

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

PLURALISMO JURÍDICO E DIFERENÇAS

P735

Pluralismo jurídico e diferenças [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-510-2

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

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Pluralismo jurídico. 4. Diferenças. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

PLURALISMO JURÍDICO E DIFERENÇAS

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre PLURALISMO JURÍDICO E DIFERENÇAS.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico. Diferenças. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

**A POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE BÁSICA NAS COMUNIDADES
QUILOMBOLAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA
SOCIAL EXISTENCIAL**

**A PUBLIC POLICY OF BASIC HEALTH IN COMMUNITIES QUILOMBOLAS AS
EFFECTIVE INSTRUMENT OF SOCIAL CITIZENSHIP EXISTENCIAL**

**Carla Rosane Pereira Cruz ¹
Fernando Amaral ²**

Resumo

Trata o presente artigo em investigar a evolução dos direitos de cidadania social existencial e a inserção da política pública de saúde pública nas comunidades quilombolas dentro do seu conteúdo. Superado este ponto buscou-se na tradição doutrinária posta o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana onde esta é tratada dentro da espécie normativa regra, destacando que com esta abordagem quando este conteúdo não é cumprido pelo Estado o cidadão não existe juridicamente de forma digna. Concluiu-se, por fim, que há um déficit na questão da saúde básica destinada as essas comunidades no intuito de propiciá-las a cidadania social existencial. Utilizou-se da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Políticas públicas, Saúde básica, Comunidades quilombolas, Cidadania social

Abstract/Resumen/Résumé

It this article to investigate the evolution of existential social citizenship rights and the inclusion of public policy on public health in the quilombo communities within your content. Surpassed this point sought to the doctrinal tradition put the minimum amount of human dignity where it is treated within the normative rule species, noting that this approach when this content is not fulfilled by the State the citizen does not exist legally in a dignified manner. It was concluded finally that there is a deficit in the issue of basic health destined to these communities in order to propitiate them existential social citizenship. It used the bibliographical and jurisprudential research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policy, Basic health, Quilombo communities, Social citizenship

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Advogada e Funcionária Pública

² Mestre pelo Programa de Pós Graduação em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professor efetivo da Graduação FURG e Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo investigar, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a evolução dos direitos de cidadania social, sua dimensão existencialista e a possibilidade de inserção da previdência social neste conteúdo.

O desenvolvimento do artigo está estruturado em três partes.

A primeira parte se ocupou em demonstrar a evolução geracional dos direitos do homem, destacando a sua leitura dentro dos direitos de cidadania iniciando na cidadania civil e culminado na cidadania social.

A segunda parte ocupou-se por demonstrar que dentro da cidadania social há um conteúdo mínimo de dignidade e que a mesma deve ser aplicada modularmente dentro da espécie regra (norma/conduita) demonstrando que não cumprido este conteúdo de cidadania social existencial o cidadão está em estado de indignidade.

O terceiro momento se preocupou com a investigação de uma política pública de saúde básica nas comunidades quilombolas e sua emergente inserção no rol dos direitos sociais da cidadania social existencial e, assim, contribuir para o conteúdo da dignidade da pessoa humana e da cidadania como forma de efetivação dos direitos de minorias étnicas.

Assim, diante da emergência social existencial busca-se com a presente pesquisa o incremento dos direitos de cidadania, mais precisamente no campo da política pública de saúde básica nas comunidades quilombolas e, dessa forma, contribuir para a evolução jurídica deste tema.

2. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DE CIDADANIA

A evolução dos direitos é uma necessidade constante da vivência social. A cada fato social novo, poderá ter um olhar axiológico do Direito para se verificar a necessidade de juridicização e transformar os elementos deste fato social num suporte fático para incidência da norma, assim qualificando este fato em fato jurídico¹.

¹ Dentro da sua finalidade social, o Direito regulamenta alguns fatos da vida e, através dos textos jurídicos estatais ou paraestatais – dentro de uma perspectiva do pluralismo jurídico de matriz, por exemplo, Wolkmeriana (UFSC)-, eleva-os a categoria de fatos jurídicos. Dentro desse raciocínio, Miguel Reale, na sua *teoria tridimensional do direito* demonstra que a *norma* jurídica é a coexistência concreta de *fatos* segundo *valores* distintos. Preconiza REALE (**Lições Preliminares de Direito**, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 65, grifamos) que “Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um **fato** subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um **valor**, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou **norma**, que representa a relação ou medida que integra um daqueles momentos ao outro, o fato ao valor”. Reis Friede (**Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**, 6. ed. Rio de Janeiro: forense universitária, 2004, p. 108) destaca que alguns estudiosos criticam a

Alguns direitos, no entanto, possuem uma qualificação especial. De fato, aqueles direitos qualificados como direitos do homem merecem uma atenção especial devido a fundamentalidade existencial do indivíduo, e por estarem estritamente ligados, de acordo com a doutrina, com outros temas fundamentais. Nestes termos Bobbio, (2004, p. 1) destaca que há uma relação de existência entre direitos do homem, democracia e paz. Para este autor italiano só há democracia numa sociedade de cidadãos, e estes, só existem, no sentido jurídico da palavra, quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais.

Este surgimento de novos direitos se dá através da historicidade social que, segundo Bobbio (2004, p. 63) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc. Com base nesta historicidade Bobbio revelou uma classificação geracional de direitos do homem. Os de primeira geração (civis e políticos), os de segunda geração (direitos sociais), os de terceira geração (dentre eles o mais importante, segundo Bobbio é o de viver num ambiente não poluído). Bobbio destaca que se está ainda em constante evolução e cita os direitos de quarta geração advindo das reivindicações dos direitos do homem em relação a pesquisa biológica (BOBBIO, 2004, p. 5).

Sob a perspectiva dos poderes e deveres do Estado² em relação a estes direitos, para

teoria tridimensional de Reale por entenderem que há incontáveis dimensões e planos do conhecimento jurídico, e sob esta ótica esta teoria apenas polarizou o Direito em três âmbitos fundamentais. Este autor cita Oliveiros L. Litrento, que analisa o Direito sob a *pentadimensionalidade*, entendendo que ao lado das dimensões do *valor*, *fato* e *norma*, existem necessariamente os aspectos dimensionais do *espaço* e *tempo*. Na verdade a falta de popularidade desta teoria esta na sua fragilidade argumentativa. Poderíamos citar, por exemplo, que certos atos num mesmo país é crime num estado e não em outro como ocorre nos EUA dentro do seu modelo federativo, tendo aí uma influência da dimensão *espacial*, e como exemplo da influência da dimensão *temporal* temos o instituto da enfiteuse, que não foi contemplado no novo Código Civil. Porém, pode-se dizer que certos fatos da vida são mais *valorados* em determinado local e tempo do que em outros, e, dessa forma, teremos que *espaço* e *tempo* são poderiam ser variáveis da dimensão valor. Seja como for a crítica que pode ser feita, sob o filtro da argumentação jurídica, e tomando por todos a teoria dos princípios de Humberto Ávila (UFRGS), é que o que o Estado produz não é a "norma" mas sim o texto jurídico pois esta é o resultado da compreensão do interprete baseada nas suas pré-compreensões (preconceitos) e, portanto, não pode ser posta previamente pelo legislador, somente quando este a interpretar de forma autentica e assim dar a sua interpretação é que podemos dizer que o Estado está produzindo a norma. Não existe norma jurídica dada, mas texto jurídico ofertado e norma como resultado da interpretação deste texto.

² Há forte dissenso doutrinário sobre a concepção de Estado. Segundo Paulo Bonavides (1994, pp 61-66) as concepções de Estado dentro da *acepção filosófica*, com base em Hegel, definiu o Estado como a *realidade da ideia moral*, a *substância ética consciente de si mesma*, a *manifestação visível da divindade*, colocando-o na rotação de seu princípio dialético da Idéia como a síntese do espírito objetivo, o valor social mais alto, que concilia a contradição Família e Sociedade, como instituição acima da qual sobrepára tão-somente o absoluto, em exteriorizações dialéticas, que abrangem a arte, a religião e a filosofia. Dentro da *acepção jurídica* de Kant o

este autor italiano, embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre duas com relação aos poderes constituídos: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Os de primeira geração, ou dimensão, respondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; os de segunda, os direitos sociais, uma ação positiva do Estado; nos direitos de terceira e de quarta geração ou dimensão, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie (normas que contém um não agir ou ação positiva do Estado) (BOBBIO, 2004, p. 6).

Portanto, temos que direitos do homem são dimensões que surgem através da história dos povos que vão aumentando o nível de cidadania. Com base numa perspectiva cidadã – direito de ter direitos -, Marshal (1967, p. 63) propôs uma tipologia: a) cidadania civil - que englobaria os direitos necessários a liberdade individual - ir e vir, imprensa, pensamento e fé, propriedade e conclusão de contratos válidos, justiça igual, etc.; b) cidadania política - que englobaria o direito de participar no exercício do poder político; c) cidadania social - que englobaria tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade³.

Estado é a reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do Direito. Para a aceção sociológica (Oswaldo Spengler, Oppenheimer, Duguit e outros) o conceito de Estado toma coloração marcadamente sociológica e, pela origem e pela essência, não passa daquela *instituição social, que um grupo vitorioso impôs a um grupo vencido, com o único fim de organizar o domínio do primeiro sobre o segundo e resguardar-se contra rebeliões intestinas e agressões estrangeiras* (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 61-66).

³ O referencial de Marshal aqui escolhido é por razão de democracia substancial e não meramente procedimentalista. A locução *direito de ter direito* vai além de um direito posto, avança na possibilidade do Estado não apenas garantir os direitos legislados mas conceder os não legislados pois os fundamentos e objetivos da Republica Federativa do Brasil não é uma tarefa apenas dos Poderes Executivo e Legislativo mas também do poder judiciário. Portanto, se em Bobbio o avanço dos novos direitos se dá sob três aspectos (a- porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b - porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c - porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser) este avanço pode se dar pelo Poder Judiciário através da judicialização da cidadania e, se necessário, com manifesta criação judicial de direitos limitada em sentido formal pelo devido processo legal e material pela tradição jurídica. Note-se que esta postura do judiciário impõe uma “*parcialidade positiva do juiz*” afinal “*Se é dever da República a construção de uma sociedade mais justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, e sendo a atividade jurisdicional uma atividade proveniente da República Federativa do Brasil, não há dúvida de que a realização desses fins e a execução dessas tarefas também não de ser desenvolvidas no âmbito do processo civil ou penal.*” (SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização – no processo jurisdicional – das promessas do constitucionalismo social**. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. (Org.). **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar**. Florianópolis: Conselho editorial. Página 329-361) “*tem por finalidade a efetivação material dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.* (p. 352). (p. 353).

Consolidando as gerações dos novos direitos de Bobbio e as cidadanias – direito de ter direitos - de Marshall temos que os direitos de primeira geração contem a cidadania civil e política e os de segunda geração a cidadania social. Os direitos de terceira geração, segundo o autor italiano, por ter uma heterogeneidade e vagueza muito grande carece de um locus cidadão mais definido. Esta perspectiva cidadã dos direitos reflete diretamente no modelo Estatal conformado no texto constitucional como vimos.

No entanto, como bem destaca Bobbio, a geração dos direitos é histórica, assim a análise desta diferenciação depende do estudo da constituição de cada Estado. Como já destacamos, nas Constituições brasileiras, as que nos interessa, temos que os direitos civis (primeira geração de direitos, cidadania civil) surgiram em parte com a Constituição Imperial de 1824; os direitos sociais (segunda geração de direitos, cidadania social) com a Constituição de 1934; os direitos políticos (primeira geração de direitos, cidadania política)⁴ com a Constituição de 1934 suprimido com a Carta de 1937, restabelecido com a Constituição de 1946, suprimido com a Carta de 1967 e restabelecido na Constituição de 1988 junto com os direitos difusos (terceira geração de direitos). Como se percebe a nossa peculiaridade histórica na evolução dos Direitos Fundamentais, e seu reflexo no Estado e na cidadania, está em que adotando dicotomia geração/dimensão os nossos direitos políticos, além da inversão histórica proposta por Bobbio, tiveram uma geração em 1934, finda em 1937, uma geração em 1946, finda em 1967 e se tornou uma dimensão, junto com os demais horizontes de direitos, com a Constituição de 1988. Devido às sincopes constitucionais e valorizando a força normativa e a historicidade dos direitos fundamentais, temos no Brasil: direitos civis (primeira dimensão, cidadania civil, desde 1824), direitos sociais (segunda dimensão, cidadania social, desde 1934), direitos políticos e difusos (terceira dimensão, desde 1988).

3. DA CIDADANIA SOCIAL EXISTENCIAL

Segundo Konrad Hesse não é casual que o debate mais recente tenha por objeto o significado e a possível eficácia dos direitos sociais fundamentais, entendidos como a “garantia das bases em que se assenta a existência individual” (2009, p. 45). Dentro do

⁴ A cidadania política além de ser um direito subjetivo também é um instrumento dos demais direitos humanos uma vez que estes lhe usam para avançar na historicidade da cidadania.

catálogo dos direitos sociais⁵, alguns compõe um rol que, caso não sejam implementados, o indivíduo não existe juridicamente.

Trata-se de direitos sociais de um mínimo existencial, que garantem a dignidade da pessoa humana bem como a cidadania, sendo estas tratadas como regra (além de princípio e postulado, como já proposto logo a seguir). Ou seja, ou alguns direitos de cidadania são efetivados ou não há dignidade da pessoa humana, pois ao negar determinadas prestações se está tirando do cidadão o conteúdo material da dignidade da pessoa humana que é a faculdade de se autodeterminar e agir em conformidade com o ordenamento jurídico dentro de um mínimo ético.⁶ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 40), Kant, construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, sinaliza que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de se determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo encontrado apenas nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Em síntese, no que diz respeito ao conteúdo da dignidade da pessoa humana, é possível referir que autonomia e dignidade estão, notadamente

⁵ No art. 6º da nossa Constituição são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte (incluído pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015), o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Por óbvio este catálogo não é exaustivo conforme, inclusive, já decidiu o STF no trato tópico dos direitos individuais na ADI 939 (DJU de 21.01.94, Sydney Sanches).

⁶ Esta visão antropocêntrica da dignidade da pessoa humana – ou do sistema como um todo – obviamente não afasta a proteção da fauna e da flora e toda a discussão que envolve o *direito dos animais*, como sujeitos de direitos bem como a natureza também como sujeito de direitos. Neste último caso a Constituição do Equador de 2008 inovou no constitucionalismo latinoamericano ao introduzir no texto constitucional *buen vivir* (sumak kausay) e os direitos de *pachamama* realizando um giro ecocêntrico no direito constitucional latino-americano (FREITAS, Raquel Coelho; MORAES, Germana de Oliveira. **O novo constitucionalismo americano Latino-Americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os Direitos de Pachamama e o Bem Viver (sumak kawsay)**. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (organizadores). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. Página: 103 a 124. P. 115-116). Os Direitos de pachamama significam tratar a natureza e seus seres vivos como sujeito de direitos e não como objeto (a primeira ação proposta com base neste direito foi o rio Wilcabamba que figurou como parte. Trata-se da “ação constitucional de proteção à natureza“ julgada em 2011 onde diante da degradação este rio teve sentença a seu favor contra o Governo Providencial de Loja que depositava nele materiais de escavação advindos da construção de uma estrada causando assoreamento. Em que pese a alegação da província de que a estrada é para o bem coletivo o julgado fundamentou a sua decisão de que diante do choque de direitos coletivos prevalecerão os direitos da Natureza até mesmo por abranger uma maior coletividade assim como também gerações futuras (idem, ibidem, p. 116-117). Esta demonstração de universalidade da cidadania muitas vezes vai de encontro ao *relativismo cultural* praticado por alguns povos com manifesta violação dos direitos humanos. Com o processo de internacionalização dos direitos humanos no segundo pós-guerra e a subsequente Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 buscou-se esta universalização dos Direitos Humanos sobre o relativismo cultural. A crítica feita por alguns sociólogos é que o conteúdo dos Direitos Humanos sempre depende de uma pré-compreensão do interprete que possui como um dos elementos a tradição, horizonte passado do interprete nos termos gadamerianos. No que tange ao relativismo cultural BOBBIO (2004, pp 18 e 19) assim se posiciona: “*Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação. O relativismo que deriva dessa pluralidade é também relativo. E, além do mais, é precisamente esse relativismo o mais forte argumento em favor de alguns direitos do homem, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamento.*” (Grifamos).

no pensamento de Kant, intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricadas, visto que a dignidade pode ser considerada como próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo ético. Com base nesta premissa Kant (apud SARLET, 2012, p. 40) sustenta que todo ser racional é um fim em si mesmo não podendo ser um meio para uso arbitrário de outras vontades. Portanto, diante desta supremacia da dignidade encontra-se a diferença dela em relação a coisa, pois esta pode ser mensurável economicamente e aquela não. Assim, enquanto a coisa tem preço, a dignidade é valor.

O problema é que é muito comum se falar em direitos humanos – ou direitos do homem – e ficar na vagueza de um discurso postulante, mas sem dizer o estado social que realmente se quer⁷. Fica-se na banalização do senso comum reivindicante, sem exatamente pontuar que conteúdo realmente compõe uma cidadania social digna.

Ao analisarmos o texto na Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana e a cidadania comparecem no art. 1º, inciso II e III, respectivamente como fundamentos da República Federativa do Brasil, e no caput do art. 170 a existência digna de todos como finalidade da ordem econômica. Humberto Ávila dentro da sua Teoria dos Princípios (2005, p. 60) nos traz através uma tipologia tricotômica que um ou vários textos jurídicos ou dispositivos, ponto de partida para a construção normativa, podem experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado). Ou seja, para este autor o que vai definir a norma como princípio, regra ou postulado não é a sua análise abstrata ou a pré-determinação legislativa-textual⁸, como trata a maioria da doutrina, mas o modo que será aplicado o texto pelo intérprete. Ainda, segundo Birnfield, dentro dos comportamentos exigidos da norma/regra surgem direitos, deveres e poderes que, como aqui propormos, impõe condutas de realização da cidadania⁹.

⁷ De acordo com Hesse (**Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris p. 175, 1998) a lei fundamental alemã ao qualificar o Estado como “estado de direito social“, perfeitamente aplicável ao nosso (con)texto constitucional, representa não só um reconhecimento forçado de uma realidade social que não pode ser mais negada, como também que as tarefas do Estado não mais se esgotam na proteção, conservação e intervenção ocasional, fazendo surgir um Estado que guia, presta, distribui possibilita tanto vida individual como social.

⁸ Em vários momentos a Constituição de 1988, e apenas para ficar nela, diz que determinado texto se trata de um princípio (arts. 4º; 34, IV; 37, 93; 127, § 1º). Aceitar esta predeterminação constituinte seria dizer que quando ela fala no art. 25 que “*Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.*” seria dizer que determinada estrutura abstrata de regra não deveria ser obedecida. Outro exemplo de exagero argumentativo constituinte é no art. 46 onde esta disposto que “*O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.*” onde a estrutura é, *prima facie*, de regra.

⁹ Conforme proposta normativa que já defendemos para a cidadania ecológica como resultado da interpretação temos regras (normas/condutas), princípios (normas/finalidade) e postulados (normas/método). As regras, por suas vez, são divididas em regra-poder, regra-dever e regra-direito (AMARAL, Fernando. **A distinção entre**

Dentro do esquema da dignidade da pessoa humana como regra o Estado e a sociedade dispõe e impõe de forma recíproca de poderes, direitos e deveres. Assim, é possível tratar a cidadania social existencial, encarando a dignidade da pessoa humana como uma regra de conduta, impondo ao Estado o dever de prover prestações mínimas. Com efeito, o texto constitucional não pode ser uma excludente discursiva – mormente através de ponderações principiológicas - para um não tratamento da dignidade da pessoa humana como regra e escapar, assim, de um parâmetro de prestações sociais que possam identificar se o Estado realiza um mínimo de cidadania, se efetiva a cidadania social existencial.

Não se quer esgotar o tema, mas a doutrina já elencou algumas prestações que sem as mesmas não se tem uma vida digna, não se realiza a dignidade da pessoa humana, não se tem um estado de direito cidadão. Ou seja, sem determinadas prestações não há cidadania social existencial no seu sentido jurídico. A saber, é possível pela análise dos comportamentos ativos estatais se este realiza a cidadania social existencial ou não.

Luis Roberto Barroso, destaca a associação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, apregoando que existe um núcleo material elementar composto do mínimo existencial, locução que identifica o “conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade” (BARROSO, 2004, p. 335). Este constitucionalista não descarta, o que compartilhamos, uma variação subjetiva das prestações que compõem o mínimo existencial, mas aponta um certo consenso de que nele se inclui: renda mínima, saúde básica, educação fundamental, e, como instrumento de efetividade destes direitos, o acesso à justiça. Este autor frisa, por seu turno, que aquém deste patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.

Sobre o tema, Barcellos (2002, p. 305) nos traz uma pequena variação dizendo que

"O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos (1) à **educação fundamental**, (2) à **saúde básica**, (3) à **assistência no caso de necessidade** e (4) ao **acesso à justiça**". (grifamos)

Portanto, em que pese uma variação de conteúdo da realização de um *mínimo existencial* ou *cidadania social existencial* (sob a perspectiva cidadã, direito de ter direitos

princípios e regras, a ordem constitucional e a cidadania ecológica: uma proposta doutrinária. Direito ambiental II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. – João Pessoa: CONPEDI, 2014. Página 34-41. 2014, pp 15-17). Entendemos que a mesma *estrutura normativa* deve ser aplicada para toda a cidadania social existencial.

sociais existenciais), percebe-se que os autores supra tratam a dignidade da pessoa humana no esquema normativo típico das regras. Neste tratamento tem aplicação do esquema tudo ou nada, possuindo, destarte, natureza de norma imediatamente descritiva (mandado de definição). Ou seja, não descartamos a dimensão deontológica da dignidade da pessoa humana, mas para sair da zona de conforto discursiva dos princípios e suas possíveis ponderações com outros interesses – mormente com o *topoi*¹⁰ da reserva do possível¹¹, mister

¹⁰ O método tópico busca a solução mais razoável pra caso concreto em eventual detrimento do sistema jurídico. Ele não está preocupado com a única resposta correta, vindo na textura aberta das normas constitucionais a solução mais adequada para solucionar os problemas à frente do intérprete (SARMENTO, Daniel; Claudio Pereira de, SOUZA NETO. **Direito Constitucional: teoria historia e métodos constitucionais**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 423). Destaca Karl Larenz (**Metodologia da Ciencia do Direito**. Tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 170) que o método interpretativo tópico se relaciona com o conceito de valor que deveria ser o esperado pelas partes, deslocando o foco da fundamentação jurídica para uma motivação que prima o problema em detrimento da norma, como metodologicamente trabalhou Theodor Viegh em sua obra “*Topik und Jurisprudenz*”. Segundo Viegh (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 34), com base no modo de pensar aporético de Aristoteles, a tópica pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve proceder numa determinada situação, caso não se queira restar “*sem esperança*”. Apenas o caso concreto ocasiona de modo evidente tal jogo de *ponderação*, que vem sendo denominado de *tópica* ou *arte de criação* (idem, ibidem). O modo de pensar tópico é oposto de um pensar sistêmico, apesar de Viegh não negar as suas implicações. Portanto, para Viegh o problema e o sistema não são antagônicos¹⁰, o sistema normativo não é descartado pois ele é mais um elemento do catálogo de *topoi*¹⁰ para solucionar o caso concreto para a *tópica pura*. Enquanto o modo de pensar sistêmico se organiza a partir do todo, o modo de pensar da tópica inverte e *foca no problema para solucionar o caso*. O intérprete parte de uma tópica descritiva (de primeiro grau, a *inventio*) para uma tópica prescritiva (de segundo grau, a *conclusio*) destacando que a função dos *topoi* sempre é solucionar o problema, e como tal uma compreensão não é imodificável pois deve ser o fio condutor do pensamento para resolver o caso (idem, ibidem, 2008, p. 40). Para Viegh, o repertório de pontos de vista é flexível pois ele pode ser acrescentado e reduzido. Por isso que o pensamento tópico em si auxilia, precisamente em novas possibilidades de compreensão, levando a novas formas de interpretação. No entanto, nem toda interpretação gera isso, somente aquela que se utiliza de um procedimento dialético. Afinal “*as premissas fundamentais se legitimam, como se pode ver, pela aceitação do interlocutor do discurso*” pois “*É evidente que o debate é a única instancia de controle e a discussão de problemas se mantém dentro daquela esfera do que Aristóteles chama de dialeticidade*” (idem, ibidem, p. 44) e conclui o autor que o que se aspira são juízos efetivos e não a uma simples e arbitrária opinião. Dessa forma, como destaca Hesse (**Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha**, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 63) e assim compartilhamos, há uma vinculação necessária entre (1) a interpretação da norma a ser concretizada, (2) a (pré)-compreensão do intérprete e (3) o problema concreto a ser solucionado demonstra que não existem métodos autônomos suficientes para uma hermenêutica adequada e reflexiva que não gire em torno no mínimo destes três elementos. A diferença é que no método da tópica de Viegh, aqui explicitado, se tem, segundo Hesse, uma *tópica pura* (idem, p. 63) ao passo que os métodos concretista de Hesse e estruturante de Friedrich Müller, por exemplo, seriam uma *tópica mitigada* devido a ênfase no sistema normativo sem descartar o problema (SARMENTO, Daniel; Claudio Pereira de, SOUZA NETO. **Direito Constitucional: teoria historia e métodos constitucionais**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 423). Seja como for, nenhum método interpretativo que queira concretizar a Constituição pode deixar de dispensar o problema a ser resolvido. A tópica é uma tradição de grande influência na hermenêutica mas não escapou das críticas. Para Friedrich Müller (**Teoria Estruturante do Direito**. 3 ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69), a tópica além de ter advinda do direito civil é altamente questionável no direito constitucional e mesmo para o direito privado ela viola o Estado de Direito, pois a solução do problema seria uma tarefa do legislador sendo também violadora do Estado de Direito por considerar a lei democraticamente votada apenas somente um *topos* (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 272). Portanto, o fato é que há um consenso: tanto o sistema quanto o problema não são auto-referenciais. Uma decisão adequada ao caso concreto deve levar em consideração a interpolação entre texto e realidade, entre sistema e ambiente¹⁰. O

tratar o mínimo de bem estar social¹² dentro de um esquema de tudo ou nada. Com este tratamento normativo da cidadania é possível verificar se o Estado cumpre com a *cidadania social existencial*, ou se ainda está em débito com a evolução social e histórica no atual estágio econômico e social dos direitos do homem.

No entanto, não se pode descartar que, por força ontológica da interdependência dos direitos humanos¹³, nenhum destes direitos serão realmente efetivados se não forem dentro de

primado que será dado vai depender do procedimento a ser adotado. Dessa forma, a grande contribuição da tópica está no fato, que levou ao limite, de que no trabalho do intérprete deve-se focar no problema a ser resolvido, no caso concreto. Ela ainda é de grande valia nos direitos de cidadania social, mormente os existenciais.

¹¹ São *topois* não normativos conhecidos na argumentação jurídica brasileira a reserva do possível, o interesse público, o bem comum muito utilizados para negar inclusive os direitos de cidadania. No entanto STF se utilizou de um *topoi* não normativo que foi a “felicidade” para solucionar o caso concreto na STA 223-AgR e efetivar a dignidade da pessoa humana de um tetraplégico pois considerou que entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa no direito de buscar autonomia existencial que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último direito de buscar autonomia existencial. O STF possui conceitos líquidos do *topoi* interesse publico que segundo Mendonça, em apurada pesquisa da tópica no STF, possui no mínimo seis eixos temáticos (MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 303).

¹² Conforme a CF de 1988, como toda constituição democrática, representa um embate político que resulta numa conquista, seja a conformação do Estado Liberal (direitos de liberdade), seja a do Estado Social de bem estar (direitos de igualdade). A conformação deste Estado, portanto, se dá com a evolução dos direitos do homem obrigando o Estado ora a se abster, ora a prover através da previsão de direitos fundamentais nas Constituições. O Estado liberal surge como resultado da luta contra o Estado Absolutista, e para garantir a liberdade (não intervenção estatal) dos cidadãos insere dois princípios nas constituições: a separação dos poderes - como meio assecuratório de controle entre eles - e o reconhecimento dos direitos civis. A Declaração dos Direitos do Homem (1791) foi muita clara ao rezar que “*toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição*”. Dentro destes direitos individuais esta a ampla liberdade de contratar e, como desdobramento, a não intervenção do Estado no mercado. O Estado só interviria para garantir as regras naturais do mercado. Após a primeira guerra mundial verificou-se a insuficiência da ampla liberdade econômica pois a livre atuação dos agentes econômicos no mercado acabou gerando graves problemas sociais. O Estado social surge como reação a esta não intervenção estatal perniciosa pois a liberdade irrestrita acabou gerando desigualdades sociais e necessitava-se buscar um bem estar humanitário. Assim, num primeiro momento se amplia o catálogo de direitos fundamentais incluindo direitos de ordem social, econômica e culturais para após oferecer os meios necessários para tanto Paulo Bonavides (**Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 186) faz uma diferenciação entre Estado Social e Estado Socialista. Num primeiro momento, como reação ao liberalismo nocivo, surge o Estado social que seria a garantia de direitos sociais mínimos e a intervenção indireta na economia não mais para garantir o mercado, mas para regulá-lo. No Estado socialista, total ou parcial, para eliminar o capitalismo ele começa a monopolizar certas atividades econômicas ou concorrer nelas com a iniciativa privada, intervindo diretamente na economia. Eros Grau (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 12ª. Ed, 2007, p. 148) chama estas intervenções do Estado na economia, respectivamente, de *absorção* ou *participação* onde o Estado é um agente econômico que detém os meios de produção. Falar de Estado é falar de Constituição (pois não existe Estado fora de uma ordem constitucional), e falar de constituição é falar do seu conteúdo material principal: direitos fundamentais. Portanto, é íntima a relação entre direitos do homem e Estado. Interessante observação quanto ao Estado (de direito) Social brasileiro é trazida por José Ricardo Caetano Costa ao dizer que “*Se é correto afirmar que o Brasil não chegou a integrar os países que experimentaram o que se denominou de Estado do Bem-Estar Social, parece-me correto o entendimento de que a Constituição Federal promulgada em 05.10.88, batizada carinhosamente de Constituição Cidadã, trouxe no seu bojo inúmeros direitos conhecidos no Welfare State. Este raciocínio é válido e justifica-se notadamente quando do trato, pelos constituintes de 1988, das questões relacionadas com a seguridade e a assistência social*. (COSTA, José Ricardo Caetano. **Providência e Neoliberalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59).

¹³ A declaração de Viena de 25 de junho de 1993 tentou responder ao debate entre relativismo cultural e universalismo dando como características dos direitos humanos a *interdependência*. Destaca Mazzuoli que trata-

um *meio ambiente sadio*. Não se pode falar em direito fundamental a saúde, por exemplo, dentro de circunstâncias ambientais degradantes pois qualquer política pública de saúde terá pouco efeito se o cidadão não estiver num ambiente salubre. Por isso, deve-se incluir dentro dos direitos que garantem a cidadania social existencial o direito a um meio ambiente sadio, garantidor da *cidadania ecológica*¹⁴ o que já foi proposto em outra oportunidade¹⁵.

Mas é necessário avançar mais. Não se pode descartar acréscimos neste conteúdo diante da historicidade dos direitos nos termos de Bobbio e assim inflar o conteúdo da cidadania na tradição jurídica. Desta feita se faz necessário um olhar para os direitos previdenciários básicos e verificar a sua emergência inclusiva no conteúdo da cidadania existencial.

Dessa forma, consolidando a tradição já posta e proposta, temos que a *cidadania social existencial* é composta pelo(a): (1) educação básica¹⁶, (2) saúde básica, (3) assistência social¹⁷, (4) previdência social fundamental, (5) meio ambiente ecologicamente equilibrado e

se de uma característica a respeito dos direitos de dignidade da pessoa humana de forma indivisível evitando um tratamento fragmentário e hierarquizado da dignidade da pessoa humana evitando, assim, políticas públicas setoriais que não abrangem direitos humanos de segunda geração ou dimensão (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**. 2ª ed. Revista, atual. e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, p. 677). Este debate do Direito Internacional pode ser trazido tranquilamente para dentro da discussão da cidadania, uma vez que dividir os direitos da dignidade da pessoa humana geralmente justificam a não concretização da cidadania social, uma vez que esta sempre gera dispêndio do Estado.

¹⁴ De acordo com Carlos André Birnfeld (**Cidadania Ecológica**. Pelotas: Delfos 2006, p. 11) a cidadania ecológica é composta por ações e abstenções destinadas a manter a incolumidade dos fatores da natureza que contribuem para a manutenção da vida.

¹⁵ A cidadania ecológica não consta na tradição doutrinária dos autores ali citados que defendem um mínimo existencial. No entanto a sua inclusão dentro de uma cidadania social existencial já foi proposta na defesa de dissertação de mestrado no Programa de Pós Graduação em Direito e Justiça Social da Fundação Universidade do Rio Grande concluído em 2015: AMARAL, Fernando. **Criação Judicial do Direito: Perspectivas Hermenêuticas, Constitucionais e de Cidadania**. 2015. 125 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Fundação Universidade do Rio Grande (FURG), Rio Grande/RS, 2015.

Disponível em <http://www.argo.furg.br/?BDTD10715>.

¹⁶ Não é preciso dizer que muitos dos problemas cotidianos brasileiros estão no déficit estatal da efetivação da educação, mormente na ausência de políticas públicas concretizadoras desta prestação. Toda a construção de uma sociedade livre, justa e solidária passa por tratar a educação como uma questão de Estado e não como uma questão de governo e suas eventuais opções discricionárias-políticas. A Constituição Federal no art. 205 dispõe que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da *cidadania* e sua qualificação para o trabalho. Portanto, nos termos constitucionais a educação é fundamental para o desenvolvimento da cidadania fortalecendo a idéia de interdependência dos direitos de cidadania e consubstanciando, assim, também como uma *cidadania meio* para os demais direitos existenciais.

¹⁷ O benefício que efetiva este direito de cidadania social existencial é o da LOAS (Lei 8742/1993 - Lei Orgânica da Assistência Social) no artigo 20, assim disposto: “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). § 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na

(6) o acesso à justiça¹⁸.

A cidadania social existencial, portanto, pode ser resumida no seguinte esquema: *o cidadão só existe juridicamente se o Estado lhe prestar direitos sociais de educação básica e de seguridade fundamental em um ambiente ecologicamente equilibrado com a garantia instrumental de acesso a justiça.*

Assim, no próximo item procuraremos demonstrar o que entendemos por saúde básica e sua substancial inserção no conteúdo da cidadania social existencial.

4. DA SAÚDE BÁSICA

Incluído no âmbito da seguridade¹⁹ e ostentando o status de direito fundamental, com referência expressa no caput dos arts. 6º e 196 da Constituição, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRANCO, COELHO, MENDES, 2007, p. 1.421). Configura um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, ao qual é imposto o dever de prestá-lo.

Postura idêntica assume José Afonso da Silva (2007, p. 308), ao destacar que o direito à saúde há de ser informado, pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doenças, cada um deve ter o tratamento

*sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011). § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).⁴. Quanto ao conceito de miserabilidade o STF evolui na sua jurisprudência para decidir pela inconstitucionalidade do critério legal. Num Primeiro momento ficou na interpretação literal (ADI 1232) posteriormente evoluiu na sua jurisprudência aduzindo que “a renda familiar per capita inferior a um quarto do salário mínimo estaria defasado para caracterizar a situação de miserabilidade” declarando a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º da LOAS (Rcl 4374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.4.2013). Para uma análise desta jurisprudência do STF sob a perspectiva de uma hermenêutica-reflexiva ver o nosso: AMARAL, Fernando; COSTA, José Ricardo Caetano. **A cidadania social existencial e a evolução da concessão do benefício de prestação assistencial da LOAS na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através de uma hermenética reflexiva.** In.: Direito Público, v.12, n.67, jan./fev. Síntese: 2016. p. 9-30. Para maior compreensão da LOAS e do seu único benefício de prestação pecuniária e continuado ver SERAU Jr., Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. **Benefício Assistencial: Temas Polêmicos.** São Paulo : LTr, 2014.*

¹⁸ O acesso a justiça é de vital importância pois a mesma é uma *cidadania social existencial instrumental* afinal para alcançar as demais existencialidades jurídicas, ou proibir o retrocesso da cidadania, às vezes o exercício desta cidadania se faz necessária diante da não-concretização da dignidade da pessoa humana, sendo inevitável a *judicialização da cidadania social existencial.*

¹⁹ Nos termos do art. 194 da Constituição Federal a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Visualizamos, no presente estudo, somente a Assistência e a Saúde, deixando de fora a análise da Previdência Social, diante dos limites impostos neste estudo, bem como ao fato de que nestes dois segmentos que compõe a seguridade social é mais visível o caráter de existencialidade, não que a Previdência não o comporte.

condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

Portanto, este direito social existencial para sua perfeita compreensão e concretização da cidadania, exige mais que uma análise do texto normativo, sendo altamente necessário ao aplicador do programa normativo o uso de outros elementos que não os jurídicos-literais do texto normativo, como os elementos de concretização a partir do âmbito da norma e do âmbito do caso para uma perfeita percepção do caso a ser julgado como provas técnicas e oitiva de experts.

Como exemplo da concretização desta cidadania o STF na STA 223-AgR (Relator para o acórdão Min. Celso de Mello, julgamento em 14-4-08, Plenário, Informativo 502) julgou um caso em que um indivíduo ajuizou ação indenizatória, pois teria ficado tetraplégico em decorrência de assalto ocorrido em via pública, objetivando a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo custo decorrente da referida cirurgia, que devolveria ao autor da ação a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico. A Suprema Corte, reconheceu o interesse secundário do Estado em matéria de finanças públicas, e priorizou o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, ressaltando que não haveria opção possível para o Judiciário, senão em dar primazia ao último. Aduziu ainda que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao cidadão, que inclusive poderia correr risco de morte, *“o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.”* (destacamos).

O STF, mais uma vez, não cedeu ao topoi do interesse público ou da reserva do possível comumente alegado pela fazenda pública realizando assim a cidadania social existencial, argumentando que a felicidade está implicitamente ligada a dignidade da pessoa humana. No entanto usou um topoi não normativo que foi a felicidade para solucionar o caso concreto. O STF, contribuiu, assim, para a tradição jurídica que há uma regra/dever do Poder Executivo em concretizar a dignidade da pessoa humana não sendo a saúde, conteúdo da cidadania social existencial, um departamento principiológico e ponderável com princípios ou pontos de vistas meramente financeiros sendo uma regra/direito do cidadão.

Outro caso no STJ, no REsp 1.041.197-MS, ficou consignado em ação civil pública (ACP) em que o Ministério Público pleiteava do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário, que os direitos sociais não podem ficar

condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Para o relator haveria uma distorção se se pensasse que

“o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. **A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo.** Quanto ao princípio da reserva do possível, ele não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar da efetivação de outros gastos. Logo, se não há comprovação objetiva da incapacidade econômico financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário ordene a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois esse não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional. Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados do (REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25/8/2009. Segunda Turma, informativo 404).”

Importante destaque neste precedente do STJ é a afirmação de que a separação dos poderes tem a sua atuação natural, típica e originária na promoção dos direitos sociais. Outra consignação que merece reafirmação é a de que, diante da omissão inconstitucional do Poder Executivo surge atuação vinculada do poder judiciário em realizar a política pública essencial para a promoção da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, o STJ deixou claro neste precedente, válido implicitamente para os demais julgados, e assim contribui para a tradição jurisprudencial neste ponto, que há no Poder Judiciário uma regra/poder de realizar a dignidade da pessoa humana diante da omissão de outro poder.

4.1 Política Pública de Saúde Básica e as Comunidades Quilombolas

Tendo em vista que algumas necessidades básicas em relação à saúde dos quilombolas, bem como a falta de políticas públicas dirigidas a educação sanitária e de cuidados com a saúde são os principais fatores do alto índice de mortalidade infantil e propulsores de inúmeras doenças entre os integrantes destas comunidades.

Outro fator que tem contribuído muito para essa situação são os isolamentos físicos e sociais das comunidades quilombolas que acabam dificultando e prejudicando a educação de seus povos em relação aos cuidados que devem ser tomados, tanto para a sua saúde quanto para a de toda sua família.

“A fragilidade e a vulnerabilidade da saúde das comunidades quilombolas decorrem de diversos fatores, dentre eles: má alimentação, falta de saneamento básico, falta de água tratada, ausência de rede de esgoto e de coleta de resíduos sólidos, a discriminação racial nos postos de saúde e a desigualdade social-econômica. (MARGRAF, 2015, p. 219)

Para tanto foi criado em 2004 o Programa Brasil Quilombola que tem por finalidade a coordenação das ações governamentais, por meio da articulação transversal, setorial e interinstitucional para as comunidades de quilombos. As bases legais que serviram de embasamento a formulação das ações desse Programa, foram o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT que garante o direito à propriedade de suas terras, nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988 – CF/88, dentre outras. Vamos aqui nos deter na Portaria n 127/2008 do Ministério da Fazenda que regula as políticas públicas específicas de infraestrutura, presentes no Programa Brasil Quilombola, e que podem ser desenvolvidas somente em comunidades tituladas pelo INCRA ou certificadas pela Fundação Cultural Palmares²⁰.

Esse Programa está sob a coordenação da SEPPIR²¹, por meio da Subsecretaria de Políticas Públicas para Comunidades Tradicionais e envolve 23 (vinte e três) órgãos da Administração Pública Federal, empresas e organizações sociais.

Visando cumprir as metas traçadas pelo Programa Brasil Quilombola, em 2007 foi lançado o Projeto Agenda Social Quilombola. Dentre os objetivos do Projeto acredita-se que sirva de mecanismo capaz de reduzir as desigualdades e promover a interação entre os poderes, bem como consolidar políticas de inclusão das comunidades quilombolas nas ações governamentais. ”Os eixos de atuação desse Projeto são: I. Acesso à terra; II. Infraestrutura e qualidades de vida; III. Inclusão produtiva; IV. Desenvolvimento local; V. Direitos de cidadania.” (SANTOS, 2014, p. 125)

As ações desenvolvidas no Programa Brasil Quilombola que estão agrupadas por eixos acima citados, foram apresentadas e desenvolvidas através de políticas públicas, dentre elas a política de saúde é que a mais tem chegado a comunidade quilombola, ainda que de uma forma muito aquém da desejada, no campo da saúde, temos o Programa da Saúde da Família, da Saúde Bucal e que englobam também a questão da alimentação e o valor

²⁰ Ambos os procedimentos estão regulamentados pelo Decreto n ° 4.887/2003.

²¹ Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial

nutricional, a qualidade da água (com quantidade e regularidade/ frequência, previstas, conforme previstas na Lei n ° 9.433/97 de Recursos Hídricos).

Salienta-se que os projetos voltados à cidadania operam com questões diversas, desde estudos voltados as crianças e jovens quilombolas e o desenvolvimento de ações de orientação sobre direitos até mesmo às questões voltadas a saúde básica que tornam o indivíduo um cidadão e aqui novamente retomo o ponto de partida da cidadania social existencial: o cidadão só existe juridicamente se o Estado lhe prestar direitos sociais de educação básica, saúde, entre outros, em um ambiente ecologicamente equilibrado.

De forma sucinta o Projeto Agenda Social Quilombola, “(...) é uma estratégia de como fazer com que aquela ação, que é para todos, chegue às comunidades, né, e quando chegue, dialogue com a realidade daquela comunidade.(...) É a intersectorialidade, ou seja, é fazer com que essa política, ela se molde.” (SANTOS, 2014, p. 137)²²

5.CONCLUSÃO

O surgimento de novos direitos conforma e impõe evolução da cidadania. Dentro desta perspectiva há os direitos sociais. Através do olhar da cidadania social é possível perceber que determinadas prestações compõe um mínimo e existência do individuo para o mesmo se autodeterminar através de um ordenamento ético. Com base nisso determinados direitos de cidadania social compõe a existência jurídica do individuo.

Alguns destes direitos já foram postos pela tradição doutrinária - direitos (1) à educação fundamental, (2) à saúde básica, (3) à assistência no caso de necessidade e (4) ao acesso à justiça, (5) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A consolidação, portanto, da *cidadania social existencial*, como defendemos, é composta pelo direito a educação fundamental, direito a seguridade fundamental (gênero que possui como espécies a saúde básica, a assistência no caso de necessidade e a previdência social fundamental), direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, como instrumento de efetivação destes direitos existências, o acesso à justiça.

A emergência da plena concretização de uma política pública voltada para as comunidades quilombolas no intuito de propiciar às comunidades quilombolas a cidadania social existencial é mais do que criar um núcleo duro de dignidade da pessoa humana ou um mínimo existencial, pois a cidadania é o direito subjetivo de ter o direito e isso impõe uma

²² Em entrevista realizada com a Sr.a Neuza, em abril de 2010 em uma comunidade quilombola, a qual ocupa o cargo de coordenadora nacional do Programa Brasil Quilombola à época da entrevista.

conduta pro-ativa dos poderes da Republica em efetivar esta especialíssima cidadania que é garantidora da existência individual cidadã.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Fernando. **A distinção entre princípios e regras, a ordem constitucional e a cidadania ecológica: uma proposta doutrinaria.** Direito ambiental II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. – João Pessoa: CONPEDI, 2014. Página 34-41.

_____. **Criação Judicial do Direito: Perspectivas Hermenêuticas, Constitucionais e de Cidadania.** 2015. 125 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Fundação Universidade do Rio Grande (FURG), Rio Grande/RS, 2015.

_____; COSTA, José Ricardo Caetano. **A cidadania social existencial e a evolução da concessão do benefício de prestação assistencial da LOAS na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através de uma hermenêutica reflexiva.** In.: Direito Público, v.12, n.67, jan./fev. 2016. p. 9-30.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** 3 Ed. São Paulo: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BIRNFELD, Carlos André. **Cidadania Ecológica.** Pelotas: Delfos, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6. ed. Revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; SERAU Jr., Marco Aurélio. **Benefício Assistencial: Temas Polêmicos.** São Paulo: LTr, 2014.

FREITAS, Raquel Coelho; MORAES, Germana de Oliveira. **O novo constitucionalismo americano Latino-Americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os Direitos de Pachamama e o Bem Viver (sumak kawsay)**. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (organizadores). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. Página: 103 a 124.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**, 6. ed. Rio de Janeiro: forense universitária, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Pailo Giachini. 14. ed.. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

_____. **O problema da consciência histórica**. Organizador: Pierre Fruchon. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 12^a. Ed. 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha**, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Significado dos Direitos Fundamentais. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A interpretação Constitucional. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Constituição e Direito Constitucional. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciencia do Direito**. Tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

MARGRAF, Alencar Frederico; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. **Quilombolas Brasileiros: constitucionalismo contemporâneo e políticas públicas em defesa dos remanescentes de quilombos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015.

MARSHAL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**. 2^a ed. Revista, atual. e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópic e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de

Janeiro: Renovar, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O novo paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. 3 ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Simone Ritta dos. **Comunidades Quilombolas: as lutas por reconhecimento de direitos na esfera pública brasileira**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel; Claudio Pereira de, SOUZA NETO. **Direito Constitucional: teoria historia e métodos constitucionais**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização – no processo jurisdicional – das promessas do constitucionalismo social**. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. (Org.). **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar**. Florianópolis: Conselho editorial. Página 329-361.

STEIN, Ernildo. **Dialética e hermenêutica: Uma controvérsia sobre método e filosofia**. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer**. Tradução: Álvaro L.M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.