

EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Aluna: Beatriz Araujo Pyrrho
Orientadora: Telma Lage

Introdução

O estudo da efetividade dos direitos sociais necessita atualização constante por conta da forma pela qual vem se desenvolvendo a sociedade brasileira e também por conta da deslocação do local de luta pela efetividade, que antes se dava através de ações judiciais perante o Poder Judiciário e atualmente ocorre através de políticas públicas realizadas pelo Poder Executivo.

Embora o exercício pleno dos direitos sociais pelos cidadãos ainda seja deficiente e o acesso a escolas, hospitais, transportes, moradias etc. seja ainda mais ou menos precário e deficiente sob aspectos quantitativos e qualitativos, reconhece-se que houve melhorias significativas nas duas últimas décadas, com ênfase na última.

Para compreender esta dinâmica, estudamos os direitos sociais nas Constituições, concluindo que a de 1988 trouxe a desigualdade social para o centro da agenda política. Consultamos a legislação infraconstitucional a respeito – LOAS, ECA, Estatuto do Idoso, e também o PIDESC (Pacto Internacional Direitos Econômicos, Culturais e Sociais) por ser a fonte que trata de maneira mais abrangente os direitos sociais.

Paralelamente ao estudo do direito material, investigamos os instrumentos processuais, entendendo que as ações coletivas se mostram mais eficazes em relação às demandas das democracias sociais do que as ações individuais.

Objetivos

O presente trabalho serve de registro das reflexões desenvolvidas pelo grupo até este momento, e será parte do relatório de apresentação do Seminário PIBIC, onde todos os grupos relatam brevemente o estado da arte de seus estudos.

O objetivo de nosso grupo de estudos é investigar a Efetividade dos Direitos Sociais. Para produzirmos conhecimento sobre o assunto, devemos partir de um levantamento da bibliografia para conhecer o maior número de autores possíveis sobre o tema estudados. Consultamos também as decisões jurisprudenciais, e o marco legislativo, que, no caso dos DESCs (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) inclui tratados internacionais. Em paralelo, fazemos pesquisa de campo, eis que políticas públicas de promoção do acesso ao ensino superior se identificam com o tema dos direitos sociais e queremos conhecer as expectativas e dificuldades dos beneficiários dessas políticas. Diante dessas diferentes perspectivas, criamos o nosso próprio ponto de vista, ao invés de simplesmente reproduzir determinados autores.

Estudamos os direitos sociais e a sua eficácia jurídica e social no Brasil. Lendo autores europeus comparamos o Brasil com países de capitalismo avançado, além de comparamos o panorama atual com as transformações da pirâmide social brasileira ocorridas nas últimas décadas. Neste sentido, o conhecimento e avaliação das políticas públicas na área de educação e saúde foram levados a efeito.

Metodologia

Em nosso seminário, inicialmente, apresentaremos as atividades do Grupo de Estudos e as Pesquisas de campo desenvolvidas sob o tema: Efetividade dos Direitos Sociais, cujo objetivo se depreende do próprio nome do grupo. Os eixos de estudos e pesquisas são identificados neste

mesmo nome: do ponto de vista dos direitos substantivos são os direitos sociais nosso primeiro foco.

O segundo foco – a efetividade desses direitos – sugere um deslocamento para o campo do direito processual. O roteiro de pesquisa indica pesquisa no Poder Legislativo – para conhecimento do marco legal dos direitos sociais (e adiantamos que princípios constitucionais são a mais importante referência na configuração desses direitos); pesquisamos no Poder Judiciário a resposta da jurisprudência às ações que buscam reparar lesão ou ameaça de lesão a esse direitos e as ações processuais mais adequadas a atingir essa finalidade; no Poder Executivo pesquisamos as políticas públicas que visam garantir o acesso aos direitos sociais pelo conjunto da população. A pesquisa doutrinária oferece elementos teóricos para melhor compreensão da natureza dos direitos sociais e dos argumentos favoráveis ou contrários à sua efetividade. Neste passo o estudo da história da afirmação desses direitos é muito relevante.

Como se trata de um grupo de iniciação científica, nossa tarefa inicial será estabelecer os conceitos e as definições das categorias que estudamos. Na seção adiante, busco estabelecer uma distinção entre as denominações utilizadas quando se lida com os direitos sociais, quais sejam: ‘direitos humanos’, ‘direitos fundamentais’, ‘direitos individuais’; e denominações mais recentes, que alguns chamam de quarta geração de direitos, quais sejam: os direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos.

Direitos Humanos, Direitos fundamentais e Direitos Individuais

Estes direitos se originaram da Constituição Federal de 1988 e foram materializados com a edição da Política nacional do Meio ambiente em 1981, da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

Ao analisarmos a doutrina e a jurisprudência, notamos que o conceito de tais direitos não é quase trabalhado. Por tal razão, nossa fonte de estudos mais utilizada foram os sites.

*“Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são **oriundos de conquistas sociais** e são considerados **instrumentos processuais eficientes no atendimento da demanda reprimida**, permitindo, desse modo, a solução dos conflitos coletivos de ordem econômica, social ou cultural.*

Podem significar o alcance de um determinado direito em relação a um indivíduo ou em relação a um grupo de indivíduos. A defesa destes direitos pode ser exercida pelo Ministério Público, mas em relação aos direitos individuais homogêneos a legitimidade do Ministério Público é bastante controversa¹”.

Dessa forma, todos estes direitos decorrem de questões sociais e são direitos transindividuais (transcendem o escopo individual), por não pertencerem ao indivíduo de forma isolada.

Os **Direitos Difusos** são direitos subjetivos, caracterizados principalmente por sua indivisibilidade, isto é, a satisfação de um sujeito implica necessariamente na dos demais, atingindo um único resultado a uma coletividade indeterminada.

Os indivíduos afetados se agregam por força de certas contingências, e são ligados a circunstâncias de fato, como morarem em uma mesma região, não havendo vínculo jurídico entre eles.

Como os sujeitos são indeterminados, a indenização (devida caso a ação proposta seja julgada procedente) deve ser paga a um fundo relacionado às vítimas.

O exemplo clássico do direito difuso é o direito ao meio ambiente, onde não se pode mensurar as pessoas que são afetadas com a agressão a este, assim, trata-se do interesse de uma categoria e a indenização deveria ser voltada em benefício do meio ambiente.

Já nos **Direitos coletivos**, as pessoas são ligadas por uma relação jurídica, ou seja, socialmente vinculadas entre si ou com a parte contrária através da relação jurídica base. Esta vinculação existe desde o momento da lesão ao interesse do grupo.

Dessa forma, os sujeitos são determináveis, pois são ligados a um grupo, classe ou categoria,

¹ http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_difusos (grifo acrescentado à redação original)

como por exemplo, os associados a um sindicato, os acionistas de uma sociedade, os condôminos de um edifício, entre outros.

Segundo José Afonso da Silva, muitos dos direitos coletivos sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados, na maior parte, como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical, o direito de greve, etc.

Neste, também há indivisibilidade do direito, pois o tratamento aos diversos interessados não poderá ser diferenciado e deve ser reivindicado por meio de ações coletivas.

Nos **Direitos individuais homogêneos** os sujeitos poderão ser determinados em no futuro, mesmo que em um primeiro momento sejam indeterminados, pois são ligados a um evento de origem comum. Tal evento causa consequências distintas aos afetados, que tem a faculdade de pleitear seu direito através de uma ação individual ou coletiva. A última opção é mais política do que fundamentada na natureza dos direitos, que são individuais, mas unem os sujeitos pela homogeneidade de tais direitos, causada por um evento de origem comum.

A defesa dos direitos individuais homogêneos teve início nos Estados Unidos em 1966, através das chamadas "*Class actions*". Uma de suas características é a sua natureza divisível, distinguindo-se assim dos direitos difusos, além de seus sujeitos pertencerem a um grupo mais restrito e determinável.

No direito vigente, a tutela dos interesses individuais homogêneos é feita, predominantemente, por meio de ações condenatórias (com condenação genérica), seguidas de execução individual ou de execução coletiva (a chamada *fluid recovery*)².

De fato, há quem sustente que o sistema do Código de Defesa do Consumidor optou por reservar à proteção dos interesses individuais homogêneos (ao menos daqueles lá tratados) a via condenatória³.

Segundo se afirma – e esse entendimento tornou-se corrente, tanto na doutrina como na jurisprudência – estes direitos, por não se configurarem de fato como “direitos coletivos”, tratando-se antes de direitos individuais de massa, receberam do Código de Defesa do Consumidor um instrumento próprio de proteção, chamado de *ação civil coletiva* (disciplinada a partir do art. 91, daquela lei), posta ao lado da *ação civil pública*, que lidaria com direitos difusos e coletivos⁴.

Os **Direitos Fundamentais** são de maior abrangência e englobam os direitos sociais e individuais, sendo estes espécies e aqueles o gênero. A noção de direito fundamental é ligada à ideia de defesa da liberdade individual contra a ingerência do soberano.

Muitos autores utilizam os Direitos Fundamentais como sinônimo para os Direitos Humanos. Entretanto, se diferenciam na medida em que os primeiros são reconhecidos e positivados na Constituição e os segundos pelo Direito Internacional através de tratados.

Apesar de ambos serem direitos reconhecidos ao ser humano, os Direitos Humanos são os direitos de liberdade básicos, universais, para todos os povos e tempos, tendo sua validade independente de sua positivação em uma determinada ordem constitucional, tendo assim maior abrangência se comparado aos Direitos Fundamentais, previstos somente na Constituição brasileira e não ultrapassando a esfera nacional.

A Declaração Universal dos **Direitos Humanos** da Organização das Nações Unidas afirma

² V., nesse sentido, STJ, 1ª Turma. REsp 487.202/RJ. Rel. Min. Teori Zavascki. DJU 24.05.04, p. 164.

³ Rodolfo de Camargo Mancuso, nesse passo, entende que a eficácia condenatória (em que ele inclui as chamadas eficácias mandamental e executiva) é a solução natural para as ações civis públicas. Vê ele diminuto campo para a propositura de demandas declaratórias e constitutivas, entendendo, porém, que estas últimas podem vir como *Prius* em relação ao pedido condenatório, que seria corolário daquele (MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. *Ação Civil Pública*. 9ª Ed., São Paulo: RT, 2004, p. 343/351).

⁴ Criticando esta divisão, com total razão, v. SHIMURA, Sérgio. “O papel da associação na ação civil pública” in *Processo civil coletivo*. Coord. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 150/153.

que:

*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*⁵.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 1789, ampliou o campo dos direitos humanos e definiu os direitos econômicos e sociais, e apesar de não obrigar judicialmente os Estados, é um instrumento de pressão ao respeito dos Direitos do Homem.

Todavia, o grande marco dos Direitos do Homem ocorreu após a segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), visando evitar que atrocidades cometidas na recente guerra não voltem a ocorrer. Seu principal objetivo é manter a paz e a segurança nacional, desenvolvendo relações amigáveis entre nações e preservando os Direitos Humanos.

Karel Vasak, em uma conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos, em 1972, propôs uma classificação dos Direitos Humanos em gerações, sendo a primeira representada pelos direitos de liberdade, o que compreende os direitos civis, políticos e as liberdades clássicas; a segunda composta pelos direitos de igualdade, englobando os direitos econômicos, sociais e culturais; já a terceira geração seria a dos direitos de fraternidade, como o direito ao meio ambiente, a qualidade de vida, a paz, a autodeterminação dos povos, entre outros direitos difusos. Posteriormente, a doutrina estabeleceu uma quarta geração de direitos tecnológicos, como o direito de informação e o biodireito.

Os **Direitos individuais** são os que não ultrapassam a esfera do indivíduo e estão enunciados no artigo 5º da Constituição, sendo o direito à propriedade seu direito por excelência.

Para José Afonso da Silva, os direitos fundamentais do homem-indivíduo, são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.

Paulo Bonavides faz um relevante comentário ao ressaltar que os direitos e garantias individuais são dotados de uma proteção constitucional extraordinária, vazada na cláusula de rigidez extrema do § 4º do artigo 60, que impede o poder constituinte derivado deliberar acerca de emenda porventura tendente a abolir aqueles direitos e garantias.

Diante deste assunto surge uma interessante questão interpretativa, saber se os direitos sociais entram ou não naquela esfera de proteção absoluta. Esta interrogativa ainda não foi solucionada, divergindo a doutrina acerca do tema levantado.

Direitos Sociais

Os Direitos Sociais começaram a ser demandados com o advento da Revolução Industrial, no século XIX, quando operários eram submetidos a condições desumanas, e foram positivados no âmbito internacional por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral da Nações Unidas.

Estes direitos estão elencados no artigo 6º da Constituição Federal, e têm por finalidade permitir que as pessoas disponham de serviços que garantam uma mínima qualidade de vida. São caracterizados como Direitos Fundamentais que dependem do ativismo estatal para concretizá-los. Ou seja, estes visam proporcionar, através de garantias estatais, uma condição digna e de igualdade (ao menos uma singela tentativa) aos que não tem condições econômicas para tanto.

A defesa do Direito Social não pode ser compreendida, sob nenhum aspecto, como uma defesa em detrimento dos outros Direitos. Pelo contrario, os Direitos Civis, Políticos, Econômicos e Sociais devem ser compreendidos como indivisíveis, partes de um mesmo organismo, não havendo subtração, mas sim, uma complementaridade tão forte que leva ao ponto da ausência de um destes ameaçar a existência dos outros. Isto porque as pessoas privadas dos direitos sociais são também privadas dos direitos políticos e civis. Quem não tem onde morar, nem o que comer, não possui liberdade, tampouco, direito de propriedade.

Nossa realidade é rica de direitos formais, mas muito pobre no que diz respeito aos direitos

⁵ Artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem

materiais. Com a nova lei de sufrágio universal, o direito ao voto foi ampliado formalmente, mas quem sofre com a falta de educação e informação não tem o efetivo direito ao voto.

Dessa forma, apesar do Direito Social pertencer a todas as classes, ele é usufruído somente pelos indivíduos de baixa renda, já que os que possuem melhores condições econômicas, ao invés de utilizarem os serviços fornecidos pelo Estado – de qualidade inferior, em geral - pagam por tais serviços. Todavia, esta não é uma verdade absoluta, pois existem faculdades e hospitais públicos melhores do que os privados, e mesmo o sujeito mais rico depende da segurança estatal.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e sua proteção através do PIDESC

Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESCs) são direitos universais e indivisíveis, que precisam do Estado para efetivá-los. Como dito anteriormente, são direitos ligados as classes, pois visam proteger e beneficiar os desfavorecidos economicamente e socialmente. Estes Direitos devem ser visto sob uma perspectiva singular, pois para a efetivação de um, também se devem ter os outros.

Os Direitos Econômicos são referentes à produção, distribuição e consumo e riquezas, com enfoque nas relações trabalhistas, visando estabelecer condições justas e favoráveis de trabalho e remuneração que atenda as necessidades básicas do trabalhador e de sua família, a liberdade de escolha de trabalho, e o igualdade de gêneros do âmbito profissional.

Por outro lado, os Direitos Sociais e Culturais dizem respeito ao estabelecimento de um padrão de vida digno, combatendo não só a fome, a falta de moradia e a má qualidade da educação, mas também visando incluir a participação na vida cultural da comunidade.

Neste sentido, faz-se necessário o uso de mecanismos que permitam a criação de condições para que estes direitos sejam realmente efetivados e materializados. Um destes mecanismos foi a criação do PIDESC – Pacto Internacional sobre os direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Este pacto foi adotado pela ONU e funciona como principal instrumento internacional de proteção aos DESCs.

Este pacto teve o objetivo de tornar juridicamente vinculantes os dispositivos da Declaração Internacional dos Direitos Humanos, consolidando uma série de direitos já declarados nesta, e determinando a responsabilização internacional dos Estados-parte (possui 146 Estados signatários, incluindo o Brasil que ratificou em 1992) pela violação dos direitos enumerados.

O Pacto possui 31 Artigos, divididos em cinco partes, que dizem respeito: à autodeterminação dos povos e à livre disposição dos seus recursos naturais e riquezas; compromisso dos Estados de implementar os direitos previstos; aos direitos propriamente ditos; ao mecanismo de supervisão por meio da apresentação de relatórios ao Comitê; às normas referentes à sua ratificação e entrada em vigor.

Os direitos enunciados no PIDESC foram acordados para serem realizados de forma progressiva, através de um planejamento efetivo dos Estados, que realizarão medidas econômicas e técnicas visando alcançar a gradual efetivação dos DESCs.⁶

O PIDESC possui um sistema de monitoramento baseado em relatórios periódicos encaminhados pelos Estados contendo as medidas legislativas, administrativas e judiciais, tomadas para concretização dos direitos elencados no pacto, além das dificuldades encontradas para esta implementação. Tais relatórios são analisados pelo Comitê DESCs, que emite suas observações conclusivas, que apesar de não serem dotadas de força legal, constituem um instrumento de pressão para a proteção e garantia dos DESCs.

⁶ “Cada Estado-parte no presente Pacto, compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio, como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”. (art. 2º, item 1º do PIDESC)

Constituição Federal Brasileira de 1988

A Constituição trabalha com um sistema de freios e contrapesos, este objetiva frear e disciplinar o poder em favor das liberdades individuais. Suas funções são: a organização do Estado, a limitação do poder político e a garantia dos direitos fundamentais.

Onde não há separação dos poderes não há direitos individuais, e o período de Ditadura Militar serve como exemplo. Para protegê-los, a Constituição colocou a separação dos poderes como uma cláusula pétrea - art. 60, §4º, III da CF – não podendo, assim, ser alterado por emenda constitucional, mas tão somente pelo Poder Constituinte (com a elaboração de uma nova Constituição). Na separação dos poderes, são as funções do Estado que são separadas, e não os poderes.

Desta forma, a Constituição defende que os Direitos Sociais elaborados pelo Legislativo, serão efetivados pelo Executivo e protegidos pelo Judiciário (que atualmente tem atuado de maneira positiva, como será discutido adiante).

A Constituição de 1988 não inova ao abordar a necessidade de ‘justiça social’. Todas as Constituições brasileiras trataram sobre este tema, entretanto, de maneira retórica, sem compromisso com a efetividade. Dessa forma, a atual Constituição inova neste ponto, já que não só declara a igualdade material como cria mecanismos processuais de garantia destes direitos. São estes: Habeas Corpus, Habeas Data, Mandado de Segurança, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Mandado de Injunção, ADPF (analisa adiante), AC, ACP, entre outros.

ADPF - Instrumento de Efetivação dos Direitos Fundamentais

Como analisado anteriormente, a Constituição de 1988 inovou com a busca da efetivação dos Direitos Fundamentais, determinando: o acesso ao judiciário como condição para o controle de poderes pelo sistema de freios e contrapesos; o direito ao processo um fundamento normativo do direito de ação; e que nenhuma lei poderá se autoexcluir da apreciação pelo Poder Judiciário. Diante disto, surge o dever do legislador de materializar as normas que proporcionam a defesa dos direitos perante o Judiciário.

Um dos instrumentos originados na Carta de 88 para a garantia dos direitos fundamentais foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). O preceito fundamental se diferencia das demais normas constitucionais na medida que é compreendido uma garantia fundamental, é a norma constitucional que estrutura a Constituição, que a identifica. São exemplos de preceitos fundamentais: as cláusulas pétreas, os princípios constitucionais e seus valores axiológicos, a liberdade de expressão e de religião, a valorização do trabalho, a proteção à propriedade privada, entre outros.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tende a compreender todas as normas constitucionais como preceitos fundamentais, pois os ministros não tem interesse em reduzir seu controle concentrado. Logo, a ADPF é de controle concentrado, tem eficácia erga omnes e caráter vinculante para todo o poder público, além de não poder ser objeto de ação rescisória, mas tão somente de ação reclusória ao STF quando sua decisão não é cumprida.

Os legitimados para propô-la são os mesmos legitimados para propor ADI, sob o fundamento de sobrecarga do STF. Entretanto, diferente da ADI, a ADPF engloba leis anteriores a CF88.

A modalidade que embasa a ADPF é sempre um relevante interesse público. Uma questão debatida é o caráter subsidiário da ADPF. A maior parte dos doutrinadores afirma que a ADPF só pode ser arguida quando não couber nenhum outro meio de garantir o direito violado. Já Roberta Corrêa de Araujo Monteiro discorda dessa posição argumentando que o caráter subsidiário é preso no objeto, dessa maneira, se o direito violado for um preceito fundamental, a ADPF seria o principal meio de defesa deste direito e as demais ações deveriam ser subsidiárias.

Além deste debate, os Direitos Sociais enfrentam um outro à respeito de sua subjetividade. Os Direitos Sociais são Direitos Subjetivos? Uma parte da doutrina responde negativamente, sob o fundamento da impossibilidade de imputar o dever a alguém. Sempre que de um lado há um direito

subjetivo, de outro há um dever, pois o detentor do direito subjetivo tem a faculdade de exigir que seu direito seja cumprido, gerando assim um dever que deverá ser satisfeito por outro alguém. Já Canotilho defende que os direitos subjetivos não perdem sua subjetividade pela impossibilidade de imputação do dever, e sustenta que por serem subjetivos os direitos, um dever deve ser imputado à alguém – Estado.

Um dos principais preceitos fundamentais da constituição é o princípio da igualdade. Os Direitos Sociais são classistas – utilizados apenas pelos economicamente e socialmente desfavorecidos – pois nosso país sofre uma forte desigualdade econômica e social. Na medida em que isto for sendo superado, os Direitos Sociais deixarão de ser voltados apenas para classe desfavorecida. Quando o ensino público for de qualidade, a classe alta também irá desejá-lo.

A igualdade formal (igualdade perante a lei) mascara e silencia as desigualdades materiais (efetivas). A nova Carta reconsiderou o conceito de Igualdade buscando adicionar a material na formal e garantir a igualdade de oportunidades, o igual tratamento. A igualdade passou a ser um programa de justiça social, dever do Estado, buscando superar os desníveis não só econômicos, mas também sociais, que impedem o pleno exercício da cidadania. Dessa maneira, é possível que a busca da Igualdade seja alcançada por tratamentos desiguais, mas unicamente entre os desiguais, já que os iguais devem ser tratados igualmente – o que diferencia a discriminação odiosa da discriminação razoável.

Portanto, não basta apenas o legislativo igualar formalmente, o executivo também deve trabalhar através de políticas públicas para buscar a efetivação do princípio da isonomia mediante medidas de compensação dos séculos de discriminação. Em uma de nossas pesquisas de campo, averiguamos que a questão da constitucionalidade das políticas públicas está superada, e já se tornou um fato.

Estas medidas e compensação são denominadas de ações afirmativas, e um grande exemplo é a política de cotas para negros e pobres nas universidades públicas. No mundo ideal, pretos e brancos, pobres e ricos, teriam acesso ao mesmo nível educacional. Entretanto, diante da precária qualidade das escolas públicas (não todas, mas a grande maioria), igualar os alunos de escolas privadas com os de escolas públicas e submetê-los a uma única prova, onde somente os primeiros foram preparados, não é submetê-los a um tratamento igual, mas sim o contrário, e é aí que entra a discriminação razoável, que visa igualar desigualando.

Dessa forma, o objetivo final das ações afirmativas é a igualação material dos cidadãos, distribuindo com pesos diferenciados as oportunidades sociais. Podemos retirar daí, o conceito positivo de isonomia, afirmando que não basta não discriminar, deve-se igualar – dever do Estado.

É certo que, o processo civilizatório arrasta a todos, não só os economicamente bem sucedidos – não pode haver ar puro somente para a classe média

Para embasarmos o nosso estudo sobre a efetividade das políticas públicas, realizamos uma pesquisa de campo relatada a seguir.

Pesquisas de Campo

Durante nossos estudos, elaboramos dois questionários respondidos por estudantes de direito da PUC-RIO. A partir de duas pesquisas de campo procuramos conhecer as expectativas dos alunos do PROUNI em relação ao Curso de Direito, supondo que representam os segmentos que buscam enriquecimento da cidadania por meio da efetividade dos direitos sociais. Em uma, ainda em andamento, direcionado aos alunos bolsistas da PUC-Rio, lhes indagamos se presenciaram em sua rotina algum tipo de violação dos direitos fundamentais e se há na sala de aula discursos alusivos a estas situações; no outro, direcionado a todos os alunos, questionamos se o processo de ensino/aprendizagem do Direito atende a diferentes expectativas de diferentes grupos sociais.

Nosso segundo questionário foi desenvolvido a partir da presença de novos atores nos campos universitários, devido as políticas públicas que visam dar efetividade ao Direito Social à Educação – política de cotas, e o PROUNI (privada).

Esta pesquisa foi entregue somente para os alunos com bolsa PRONUI responderem, e o intuito foi verificar se estes encontram o seu cotidiano nas aulas, isto é, se a dinâmica em sala de

aula ainda é puramente elitista ou aborda também as dificuldades encontradas pelos economicamente desprivilegiados. Como por exemplo, se a aula de penal trabalha apenas com crimes de colarinho branco ou enfrenta o tráfico de drogas e os tiroteios.

Já a nossa primeira pesquisa de campo foi respondida por todos os alunos PUC – com e sem bolsa de estudos. Esta tinha como objetivo captar os desafios enfrentados por estudantes de direito e verificar se o currículo da faculdade agradava a maior parte dos alunos.

Outro importante aspecto desta nossa pesquisa de campo foi observarmos como a tecnologia, que inovou o mundo contemporâneo, não afetou de fato o ensino do Direito, o que foi percebido pela maior parte dos alunos que responderam ao nosso questionário.

É inegável que a tecnologia influencia muito o mundo, entretanto as técnicas utilizadas pela maior parte dos acadêmicos de direito continuam as mesmas – o velho quadro negro, giz, livros e cadernos. Ou seja, a dinâmica de ensino em sala de aula se assemelha a metáfora de vasos cheios buscando encher copos vazios – os professores repassando conhecimento aos alunos.

Todavia, podemos notar que a tecnologia trouxe diversas mudanças, também no campo do Direito, apesar de não influenciar muito as salas de aula. Uma de suas principais mudanças foi o ampliação das fontes (temos agora a jurisprudência além da doutrina) e a facilidade de acesso as informações. Antigamente, era preciso ir em cada vara do fórum para acompanhar só processos, já hoje, basta um clique no site do TJ.

Princípios Constitucionais

Como analisamos, a Carta de 1988 se preocupa não apenas com a igualdade formal, mas com a igualdade material, e para isso, exige o Direito Social como prioritário, o que não significa que os Direitos Individuais e Políticos tenham menor importância, como dito anteriormente. O Princípio da Unicidade da Constituição positiva este entendimento na medida que defende que as normas constitucionais devem ser harmônicas, não havendo hierarquia entre elas.

Todavia, é possível encontrar normas que em certas situações divergem entre si. Como é o caso do direito de imprensa e do direito de expressão diante do direito à imagem e à privacidade. Um assunto polêmico é a transfusão de sangue em Testemunhas de Geová, onde o direito à vida e à saúde conflitam com o direito à religião.

Nestes casos, é preciso avaliar cada situação para decidir qual valor constitucional prevalecerá diante do caso concreto, já que não há hierarquia entre eles. Devemos sempre ter em mente o Princípio da Concórdância Prática, aplicando ambos os valores sempre que possível. Quero dizer, todos são a favor do direito à saúde e do direito à religião, não há dúvidas, e seria ótimo que ambos sempre estivessem em harmonia. Mas, quando os princípios constitucionais não são passíveis de concórdância, é preciso fundamentar o motivo de um deles prevalecer em detrimento do outro, diante do caso concreto.

Outros princípios constitucionais de extrema importância são o da reserva do possível e o do mínimo existencial. O primeiro sustenta que a renda pública é finita e o Estado deve ponderar onde gastará as verbas. Já o segundo defende que o Estado sempre, em qualquer hipótese, deve conceder as condições mínimas e necessárias para uma vida digna. Tais condições, indispensáveis à sobrevivência humana, não devem ser questionadas, não podendo o Estado alegar falta de recursos para fornecê-los. Portanto, o princípio do mínimo existencial sempre prevalece diante do da reserva do possível. Dessa forma, os recursos do Estado devem ser utilizados seguindo o princípio da eficiência, isto é, com o máximo de eficácia com o mínimo de recursos possíveis.

Ativismo Judicial na Efetivação dos Direitos Sociais

A possibilidade de o Poder Judiciário condenar a Administração Públicas a prover prestações sociais é uma das principais inovações no constitucionalismo brasileiro. Tal ato, ainda é muito debatido e criticado por alguns doutrinadores.

Uma das principais críticas enfrentadas pelo ativismo judicial é a de que este violaria o princípio da separação dos poderes, alegando que o judiciário invade a função Administrativa quando a condena a prover bens e serviços. Entretanto, como já dito anteriormente, a separação dos

poderes é baseada no sistema de freios e contrapesos, a qual prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberiam a outro, e o ativismo judicial insere-se nesta rede de implicações recíprocas.

Outro argumento utilizado para deslegitimar a judicialização dos Direitos Sociais é de que estes não são verdadeiros direitos fundamentais. Todavia, um forte contra argumento utilizado sustenta que os Direitos Sociais são condições da liberdade, sendo assim, direitos fundamentais. Isto porque a liberdade real pode ser distinguida da liberdade formal – não basta ter liberdade de profissão quando não se tem liberdade de escolha de profissão.

O fato dos magistrados não serem eleitos pelo povo abre margem para alguns identificarem a concretização judiciária de Direitos Sociais como antidemocrática e alegarem que desmotiva a atuação cidadã. Por outro lado, um contra argumento pertinente é o de que a garantia dos Direitos Sociais iria, pelo contrario, fomentar a cidadania, na medida em que capacita o cidadão para atuar politicamente, dando a este melhores condições na educação, saúde e moradia.

Conclusão

Dessa forma, podemos observar que a despeito das criticas enfrentadas pela concretização judiciária dos Direitos Sociais, esta é extremamente positiva por ser mais uma forma de alcançar a eficácia dos Direitos Sociais, que devem, a todo custo, sair do simples plano formal para serem materializados.

A partir da pesquisa, concluímos que é necessário que estejam presentes certos requisitos para que o Poder Judiciário possa apreciar os casos que envolvem a efetivação dos direitos sociais, como, por exemplo, que se pleiteasse o mínimo existencial, que os titulares fossem hipossuficientes, que o juiz desse a solução que demandasse menos gastos e que houvesse prioridade das ações coletivas.

Em relação às políticas públicas relacionadas ao direito social à educação, constatamos que após a Reforma de 1968 houve significativas mudanças. Na década de 90, com a drástica redução do financiamento do Governo Federal, ocorreu o sucateamento do segmento público, que estimulou a privatização no interior das instituições através da disseminação de parcerias entre as universidades públicas e as fundações privadas. No governo Lula, foram criados mecanismos com o intuito de manter financeiramente os estabelecimentos já existentes, como o ReUni, nas públicas e o PROUNI, nas privadas.

Logo, apesar de ter ocorrido uma resposta à questão quantitativa com a ampliação e racionalização do número de vagas, ainda há necessidade que ocorra um engajamento dos sujeitos envolvidos no processo – alunos, professores, pesquisadores – na busca de maior qualidade do ensino, que não deve depender apenas de políticas públicas.

Referências

1 – Jornal O GLOBO, 29.9.2013. **Universidade, passado e futuro**. HEY, Ana Paula.

2 – MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**.

3 – LANGFORD, Malcolm. **Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica**.

4 - PIOVESAN, F.; VIEIRA, R. S. "**Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**". *Revista Ibero Americana de Filosofia, Política y Humanidades*, v. 8, n° 15, p. 128-146, abril 2006.

5 – Escola de Políticas de Estado (EPE-Rio). **Curso de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – DESC**. Controle de Constitucionalidade e Controle Judicial das Políticas Públicas e

Error! Unknown document property name.

Departamento de Direito

do Orçamento no Brasil.