XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

YURI SCHNEIDER

JULIA MAURMANN XIMENES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Julia Maurmann Ximenes, Regina Vera Villas Boas, Yuri Schneider – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-183-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Entre os dias 6 e 9 de julho o XXV Encontro Nacional do CONPEDI ocorreu em Brasília, com o tema Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

Diante da pertinência com esta temática, o grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas se reuniu em três diferentes salas, e a presente apresentação trata do primeiro grupo.

A histórica desigualdade social brasileira é o contexto da maioria das discussões, conduzidas ainda para o papel dos diferentes atores jurídicos na efetivação dos direitos sociais a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Inicialmente os trabalhos retomaram questões mais conceituais da relação entre Direito e Políticas Públicas como a judicialização, a dignidade da pessoa humana, o papel do Estado, do Poder Judiciário, o mínimo existencial e a reserva do possível.

Outra grande temática foi a judicialização da saúde: aqui sete trabalhos analisaram os desafios deste fenômeno, inclusive com a análise de casos específicos, da gestão orçamentária e da nova abordagem na problematização sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais – o estado de coisas inconstitucional.

O terceiro direito social debatido em vários trabalhos foi a educação. Aqui as pesquisas contribuíram com importantes reflexões a partir da análise de casos, como Belo Horizonte e Rio de Janeiro, dentre outras perspectivas.

Para finalizar, a discussão envolveu trabalhos relacionados com a corrupção como "mecanismo de esvaziamento das políticas públicas" e pesquisas sobre políticas públicas de alívio a pobreza no Brasil.

O debate continua, mas esperamos que mais uma vez a publicação dos trabalhos discutidos contribua para a pesquisa jurídica brasileira sobre a efetivação dos direitos sociais.

Boa leitura!!!

Julia Maurmann Ximenes – IDP/CONPEDI

Yuri Schneider – UNOESC

Regina Vera Villas Boas – UNISAL

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS POR MEIO DA ATUAÇAO CONCRETA DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL À LUZ DA REFLEXÃO DOS DOUTRINADORES

L'EFFETTIVAZIONE DEI DIRETTI FONDAMENTALI SOCIALI PER MEZZO DELL'ATTUAZIONE CONCRETA DELLA PUBBLICA AVVOCATURA MUNICIPALE ALLA LUCE DELLA RIFLESSIONE DEI DOTTRINATORI

Lino Rampazzo
Karla Alexsandra Falcão Vieira Celestino

Resumo

A advocacia pública municipal tem um papel de suma relevância na efetivação dos direitos fundamentais sociais, eis que, além da representação judicial e assessoramento, cabe uma interpretação sistemática da ordem jurídica pátria, a ponto de assegurar a concreção de direitos prestacionais, por meio das procuradorias, tendo como núcleo basilar o Princípio da Dignidade da pessoa humana. Neste diapasão, ressalte-se o forte instrumento de efetividades dos direitos sociais, mediante a instrumentalização da advocacia pública, assegurando, destarte, o Estado democrático de direito. A reflexão considera as contribuições de alguns doutrinadores significativos: Rawls, Alexy, Sarlet, Canotilho e Bonavides.

Palavras-chave: Advocacia pública municipal, Efetivação dos direitos fundamentais, Justiça social, Doutrinadores

Abstract/Resumen/Résumé

L'avvocato pubblico municipale ha un ruolo di primaria importanza nella realizzazione dei diritti fondamentali sociali. Così, oltre alla rappresentazione giudiziale e di consulenza, deve interpretare sistematicamente l'ordinamento giuridico patrio al punto di garantire la concretizzazione dei diritti prestazionali, attraverso i procuratori, avendo come nucleo di base il Principio della dignità della persona umana. In tale ottica, si distacca il forte strumento di effettività dei diritti sociali, attraverso lo strumento del pubblico avvocato, garantindo, così, lo Stato democratico di diritto. Questa riflessione si basa sui contributi di alcuni importanti giuristi: Rawls, Alexy, Sarlet, Canotilho e Bonavides.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Avvocato pubblico municipale, Effettività dei diritti fondamentali, Giustizia sociale, Dottrinatori

Introdução

A advocacia pública é função do Estado, por excelência, que tem, como objetivo basilar, aprimorar meios de garantir o respeito ao Estado Democrático de Direito, mantendo as suas funções institucionais de consultoria, assessoria e representação judicial, porém, tendo como valores fundantes e principiológicos, o respeito aos direitos fundamentais sociais, a viabilização destes mesmos direitos, e, em observância, sobretudo, a dignidade humana e o Estado Democrático de Direito.

As políticas públicas se efetivam de forma concreta no âmbito municipal. Eis que é nesta realidade que elas ganham vida, alcançam a coletividade, de maneira que o papel da advocacia pública representa bem mais que apenas uma assessoria, consultoria e representação jurídica do município, uma vez que assegura, garante e proporciona meios, instrumentos de concreção dos direitos fundamentais sociais, de maneira que o município implemente e instrumentalize, por meio da advocacia pública, a efetivação destes direitos, dando ao munícipe a segurança e os direitos constitucionais próprios à observância de uma vida digna.

Esta considera as contribuições de alguns doutrinadores significativos: Rawls, Alexy, Sarlet, Canotilho e Bonavides.

1 FUNÇÃO SOCIAL DA ADVOCACIA PÚBLICA

O advogado conforme preceito constitucional, (art.133 da Constituição Federal) é indispensável à administração da justiça: está ele agregado aos pilares constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, realizando, destarte, uma função social, mesmo na atuação privada. Eis que é instrumento de acesso à justiça, como expressa Ruy Azevedo Sodré:

> O advogado exerce função social, pois ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: sem liberdade, não há advocacia. Sem a intervenção do advogado, não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescritível para que funcione a justiça. Não resta, pois, a menor dúvida de que o advogado exerce função social. (1991, p. 281).

A função social se realiza à medida que a advocacia presta um serviço à coletividade, quando ela colabora no respeito aos direitos fundamentais, pois, por meio do advogado, obtém-se a justiça social, a construção de uma sociedade mais justa e mais fraterna.

No dizer de Paulo Lôbo, "*o advogado realiza a função social quando concretiza a aplicação do direito (e não apenas da lei) ou quando obtém a prestação jurisdicional e quando, mercê de seu saber especializado, participa da construção da justiça social*". (2002, p.438).

E no que concerne especificamente à advocacia pública, o Estatuto da Advocacia e da OAB, em seu art. 3º estabelece:

> Art. 3º, § 1º. Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei, além do regime próprio a que se subordinem os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração direta e fundacional.

Vemos que é papel do advogado público, representar seu ente federal de forma impessoal, proba e em absoluta observância dos preceitos constitucionais pátrios, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, de maneira que a advocacia pública seja sustentáculo na efetividade dos direitos fundamentais, primando para que a Constituição não se torne apenas uma folha de papel mas uma realidade viva no âmbito municipal.

É direito do cidadão a concretude de seus direitos constitucionais básicos, ou seja, saúde, educação, vida digna, de maneira que a advocacia pública exerce um relevante papel social, haja vista que conhece as realidades das políticas públicas locais, reconhece o direito dos seus munícipes, devendo, portanto, se esperar dele uma atuação jurisdicional voltada, outrossim, para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, representando a municipalidade, assessorando-a, mas, sobretudo, colaborando na efetivação dos direitos que preservem a dignidade da pessoa humana.

2 JUSTIÇA SOCIAL EM JONH RAWLS

Para John Rawls (2002, p. 3**),** "a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento". Asseverando que a justiça não pode ser renegada, alçada longe de poucos em favor de muitos. Só deverá ser tolerada a injustiça quando ocorrer injustiça maior.

E continua o autor,

> Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social. (2002, p. 24).

São dois os princípios da justiça social, segundo o filósofo:

> Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.
> Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (2002, p. 25).

Define ainda com bastante propriedade Joh Rawls: "É a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social". (2002, p. 27).

A advocacia pública como entidade componente do Estado deve promover a justiça social, garantindo o princípio da diferença, de modo que todos sejam favorecidos, sobretudo, mediante um investimento maior em políticas sociais, onde todos sejam beneficiados, combatendo as iniquidades sociais, assegurando condições mínimas de uma vida digna, de modo que a liberdade possua o mesmo valor para todos os indivíduos, assevera, destarte, Rawls:

> Também suponho que há uma igualdade de oportunidades que é eqüitativa (em oposição a uma igualdade formal). Isso significa que, além de manter as formas habituais de despesas sociais básicas, o governo tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantes dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares seja estabelecendo um sistema de ensino público. Também reforça e assegura a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha de trabalho. Isso se consegue por meio da fiscalização de empresas e associações privadas e pela prevenção do estabelecimento de medidas monopolizantes e de barreiras que dificultem o acesso às posições mais procuradas. (RAWLS, 2002, p. 303).

E aduz por fim: "Minha esperança é a de que a justiça como eqüidade pareça razoável e útil, mesmo que não seja totalmente convincente, para uma grande gama de orientações políticas

ponderadas, e, portanto expresse uma parte essencial do núcleo comum da tradição democrática". (RAWLS, 2002, p.303)

3 LIÇÕES DE ALEXY

Está intrínseca nos direitos fundamentais, a sua realidade de fundamentalidade, que, conforme aduz Canotilho, baseado na lição de Robert Alexy, "aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material" .

A respeito da matéria afirma Alexy (2008, p.90):

> Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Tal realidade doutrinaria avança no sentido de compreender que as normas de direitos fundamentais prestacionais trazidas no bojo da nossa Carta Constitucional, por menor que seja sua densidade normativa, sempre estarão aptas a gerar o mínimo de efeitos jurídicos, portanto, diretamente aplicáveis, e, nesta esteira o poder executivo, através da advocacia pública, pode propiciar uma atuação de proteção e efetividades dos direitos sociais prestacionais.

Com bastante propriedade Alexy faz a seguinte assertiva:

> A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito à prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens. Esse conceito de direito à prestação é mais amplo que o usual. Na maioria das vezes a expressão "direito a prestações" é associada à idéia de um direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras pessoas privadas se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente. No entanto, há dois motivos decisivos para estender o conceito de direito a prestações, para além desses direitos a prestações fáticas, também aos direitos as prestações normativas, como a proteção por meio de normas de direito penal ou a criação de normas organizacionais e procedimentais. (2008, p. 443)

Os direitos fundamentais sociais que são considerados direitos às prestações por excelência, não dizem respeito somente a atuação positivista do estado, mas alcança ainda, em determinadas situações, como o direito ao meio ambiente, como direito fundamental social, que não se efetiva tão somente com uma simples prestação fática, como se observa na prestação do

direito à assistência social, exige, por muitas vezes uma ação normativa, procedimental e fática que assegure a real efetividade do direito.

E elenca de modo magistral Alexy:

> Um direito fundamental ao meio ambiente correspondem mais àquilo que acima se denominou "direito fundamental completo". Ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas. Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente, (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática). (2008, p. 443);

Diferentemente da constituição alemã que, com pouquíssimas exceções, não contém direitos fundamentais sociais expressos em seu bojo, e onde o catálogo de direitos fundamentais se caracteriza por um sistema de valores associados à dignidade humana, e o livre desenvolvimento dessa personalidade no seio social, a nossa carta da Republica de 1988 expressamente assegura o direito ao salário mínimo, assistência social, previdência, saúde, moradia, alimentação, trabalho e lazer, dentre outros direitos, que possuem, como escopo basilar, assegurar, mediante a prestação de recursos materiais, uma vida digna. Eis que se trata de um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art.1º, inc. III, da CF) que, a propósito, foi inserido à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, Caput, da CF).

4 LICÕES DE SARLET

A fundamentalidade formal deriva da constitucionalização dos direitos, apresentando as seguintes notas características, segundo Sarlet :

> a) as normas que consagram os direitos fundamentais na Constituição situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) como normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da Constituição Federal); c) trata-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata às entidades públicas e privadas (conforme art. 5º, par. 1º, da Carta Federal). (2007, p. 86).

Já a fundamentalidade material, esclarece Canotilho “insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”. (2003, p. 355). Deriva, pois, do fato de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material.

Ressalta ainda Canotilho:

> *Prima facie*, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal como demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. (2003, p. 355).

Destaca Ingo Sarlet

> Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, par. 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ainda que possa controverter-se a respeito da extensão do regime de fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais [...]. (2007, p. 76-77).

São consideradas disposições de direitos fundamentais as que expressamente assim o definirem em sua carta constitucional, bem como, outras disposições encontradas na constituição, as quais sejam garantidoras de direitos individuais, como no caso da nossa Constituição da Republica Federativa do Brasil que retrata bem isso, no Título I, os Princípios Fundamentais, sustentados no Estado Democrático do Direito, e no Título II apresenta o rol dos Direitos Fundamentais e Garantias Fundamentais.

Os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, os quais devem ser observados, sobretudo, em um Estado Social, tendo por finalidade a efetivação de uma vida digna, com igualdade social, por meio de proteção e garantias constantes no estado democrático de direito, e esse estudo visa analisar os desafios dos órgãos institucionais do executivo municipal, especificamente, a Procuradoria pública, no sentido de proporcionar meios de gerar a eficácia e a efetividade dos direitos sociais.

As Procuradorias Municipais são, outrossim, responsáveis pelo controle interno da legalidade dos atos da administração pública, mediante a prestação de representação e consultoria jurídica no âmbito local. Todavia, na conjuntura constitucional pátria, observa-se a necessidade de que também esta instituição sirva à concreção dos direitos fundamentais, de modo que estes não estejam à disposição dos órgãos do executivo, mas ao contrário, exige uma conduta positiva

do executivo, no sentido de fazer tudo o necessário à realização dos direitos fundamentais, inclusive, os prestacionais.

O papel do procurador municipal não teria como função, na atual sistemática constitucional, de se limitar à representação jurídica e de consultoria no município, mas, sobretudo, de assegurar aos munícipes a efetividade das normas de direito fundamental, garantindo à coletividade a observância de políticas públicas de inclusão, respeitando a dignidade humana, seja mediante a prestação do serviço público, seja na dimensão prestacional dos direitos sociais.

Tendo em vista que o presente estudo visa se debruçar sobre a problemática própria do papel relevante das procuradorias municipais na proteção dos direitos fundamentais, e, partindo da premissa de que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, conforme art. 5º, paragrafo 1º da nossa Constituição, alerta Sarlet (2007, p. 276):

> Com base no exposto, e partindo da premissa de que não há como tomar a sério os direitos fundamentais se não levar a sério o disposto no art. 5º, §1º, de nossa da Constituição, constata-se, desde logo, a necessidade de não subestimarmos (nem superestimarmos) o significado e alcance desta norma. Que este preceito se aplica tão somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas constitucionais, como aparentemente quer fazer crer parte da nossa doutrina, constitui, por si só, conclusão que assume uma relevância não meramente secundária. Em hipótese alguma o significado do art. 5º, §1º, da CF, poderá ser reduzido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais. Neste contexto, sustentou-se acertadamente que a norma contida no art. 5º, §1º, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.

Os órgãos estatais, e no caso em discussão os entes municipais, possuem o escopo de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, utilizando-se, portanto, de todos os instrumentos institucionais possíveis, e nesta perspectiva a advocacia pública municipal tem um condão de fazer valer a efetividade de tais normas fundamentais, não se esgotando na tradicional perseguição dos interesses materiais da administração pública.

A problemática da eficácia dos direitos fundamentais sociais, enquanto direitos subjetivos a prestações, já é uma realidade de intensa controvérsia. Contudo, vale analisar e extrair o verdadeiro papel da advocacia pública no âmbito local, no que tange, sobretudo, à proteção destes direitos, no que concerne à efetividade dos direitos sociais, por atuação direta das procuradorias municipais, eis que, nos municípios, as políticas públicas se materializam.

Como assinala Sarlet:

> Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional pressupõe seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais. Assim sendo, é de acolher-se a preciosa lição de José E. Faria, para quem "os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios". (2007, p. 276).

É de fácil constatação que a atuação da advocacia pública municipal de forma hodierna, considera a efetivação de seu objeto institucional, dentre outros, resguardar e representar o interesse da administração pública, inclusive, patrimonial e financeiro, com a efetividade dos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, obedecendo à risca a legalidade formal, ou seja, a regra, ou, levando em conta os princípios, enquanto mandamentos de otimização.

Conforme continua Sarlet (2007, p. 292):

> Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas sim, como já assinalado alhures, encontram-se intimamente vinculados a tarefas de melhoria, distribuição, e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos de que deles necessitem.

O direito fundamental às prestações sociais exige do Estado uma ação positiva, na persecução de determinados objetivos, servindo a Procuradoria Municipal, como instituição integrante da administração direta do município, além da representação e assessoramento e consulta, o papel de viabilizar meios de assegurar a efetividade das prestações de cunho social, sobretudo, em que pese garantir o respeito à dignidade humana e a observância do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão são exigíveis do poder público os direitos sociais que integram o mínimo existencial, devendo este poder executivo uma atuação positiva na efetividade de tais direitos. Ora, se apresenta bastante comum à participação de empresas em processo licitatório para construção de escolas e, ou, creches públicas municipais, e, na oportunidade da celebração do contrato pela empresa vencedora, boa parcela, senão a integralidade das contratações para a execução da obra, se dá por meio de mão de obra local, ou seja, dos próprios munícipes, os quais são contratados pelas ditas empresas vencedoras, as quais receberam nos valores das obras a

quantia respectiva ao pagamento de pessoal com todos os consectários fiscais e previdenciários de praxe.

Ocorre que, quando da entrega da obra, a malsinada empresa finda o seu contrato com o poder público, cumprindo a parte inerente à execução física da obra nas condições acordadas, todavia, dispensa os referidos empregados sem qualquer responsabilidade trabalhista, ou, previdenciária, gerando a estes prejuízos imensuráveis, seja de ordem financeira, seja pelo desrespeito ao valor social do trabalho, à dignidade do trabalhador, que acreditava por estar construindo uma obra pública, ser resguardado de todos os seus direitos pelo Estado.

No transcorrer fático, o munícipe prejudicado propõe a devida ação trabalhista contra a municipalidade, e, outrossim, em desfavor da malograda empresa executora da obra pública, a qual não comparece nem envia representante, e, o município por seu procurador, apresenta contestação especifica, alegando contrato de empreitada, e, portanto, pleiteando a devida exclusão da lide, lavando as mãos e entregando a sorte, o interesse daquele cidadão, ignorando, porquanto, se assim fosse possível, o efetivo papel da advocacia pública na concreção dos direitos fundamentais sociais.

Considera-se que a função da advocacia pública, numa interpretação segundo a constituição pátria, é a de ser instrumento de efetividade dos direitos fundamentais sociais, devendo ser utilizada para garantir a observância na concretização dos direitos sociais, tendo o papel de representar a municipalidade judicialmente, mas, sobretudo, de assegurar a observância dos direitos fundamentais sociais dos munícipes, especialmente no que corresponde ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

A advocacia pública municipal, além de todas as atribuições inerentes a sua atividade, desenvolve meios legais, na esfera de sua competência, auxiliando o poder executivo no sentido de garantir a efetividade das normas constitucionais às prestações sociais, tendo como fundamento a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, alcançando, destarte, um ideal de justiça social almejado pela nossa Constituição Federal, demonstrando que a finalidade da procuradoria municipal é bem mais ampla que a representação patrimonial de bens, mas especialmente, a proteção de pessoas.

Com efeito, a advocacia pública deve ter por meta a concreção da justiça, da legalidade, ressaltando que os advogados públicos defendem o interesse do Estado, que é nada mais nada menos do que a realização da justiça. Portanto, a instituição possui, como base cimentada, a

preservação e efetivação dos direitos fundamentais, alicerçada em um Estado constitucional que lhes dá legitimidade.

Como bem explicita Sarlet:

> Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-de-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o individuo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto os direitos de defesa (*status libertatis e status negativus)* se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontre obrigado a colocar à disposição *dos indivíduos prestações de natureza jur*ídica e material(fática). (2007, p. 192).

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais sofreram diversas transformações, seja no que concerne a seu conteúdo, seja no tocante a sua eficácia, efetividade e titularidade. Há quem sustente, além das três gerações, uma quarta, uma quinta e até uma sexta geração. Contudo, apresenta-se claro que o reconhecimento de novos direitos fundamentais possui o caráter de complementariedade, decorrentes, sobretudo, das transformações sociais, culturais, políticas e econômicas, ao longo dos anos, apontando, sobremaneira, a sua universalidade e indivisibilidade, seja na ordem constitucional pátria seja no âmbito de direito internacional.

A visão de toda a estrutura normativa interna tem que ser voltada à observância da constitucionalização dos direitos fundamentais, especialmente, o poder público, no que tange à historicidade dos direitos fundamentais. Eis que, como enfoca Bobbio (1992, p. 32), “tais direitos são fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”.

E aduz ainda Sarlet:

> Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contempladas nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma

> transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. (2007, p. 47).

Os direitos de segunda dimensão atravessaram um ciclo de baixa normatividade e de eficácia questionada. No entanto, recentes Constituições, inclusive, o Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Tais direitos sociais fizeram nascer à consciência de que, tão importante quanto proteger o indivíduo, era assegurar a proteção às garantias institucionais, limitando, destarte, a atuação do legislador.

E conforme salienta Sarlet, "... a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão." (2007, p. 47). Estes se assentam sobre a fraternidade, ou a solidariedade, indo mais além que os direitos individuais ou coletivos, dizem respeito ao direito à paz, ao meio ambiente, à comunicação, havendo, inclusive, para alguns doutrinadores, um processo de gestação, podendo alargar-se à medida que o processo universalista se desenvolva.

Sustenta com maestria, Sarlet:

> A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, porque os direitos de terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal, ou no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação. (2007, p. 47).

È bastante compreensível a preocupação de Bobbio para quem "o grave problema de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los" (1992, p. 25). E um desses direitos constata-se quando da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Versando sobre o que se dispõe o presente estudo, percebe-se que os direitos sociais, apesar de muitas vezes serem veiculados por normas programáticas, inconteste é a sua aplicabilidade imediata, ainda nos casos em que haja baixa normatividade. Eles sempre estarão aptos a gerar o mínimo de seus efeitos jurídicos, dada a natureza fundamental de tal direito.

5 LIÇÕES DE CANOTILHO

Canotilho, tendo em conta "a reserva dos cofres financeiros" com referência aos direitos sociais, esclarece:

> De certo modo, a nossa perspectiva dirigia-se no sentido de salvar a dimensão normativa da socialidade mediante dois esquemas: (i) procurar novas vias para a "des-intorversão" da socialidade estatal; e (ii) distinguir entre *direitos constitucionais sociais* e *políticas públicas* de realização de direitos sociais. A linda ideológica de fundo poderia ser resumida da seguinte forma: o caráter dirigente da constituição social não significa a optimização *directa* e *já* dos direitos sociais, antes postula a graduabilidade de realização destes direitos. Graduabilidade, não significa, porém, reversibilidade social. (2003, p. 332).

O Estado deve assegurar as condições necessárias à efetivação de uma vida digna, implementando esforços dos mais diversos no sentido de garantir o mínimo existencial, integrando todas as ações positivas, utilizando-se de todas as instituições disponíveis, de seu aparato administrativo e governamental, no sentido de otimizar a prestação social dos direitos fundamentais, e neste caso a Procuradoria Municipal.

A respeito das jurisprudências comuns e constitucionais, confrontadas com o "direito ao mínimo existencial", Canotilho assim se manifesta:

> (i)o direito ao mínimo prestacional para uma existência condigna é um direito prestacional originário fundado em um direito fundamental da dignidade humana; e (ii) os direitos, liberdades e garantias transportam uma dimensão objetiva conducente à ressubjectivização de posições prestacionais, configurando-se, assim, eles próprios em esquemas de garantia dos direitos sociais. (2003, p. 12-13).

Com efeito, na atual conjuntura não se pode entender que a atuação da advocacia pública, assegure a proteção de direito, senão, o primário, na medida em que o advogado público atue numa ação positiva de concretude aos direitos fundamentais às prestações, destacando-se, destarte, a defesa dos direitos essenciais ao estado democrático de direito, ou seja, a dignidade humana.

A defesa judicial e legítima de políticas públicas, tendo como feixe a democracia e a dignidade humana, os pareceres, a defesa administrativa e judicial que observem as considerações à proteção constitucional às prestações sociais de direitos fundamentais,

prestigiando o direito à vida, ou fazer prevalecer o interesse financeiro do Estado, dizem respeito às inúmeras possibilidades de contribuição ao estado democrático de direito no âmbito municipal, através da atuação positiva de um procurador público.

Enquanto o poder judiciário é inerte por excelência, a advocacia pública pode atuar no sentido de prevenir litígios, obstar indenizações, assegurar o respeito aos direitos do trabalhador, salvaguardar a observância da dignidade humana quando da prestação social de direitos fundamentais, orientando, recomendando, transigindo, fiscalizando, de modo a garantir a efetividade dos direitos sociais de defesa e, sobretudo, de prestação.

E cumpre ressaltar que todo o aparato governamental e institucional deve estar voltado à prática de atos positivos no sentido de efetivar medidas concretas e institucionais que viabilizem que a advocacia pública, na sua hodierna atuação, possa realizar, favorecer, implementar e contribuir para a defesa e proteção dos direitos fundamentais sociais.

6 LIÇÕES DE PAULO BONAVIDES

Destaca Paulo Bonavides:

> Quando se analisa a matéria sujeita, ou, a substância dessa segunda forma de Estado Constitucional, é de todo o ponto fácil averiguar que ela não gira ao redor de formalismos e abstrações; seu ponto de apoio e traço de identidade são o tecido social do dos direitos fundamentais. Sua legitimidade se faz e cresce na exata medida em que tais direitos se concretizam.
> Quando prevaleciam por única constante na caracterização do Estado Moderno os direitos de primeira geração, a lei era tudo. Quando se inaugurou, porém, a nova idade constitucional dos direitos sociais, como direitos da segunda geração, a legitimidade – e não a lei- se fez paradigma dos Estatutos Fundamentais. No Constitucionalismo contemporâneo a Teoria da Norma Constitucional passou a ter, a nosso ver, a legitimidade por fundamento. A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é o princípio, e o princípio é a constituição na essência; é sobretudo sua normatividade. (2012, p. 50-51).

Com o advento da constituição de 1988 nasce uma satisfação social decorrente do fato de vários direitos terem adquirido *status* constitucional, uma ascensão de efetividade se esperava, e nesta visão da Carta da Republica, se observa que o papel da advocacia pública vai além da defesa do governo, eis que se inaugurou a efetividade normativa da constituição, sobretudo, no tocante aos direitos fundamentais sociais, procura-se pensar o problema e lhes dá solução efetiva,

utilizando-se de todo aparato administrativo e jurídico, passando, destarte, o advogado público à legitimado constitucional na concreção de tais direitos.

Os municípios enfrentam de modo habitual, inúmeras demandas judiciais donde são pleiteadas prestações concernentes a direitos fundamentais sociais, destacando-se em especial a saúde, onde munícipes postulam a concessão de medicamentos excepcionais de alto custo, além de suplemento alimentar, não sendo incomum a verificação de agravos, apelação, contestação pelo órgão jurídico do poder executivo municipal, onde se observa a discussão entre a defesa de interesses públicos secundários, em detrimento dos primários.

Ora, há quem entende que a defesa do ente municipal deva ser adstrita ao interesse da administração pública, ao seu patrimônio, compreendido como um mero advogado do governo, quando na verdade o papel institucional da advocacia pública é bem mais desafiador. Eis que labora numa atuação proativa, no sentido de evitar litígios, no sentido de emitir recomendações que assegurem a eficácia dos direitos fundamentais sociais. Não se trata, portanto, de um engajamento político partidário, mas institucional, sistemático, é função do Estado, e deve ser vista desta forma, com a visão na satisfação coletiva, no interesse público, de modo constitucionalizado.

Dentre as outras peculiaridades da atividade do advogado público, observa-se a visão institucional e sistêmica inerente a sua própria função: eis que pode atuar previamente na formulação de políticas públicas, uma vez que conhece dados do orçamento, tem acesso à folha de pessoal, aos planos de cargos e carreiras, à legislação local, de modo que contribui no acesso dos cidadãos às políticas públicas mais eficientes, e que alcançam a realidade de ponta, garantindo, sobretudo, a legalidade, mas com justiça social, respeitando a constitucionalização da administração pública.

Assim também Bonavides destaca:

> A importância extrema dos direitos fundamentais como elemento e base material da nova legitimidade, já fora de certo modo entrevista em meados do século passado, quando Thoma, com acuidade, ponderou que os direitos fundamentais não tinham eficácia em função da lei, mas que a lei tinha eficácia, sim, em função dos direitos fundamentais. (2012, p. 51).

E ainda assevera o mesmo autor:

> O substrato do Estado Constitucional contemporâneo é possível visualizá-lo assim nos direitos fundamentais e na justiça e nos princípios. De seu conjunto se infere um valor supremo que governa a teleologia da Sociedade e do Direito, em derradeira instância: o princípio da dignidade da pessoa humana. (2012, p. 51).

Paulo Bovanides, citando Konrad Hesse, aduz: "Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis, o que os direitos fundamentais almejam".(Apud BONAVIDES, 2003, P.560). E na medida em que o Estado dispõe de todo um aparato institucional de preservação dos direitos fundamentais, tal fato não pode ser ignorado, qualquer medida administrativa,ou judicial, capaz e eficaz de garantir a efetividade de tais direitos necessita ser implementada, estudada, a fim de que se alcance através da advocacia pública avançar na defesa municipal, não só patrimonial, mas do indivíduo, do munícipe, ressaltando a pessoa como bem maior a ser protegido.

Dentre outras realidades, a implementação das políticas públicas é tema, outrossim, da advocacia pública da união, e a respeito da matéria, aduz César do Vale Kirsch:

> Pode-se ver, então, que a necessária participação da AGU no processo de política pública deve ocorrer, preferencialmente, nas fases de Formulação de Políticas Públicas, ou de Processo Decisório. Agindo em uma dessas etapas, o membro da AGU terá perfeitas condições de analisar os caminhos jurídicos que a política ora debatida poderá tomar, a fim de conseguir uma implementação mais fácil e adequada para o plano que será executado. Fará o exame da compatibilidade do programa político com a Constituição e demais normas vigentes, bem como com os princípios e valores do Estado Democrático de Direito. (2001, p. 99-144).

Conclusão

A relevância dos direitos fundamentais sociais aponta para a necessidade de proteção destes direitos, e no caso em análise, dos direitos às prestações sociais consagrados na Constituição Federal de 1988, e, justifica-se em virtude de uma máxima otimização da efetividade, outorgando-lhes, portanto, efeitos concretos, os quais podem realizar-se pela ação positiva do Estado na busca da concretização desses bens. Neste sentido, a advocacia pública pode e deve desempenhar um incontrastável papel na implementação do estado democrático e social de direito.

O exercício regular da advocacia pública municipal, com todas as suas nuances, pode contribuir, garantir, preservar e instituir a efetividade dos direitos sociais. Eis que é na municipalidade que nascem e geram frutos as políticas públicas e as relações jurídicas locais

produzem efeitos concretos e visíveis à coletividade. Urge, portanto, a manifestação do Estado, por meio da advocacia pública municipal, no sentido de obstar à invisibilidade da dignidade humana, assegurando a observância de um estado social, cujo bem maior é o homem e não o patrimônio.

É uma instituição própria do estado de direito que, pela carência social, pela proximidade de seu mister e, sobretudo, pela legitimidade constitucional sistemática, se vê obrigada a atuar, proporcionando ao poder público uma representação, consultoria e assessoria eficiente e consoante a legalidade, contudo, primando pela dignidade humana, pela igualdade e por justiça social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____ (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Teoria Geral do Estado,** 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros,1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

KIRSCH, Cesar do Vale. A necessária participação da Advocacia-Geral da União no processo de políticas públicas. **Revista Virtual da AGU**, n. 26, p. 99-144, março.2001.

LOBÔ, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 15.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta; Lenita Esteves.2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI. Guilherme, Luiz. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Asvogado, 2011. **Rever os dados desta citação**

SARLET, Ingo Wolfgang. TAVARES, Ramos, André. Leite, George Salomão. **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SESTA, Mario Bernardo. **Advocacia de Estado:** posição institucional. **Revista de Informação Legislativa**, ano 30, n. 117, p. 187-202, jan./mar. 1993.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio **Afonso da. Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991.