobre actuaciones cuyo fin es, precisamente, devolver a los recursos en juego un sentido social, ligándolos a derechos como la vivienda o el trabajo”.

vulnerabilidade, sejam os poderes públicos, sejam particulares, e em relação a eles de forma proporcional ao seu tamanho, influências e recursos.

O que buscamos reforçar, assim, é o papel absolutamente imprescindível das garantias extrainstitucionais na tutela dos direitos sociais. Garantias extrainstitucionais que não se limitam à participação meramente formal na deliberação a respeito dos assuntos que dizem respeito à cidadania, mas no livre e real exercício do direito de associação, do direito à informação e, sobretudo, do verdadeiro direito de ser ouvido pelos poderes públicos, que faz com que seus titulares possam fazer-se visíveis e audíveis no próprio processo de construção dos direitos, combinado com o direito de crítica frente a leis, regulamentos e decisões, inclusive judiciais, que possam constituir, *prima facie*, vulnerações de direitos fundamentais, garantias imprescindíveis para a manutenção da democracia real e para assegurar a eficácia dos próprios direitos, começando pelos direitos sociais.

Tratamos, pois, de canais de participação popular que, quando bloqueados, podem, em situações radicais, obrigar os poderes públicos e os próprios particulares a reconhecerem – ou, no mínimo, a tolerarem – exercícios de autotutela dos direitos sociais que, apesar de limitarem – ou mesmo afrontarem – direitos de terceiros, têm por objeto a preservação de um bem maior, a própria sobrevivência e dignidade das pessoas e/ou a ampliação da qualidade democrática da esfera “pública”¹⁷.

Assim, mesmo nas sociedades nas quais ainda não se dispõe das condições necessárias para a plena realização de um processo deliberativo adequado, é possível garantir que os interesses públicos que o Estado deve perseguir se voltem, antes, à implantação das condições que possam converter os cidadãos em sujeitos aptos para participar e influir no processo de deliberação acerca das ações normativas, materiais e administrativas do estado.

O Estado democrático de direito requer que os distintos grupos sociais, sobretudo aqueles mais aleijados das discussões, não sejam “postos em seu devido lugar” em uma pretendida segregação, que tenham a possibilidade e a capacidade intencional de participar e de conviver nos mesmos lugares de diálogo que os demais grupos, o que significa, sobretudo, uma *diferença no reconhecimento da diferença*: não se pretende estabelecer para os outros, arbitrariamente, aquilo que se julga bom para eles; o que importa agora é uma superação desse modelo mediante uma visão democrática realmente participativa e aberta à pluralidade, com a possibilidade

¹⁷ Em resumo, as garantias sociais, diretas ou indiretas, são formas de expressão ativa da cidadania, destinadas a pôr em questão a apropriação estatal da gestão e resguardo dos direitos, e a abrir novos canais de expressão frente à burocratização ou à partidarização do funcionamento dos poderes públicos. Para uma importante reflexão a respeito do tema, v. Díaz (2005, pp. 51-72).

recíproca de que todos participem e se reconheçam, em certa medida, como coautores do direito e das políticas públicas sociais.

Nas sociedades contemporâneas, imersas em um contexto de pluralismo caracterizado por uma grande amplitude de percepções diferenciadas e por um profundo desacordo moral que acaba por excluir justificações metafísicas da ordem jurídica e do poder, a legitimação das ações do aparato estatal somente é possível por meio de seu condicionamento à vontade dos que a elas estão submetidos. Trata-se, pois, de afirmar que uma compreensão da democracia não se reduz mais à prerrogativa popular de eleger os seus representantes (não se esgota nela), mas supõe, além dessa eleição (o sufrágio), a possibilidade de deliberação pública contínua sobre as questões a serem decididas. A partir dessa perspectiva, somente a possibilidade de deliberação popular, através da contenda entre argumentos e contra-argumentos postos à prova publicamente, permite a legitimação da *res publica*. Por isso, pode-se afirmar que, se uma determinada proposta política supera a crítica formulada pelos demais deliberantes, pode ser considerada – ao menos, *prima facie* – legítima e racional (SOUZA NETO, 2005).

No entanto, para que a deliberação coletiva possa promover um resultado legítimo e racional das questões públicas de maior relevância, deve produzir-se em um ambiente aberto, livre e igualitário, ou seja, no qual todos tenham efetivamente iguais possibilidades e capacidades de ser escutados, de dialogar, de influir e de persuadir, e a plenitude de igualdade e capacidade entre todos os atores participantes do processo deliberativo exige a implantação de uma multiplicidade de condições materiais. Essas condições são, ao menos, os direitos sociais fundamentais, direitos que, em última instância, derivam da própria dignidade humana, como demonstramos. Para que os cidadãos possam realmente influir nos procedimentos de deliberação coletiva, devem cumprir-se as condições mínimas que se circunscrevem na possibilidade do exercício de uma vida digna.

4 A título de conclusão

O conceito de “cidadania”, nas suas formulações mais genéricas, habitualmente está relacionado ao acesso e ao efetivo exercício de certos direitos civis e políticos. No entanto, por dizer respeito à liberdade e à autonomia da pessoa, a cidadania não pode ser reduzida a um *status* meramente formal (AÑÓN, 2002). A cidadania compreende direitos civis e políticos, mas não se esgota neles. Esses direitos explicitam a ideia de uma igualdade jurídica, fundamental, mas não garantem, isoladamente, a capacidade de exercê-la com autonomia pelos sujeitos. Para ser

cidadão e participar plenamente da vida pública, especialmente das decisões que lhe dizem respeito, o sujeito deve encontrar-se em uma posição mínima sob o ponto de vista econômico, social e cultural.

Os direitos civis e políticos, quando associados aos direitos sociais necessários para assegurar o seu exercício, dotam os sujeitos de maior e melhor capacidade para proteger seus interesses em face das arbitrariedades do poder, não apenas do poder estatal, mas também dos poderes fáticos e dos poderes de mercado, minimizando os efeitos das assimétricas relações de poder que se instalam e reproduzem nas diversas esferas da vida social. De outra forma, a cidadania se realiza quando se atinge uma associação harmoniosa entre liberdade e igualdade: a igual liberdade, ou a “liberdade real”, base fundamental da democracia¹⁸. Nesse contexto, os direitos sociais constituem instrumentos imprescindíveis à liberdade, que, ainda que seja um conceito relativo (*– que liberdade? – liberdade para quê?*), deve ser entendida com um conteúdo real e estável no tempo, efetivamente destinados a assegurar as condições materiais que a viabilizam tanto na esfera privada como nos procedimentos públicos de tomada de decisões (HABERMAS, 2005; FABRE, 2000).

Ora, se a noção de cidadania integral envolve a percepção de que a cidadania não se pauta apenas no acesso e no exercício de certos direitos formalmente estabelecidos, civis e políticos, mas também no acesso a recursos econômicos, sociais e culturais, parece-nos que é imprescindível à cidadania plena uma estrutura capaz de prover mecanismos para que os direitos civis, políticos e sociais sejam exercidos e, de fato, se inter-relacionem.

Assim, o maior ou menor grau de exercício da cidadania, na sua acepção integral, sempre está, de fato, vinculado à solidez de uma estrutura tripartite, formada a partir do reconhecimento amplo dos direitos civis e políticos, das garantias dos direitos sociais – e, portanto, de uma distribuição mais equitativa dos recursos econômicos, sociais e culturais – e das regras procedimentais que envolvem a participação popular: cada um desses elementos tem um papel fundamental, de suporte aos demais, e, ao mesmo tempo, estabelece um equilíbrio, ou ponderação, razoável ao conjunto.

Os direitos civis e políticos demandam, assim, direitos sociais e também regras de procedimento para a participação popular; mas, ao mesmo tempo, também em sua inter-relação esses direitos, interesses e regras estabelecem limites entre si, de modo que nenhum deles se

¹⁸ Não tratamos de afirmar, no entanto, que a liberdade requeira o igualitarismo ou a igualdade em tudo, mas, na perspectiva de Bobbio (1995), a *igualdade em algo*, que cada comunidade deve definir ou pactuar e que evolui historicamente.

imponha aos demais. Quanto mais harmoniosa, equilibrada e sinérgica essa relação, maior será a densidade de acesso e exercício da cidadania plena; quanto menos harmoniosa, equilibrada e sinérgica essa relação, menor será a densidade de acesso e exercício da real cidadania, e, conseqüentemente, maior será a desigualdade e a exclusão das pessoas.

Nesse contexto, cada sociedade pode apresentar distintas situações de maior ou menor equilíbrio desse sistema, e essas situações não são estáticas. Em consequência, para que possamos identificar *o que está em jogo* na relação inclusão/exclusão em cada sociedade em determinado momento histórico, devemos observar o estado de equilíbrio – maior ou menor – desse sistema, ou melhor, o complexo processo de constituição do equilíbrio dessa equação entre o reconhecimento amplo dos direitos civis e políticos, as garantias dos direitos sociais e as regras procedimentais que envolvem a participação popular.

Assim, se a cidadania integral é pautada pelo concomitante reconhecimento de direitos civis e políticos, pela distribuição de recursos econômicos, sociais e culturais e por efetivos mecanismos de participação, uma cidadania limitada ou debilitada, pautada pela exclusão, é definida a partir de uma situação em que, ao lado da existência de direitos civis e políticos formalmente reconhecidos como direitos fundamentais e de um razoável grau de estabilidade dos mecanismos de institucionalização democrática, podemos verificar o acesso debilitado ou acentuadamente desigual aos recursos econômicos, sociais e culturais. Esse desequilíbrio, no ângulo da distribuição dos bens econômicos, sociais e culturais, leva, necessariamente, a uma limitação do acesso real a formas de participação eficazes para reproduzir e transformar as necessidades em demandas, e, portanto, leva a uma debilitação do próprio acesso, e o efetivo exercício, dos direitos civis e políticos formalmente estabelecidos, ditos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales en el debate democrático*. Madrid: Bomarzo, 2006.

AÑÓN, M. J. Cidadania social: la lucha por los derechos sociales. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 6, Valencia, 2002.

BOBBIO, N. *Derecha e izquierda: razones y significados de una distinción política*. Madrid: Taurus, 1995.

BRAVO, M. I. S.; CORREIA, M. V. C. Desafios do controle social na atualidade. *Serv. Soc. Soc.*, n. 109, São Paulo, 2012.

CORREIA, M. V. C. *Desafios para o controle social: subsídios para capacitação de conselheiros de saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

- DIAS, E. F. Hegemonia: racionalidade que se faz história. In: _____ et al (Org.). *O outro Gramsci*. São Paulo: Xamã, 1996.
- DÍAZ, A. O. Castillar la disidencia: el movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico. *Jueces para la democracia*, n. 54, Madrid, 2005.
- FABRE, C. *Social rights under the constitution*. Oxford: Clarendon, 2000.
- FAVELA, J. O. (Org.). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupos*. México: UNAM, 2004.
- FERNÁNDEZ, E. G.; SOTOMAYOR, C. A. *Democracia y presupuestos participativos*. Barcelona: Icaria, 2003.
- FERRAJOLI, L. Derechos fundamentales. In: _____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- _____. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1990.
- FREIRE, A. M. P. *La garantía en el estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1997.
- GARGARELLA, R. *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005.
- GODOI, M. S. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- GRAMSCI, A. Antonio. *Cadernos do cárcere*. Vol. III. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- GRAU, A. B. *Derecho del trabajo: un modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991.
- _____. *Sindicalismo y derecho sindical*. Madrid: Bomarzo, 2004.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HABERMAS, J. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2005.
- MARTÍN, C. C. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2002.
- MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MÉSZÁROS, I. *A educação para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.
- PORTILLA, K. P. *Principio de igualdad: alcance y perspectivas*. México: UNAM-Conapred, 2005.
- SARAT, A.; SCHEINGOLD, S. *Cause lawyering: political commitments and professional responsibilities*. New York: Oxford University, 1998.
- SEN, A. *Desarrollo y libertad*. México: Planeta, 2000.
- _____. *Poverty and famines: an essay on entitlements and deprivation*. Oxford: Clarendon, 1982.
- SOUZA NETO, C. P. *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, 2005.
- THOME, C. F. *O princípio da igualdade em gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2013.