



JOÃO GUILHERME SAMPAIO DOS ANJOS

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A ASSISTÊNCIA SOCIAL NA
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2015**

JOÃO GUILHERME SAMPAIO DOS ANJOS

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A ASSISTÊNCIA SOCIAL NA
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia apresentada à Coordenação de Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), como requisito parcial para a obtenção do título e grau de Especialista em Direito Constitucional.

Orientadora: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2015**

Dedico este trabalho a Priscila Nolasco de Oliveira, esposa amada, assistente social dedicada e competente, na pessoa de quem homenageio todos/as os/as assistentes sociais do Brasil.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua graça salvadora em Jesus Cristo, por me capacitar a refletir e por em palavras minhas reflexões.

À minha esposa amada, Priscila. Sem seu apoio, suporte e incentivo este trabalho jamais teria se concretizado. Timothy Keller disse: “quando se é o pilar da visão de mundo e da vida de alguém, seu nome é mencionado nos agradecimentos, não em notas de rodapé”. Eu tenho a imensa alegria de não somente citá-la nos agradecimentos, mas de citá-la também ao longo do meu trabalho.

Aos meus pais, que sempre me apoiam em meus projetos e veem em mim muito mais do que eu mesmo vejo.

À minha orientadora, professora Julia, que manifesta tamanha confiança e incentivo em mim que sua orientação é para além da acadêmica, tem me ensinado valores como persistência, paixão pelo conhecimento e dedicação à pesquisa.

Aos demais professores do IDP, cujos ensinamentos em sala de aula foram essenciais ao meu desenvolvimento acadêmico.

Aos colegas de turma, que sempre instigavam a reflexão e acrescentavam ao debate, especialmente ao colega Hector Vieira, a quem devo várias leituras que acrescentaram sobremaneira a este trabalho.

A toda equipe de funcionários do IDP, que, sempre prestativos, exercem papel tão importante de suporte.

Por fim, agradeço aos meus amigos com quem tenho o privilégio de percorrer o Caminho, de aprender, de aperfeiçoar ideias e de elaborar pensamentos.

A relação entre o nascimento e crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, por outro, é inteiramente evidente. Prova disso é que as exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas quanto mais rápida e profunda foi a transformação da sociedade.

Norberto Bobbio

RESUMO

Os direitos fundamentais adquiriram especial importância no texto da Constituição de 1988. Eles têm adquirido importância crescente desde a Revolução Francesa, em 1789. Entre os direitos fundamentais, estão os direitos sociais que fazem parte dos direitos de segunda geração, aqueles que demandam de forma mais evidente uma postura ativa do Estado, pelo que são chamados também de direitos de prestação. A Constituição de 1988 reconheceu como direito social a assistência aos necessitados e previu como política pública, integrante da seguridade social, a assistência social. Um problema que se insere no estudo dos direitos sociais diz respeito à efetividade desses direitos. Muito embora seja reconhecida a sua eficácia (de âmbito normativo, a exemplo do art. 5º, § 1º da CF/88), verifica-se que falta a concretização de sua realização na vida dos cidadãos, sujeitos de direitos. Nesse contexto, a assistência social, através de seus benefícios, serviços, programas e projetos, desenvolve um papel fundamental de efetividade dos direitos sociais, de modo que o fortalecimento dessa política pública é uma forma de conferir aos direitos sociais a sua concretização necessária.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; direitos sociais; assistência social; eficácia; efetividade.

ABSTRACT

The fundamental rights acquired special relevance in the within the Constitution of 1988. The have acquired increasing relevance since the French Revolution, in 1789. Among the fundamental rights, there are the social rights, which belong to the fundamental rights of second generation, those that demand actions from the State more actively, what bring them to be called also rights of provision. The Constitution of 1988 recognized the assistance to those in need as a social right and instituted the social work as public policy, inside the social security. Um problem inserted in the study of social rights regards to the effectiveness of these rights. Although it is recognized the efficiency, it appears the lack of realization in life of citizens, right holders. Inside this context, the social work, through its benefits, services, programs and projects, develop a fundamental role of effectiveness of social rights, so that the fortification of this public policy is one way to give to the social rights its necessary concretization.

KEYWORDS: fundamental rights; social rights; social work; efficiency; effectiveness.

LISTA DE SIGLAS

BPC – Benefício de Prestação Continuada

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CODEPLAN – Companhia de Planejamento do Distrito Federal

CRAS – Centro de Referência da Assistência Social

CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social

DF – Distrito Federal

LBA – Legião Brasileira de Assistência

LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social

MDS – Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome

PBF – Programa Bolsa Família

PDAD – Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílio

PETI – Programa de Erradicação do Trabalho Infantil

PNAS – Política Nacional de Assistência Social

SUAS – Sistema Único de Assistência Social

LISTA DE TABELA

Tabela 1 - Síntese das garantias constitucionais vinculadas à assistência social e as respectivas institucionalizações estatais	34
--	----

LISTA DE FIGURA

Figura 1 - Escala de proteção social do Sistema Único de Assistência Social.....	42
---	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988	15
1.1 O Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais	15
1.2 As gerações dos direitos fundamentais	18
1.2.1 <i>Os direitos fundamentais de primeira geração</i>	<i>20</i>
1.2.2 <i>Os direitos fundamentais de segunda geração.....</i>	<i>21</i>
1.2.3 <i>Os direitos fundamentais de terceira geração</i>	<i>23</i>
1.2.4 <i>As imbricadas relações entre os direitos de diferentes gerações.....</i>	<i>24</i>
1.3 Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988	26
2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL	28
2.1. Trajetória da política de assistência social.....	29
2.1.1. <i>Trajetória da política de assistência social no Brasil.....</i>	<i>31</i>
2.2. A assistência social na Constituição Federal de 1988.....	33
2.2.1. <i>A legislação infraconstitucional de assistência social posterior à Constituição Federal de 1988</i>	<i>36</i>
2.3. Instituições contemporâneas de assistência social.....	39
3 O PAPEL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	43
3.1 Entre a eficácia e a efetividade dos direitos sociais	44
3.2 A relação entre as políticas públicas de assistência social e a efetividade dos direitos sociais.....	48
3.3 A efetividade dos direitos sociais através do fortalecimento da assistência social.....	51
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, inclusive a assistência social, foram posicionados em destaque pela Constituição de 1988. Para além do destaque constitucional hodierno das duas temáticas – direitos sociais em geral e assistência social especificamente –, elas possuem uma intrínseca relação histórica, jurídica e política.

A par dessa relação histórica, são adotadas, tanto pelo atual governo quanto pelo seu antecessor, políticas de assistência como forma de combater a desigualdade social e econômica. Entretanto, é possível identificar relações entre a eficácia dos direitos sociais e a assistência social para além das políticas de governo, o que motivou a escolha do tema.

Por haver uma discussão sobre a eficácia dos direitos sociais, na medida em que eles exigem ação do Estado e demandam recursos, torna-se relevante estudar políticas públicas que podem conceder-lhes a eficácia necessária, ou mais, efetividade. Entre elas, encontra-se as políticas de assistência social.

O objetivo deste trabalho é estudar a importância da assistência social para a eficácia dos direitos sociais. Além disso, objetiva-se também fazer um apanhado histórico dos direitos fundamentais e da assistência social, demonstrando a posição teórica dos direitos sociais e o processo de institucionalização da assistência social; identificar os marcos legais e instrumentos institucionais de assistência social que podem contribuir para a efetivação dos direitos sociais; identificar o problema de realização dos direitos sociais; e posicionar a assistência social no papel de efetivação dos direitos sociais.

Apesar dessa perspectiva para a assistência social, ela é sistematicamente negligenciada. Ivanete Boschetti afirma o seguinte:

Em muitas das produções teórico-acadêmicas sobre o tema, assim como nos planos governamentais, o que se percebe é um duplo movimento: ou se restringe a seguridade social à sua dimensão previdenciária, ou se considera cada uma das políticas que a compõe isolada e autonomamente, tentando relacioná-las a uma suposta seguridade social que, efetivamente, está longe de materializar-se no Brasil.¹

¹ BOSCHETTI, Ivanete. As Políticas de Seguridade Social: Assistência Social. *In*: ABEPSS/CFESS/CEAD-UnB. (Org.). **Política Social**. 1 ed. Brasília: ABEPSS/CFESS/UnB-CEAD, 2000, v. 3, p. 138.

Entretanto, a assistência social pode ser imprescindível para a realização da eficácia dos direitos sociais no Estado Constitucional brasileiro contemporâneo.

Pela sua abordagem histórica, vê-se que houve uma mudança de concepção da assistência social com a Constituição de 1988, quando houve a sua institucionalização, ao passo que antes as políticas públicas na área de assistência social eram conduzidas com atitudes de cunho eminentemente filantrópico. Dessa forma, a assistência social tem se fortalecer como política pública importante na efetividade dos direitos sociais, por meio de benefícios, serviços, programas e projetos.

À vista disso, cabe perguntar: é possível realizar a efetividade dos direitos sociais? A assistência social tem relação com a efetividade dos direitos sociais? Qual o papel da assistência social na efetividade dos direitos sociais?

A estratégia de investigação do objeto de pesquisa consiste na metodologia eminentemente sociojurídica, de modo que se fará uma análise do sistema constitucional brasileiro contemporâneo no que concerne à temática de direitos sociais e sua eficácia. Para fins de identificação de limites e visualização de possibilidades, serão feitas pesquisas bibliográficas na área de Política Social, que se dedicam ao estudo da assistência social, por isso terá também um aspecto dogmático. Além disso, serão apresentados marcos legais, dentre os quais a Constituição de 1988 é um expoente.

No primeiro capítulo será feita uma exposição da teoria dos direitos fundamentais no contexto brasileiro, focando os aspectos necessários ao tema deste trabalho, principalmente para posicionar teoricamente os direitos sociais no Direito Constitucional.

No segundo capítulo, será apresentado o tema da assistência social como direito e como política pública, evidenciando sua história no Brasil e no mundo e seu posicionamento legal e institucional no período constitucional pós-1988.

No terceiro capítulo, será discutido o problema da efetividade dos direitos sociais fazendo um contraponto à eficácia normativa, serão apresentados dados estatísticos que relacionam o papel das políticas de assistência na concretização dos direitos sociais e, por fim, será trabalhada a ideia da efetividade dos direitos sociais através do fortalecimento

da assistência social, tendo como ponto de partida a necessidade de concretização na realização dos direitos sociais e o papel institucional e legal da assistência social na proteção social.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1 O Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais

A primeira constituição do Brasil é de 1824, outorgada ainda no período do império. Daquele tempo até hoje, o Brasil passou por diversos momentos importantes e transformadores. Acompanhando as mudanças históricas, seguiram-se as mudanças nas constituições. Após a constituição imperial, foi promulgada a constituição de 1891, que marcou o início da chamada República Velha. Em seguida, vieram as constituições de 1934 e 1937, na Era Vargas. Marcando o início de novo período republicano, houve a constituição de 1946, que teve vida curta, sendo sucedida pela constituição de 1967, já no período da ditadura militar. Ainda nesse momento histórico, a constituição vigente à época sofreu sensível mudança provocada pela Emenda Constitucional 01, de 1969, tanto que é considerada por muitos como uma nova constituição². Por fim, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), em 05 de outubro de 1988, naquela histórica sessão da Assembleia Nacional Constituinte presidida por Ulisses Guimarães.

Esses fatos demonstram que a história do Brasil é marcada por intensas mudanças institucionais que sempre tiveram como consequência mudanças legislativas, notadamente, mudanças na Lei Fundamental (*Grundgesetz*), inclusive as mudanças que originaram a constituição vigente. Ela é resultado de uma luta pela redemocratização do país e contra as arbitrariedades do *ancien régime*. Como evidência de que a constituição de 1988 é uma resposta às experiências negativas vividas nas décadas anteriores, vê-se justamente sua classificação de Estado como Estado Democrático de Direito e a proeminência dispensada aos direitos fundamentais em seu texto.

Inclusive, José Afonso da Silva³ argumenta que não é por acaso a adoção da nomenclatura de Estado Democrático de Direito, em detrimento de Estado de Direito Democrático (exemplo de Portugal). Segundo o professor do Largo de São Francisco, o Estado Democrático de Direito é aquele que:

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 121-122.

Tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.⁴

No mesmo sentido, observa-se que a CF/88, sendo a sétima constituição brasileira, é a primeira a alterar a sua disposição textual, de modo a não mais iniciar o texto constitucional com a organização ou definição de competências do Estado, conferindo posição de realce aos direitos e garantias fundamentais⁵, posicionados em primeiro plano.

Sendo assim, a CF/88 “abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”⁶.

Ora, para reforçar a ideia de extrema importância dada pela CF/88 à concretização dos direitos fundamentais, observa-se que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República. De semelhante modo, os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas. Além disso, a própria CF/88 prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁷.

Ainda que seja verdade a mitigação do princípio da aplicabilidade imediata, de modo que ele deve ceder quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem a aplicabilidade, tornando o Art. 5º, § 1º da CF/88 uma norma-princípio⁸, permanece sua importância, pois ele vale “como indicador de aplicabilidade imediata da norma constitucional, devendo-se presumir sua

⁴ SILVA, op. cit., p. 122.

⁵ Por exemplo, veja-se textos de constituições tanto outorgadas quanto promulgadas: na Constituição do Império ficou reservado o último título do texto constitucional para dispor sobre as “disposições gerais, e garantias dos direitos civis, e políticos”. Na Constituição de 1946, o capítulo que tratava “dos direitos e das garantias individuais” ficava inserido no título IV, iniciando-se pelo art. 141, após toda a organização dos três poderes.

⁶ SILVA, op. cit., p. 122.

⁷ Art. 5º, § 1º da CF/88. Segundo Ingo Sarlet (2011), não existe consenso a respeito do alcance desse dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado o *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. Não ignoramos que para Mendes e Branco, “os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas”. (2014, p. 154). Nessa discussão, também assume relevância o discurso da reserva do possível, que é uma “espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais” (SARLET, 2011, p. 288).

⁸ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 155.

perfeição, quando possível”⁹. Ademais, “o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais investe os Poderes Públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos”¹⁰.

Ingo Sarlet diz, inclusive, que “é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância”¹¹. Portanto, o Estado brasileiro em sua composição normativa mais elementar deu a devida importância a essa temática, tendo como fundamento e preceito a defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Conduzidos pela mesma ideia, tem-se a seguinte assertiva de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

A relevância da proclamação dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Ali se proclama que a Assembleia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”. Esse objetivo há de erigir-se como o pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição. O domínio das considerações éticas que os direitos fundamentais suscitam, por isso, é indispensável para a interpretação constitucional.¹²

Ainda assim, dificuldades na aplicação dos direitos fundamentais podem surgir, até mesmo porque a Constituição vigente tem também um forte cunho programático e, ainda que se tenha a norma expressa no Art. 5º, § 1º, não se pode negar a subsistência de elementos programáticos e de uma dimensão diretiva também quanto a este tema¹³. Por esse motivo, importa analisar atentamente os direitos fundamentais em sua conformação

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 92.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 65.

¹² MENDES; BRANCO, op. cit., p. 135.

¹³ *Ibidem*.

histórica, expressa em suas três¹⁴ gerações¹⁵, posicionando os direitos sociais e conferindo o alcance da sua eficácia, pois as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não constituem um complexo homogêneo, antes formam um imbricado sistema de direitos extremamente heterogêneo.

Essa complexa relação entre um pretense aspecto absoluto¹⁶ da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais e o caráter programático da constituição – especialmente quanto às normas de direitos sociais prestacionais – será objeto de análise no último capítulo deste trabalho.

1.2 As gerações dos direitos fundamentais

Discorrer acerca dos direitos fundamentais implica em necessariamente abordar o processo de construção e afirmação desses direitos. Ainda que se concorde com a visão jusnaturalista de que os direitos fundamentais são absolutos e inerentes à condição humana, há de se concordar com Norberto Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹⁷

¹⁴ A divisão em três gerações é feita pela doutrina clássica (*e.g.* Gilmar Mendes), posicionamento adotado por este autor, mas há novas divisões que chegam a relatar até cinco gerações (*e.g.* Paulo Bonavides). Segundo essa parte da doutrina, um exemplo de direito de quinta geração seria o direito à paz, mas segundo a corrente clássica o direito à paz pertence à terceira geração dos direitos fundamentais. O fato é que ainda é insipiente qualquer afirmação categórica quanto à existência de quatro ou cinco gerações de direitos, posto que são categorias ainda em construção doutrinária.

¹⁵ O uso do termo gerações é tão somente para “situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. [...] Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se a compreensão.” (MENDES; BRANCO, 2014, p.138).

Ingo Sarlet, contudo, prefere o uso do termo “dimensões”, que, segundo ele, é adotado pela mais moderna doutrina (2011).

¹⁶ Classificação utilizada por Maria Helena Diniz. Segundo a autora, os direitos fundamentais constitucionais estão entre as normas de eficácia absoluta. Para a maior parte da doutrina, tratam-se de normas de eficácia plena ou contida quando dependentes de regulamentação por legislação infraconstitucional.

¹⁷ NORBERTO, Bobbio. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5.

Nesse sentido, refletir sobre a história dos direitos fundamentais leva necessariamente à abordagem de suas gerações (ou dimensões). Não é tarefa simples, entretanto, descobrir quando acontece o surgimento do reconhecimento de direitos ao homem, qual seria o seu fundamento.

Diante dessa questão, Bobbio¹⁸ afirma que da busca pelo fundamento irresistível dos direitos do homem nasce a ilusão do fundamento absoluto, sendo ela a ilusão que de muito acumular razões e argumentos seria possível encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão. O autor também defende que “o fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras”.¹⁹ Ele conclui que o problema filosófico dos direitos do homem é, na verdade, relacionado ao estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização.

Essa problematização se mostra tão complexa que Ingo Sarlet, em sentido oposto²⁰, diz que é fácil concluir que a tradição cultural ocidental remonta suas bases às culturas grega e cristã. Da mesma forma com os direitos fundamentais, pois os valores de dignidade, liberdade e igualdade, assim como a concepção de que o ser humano é titular de direitos inalienáveis, remontam às concepções filosóficas dos gregos. Adicione-se a isso a ideia exposta no Antigo Testamento – donde se extrai inúmeros fundamentos da tradição cristã – que posiciona o homem como o ápice da criação, feito à imagem e semelhança de Deus.

Tendo em vista os posicionamentos expostos, relatar todos os momentos históricos que teriam lançado as bases dos direitos hoje reconhecidos como direitos fundamentais, constituir-se-ia em tarefa por demais laboriosa, de modo que não é o objetivo nem há o espaço necessário neste trabalho. Logo, seguindo a unanimidade da doutrina, temos que o marco histórico inicial da luta pelos direitos fundamentais e de seu reconhecimento é a revolução francesa.²¹

¹⁸ BOBBIO, op. cit.

¹⁹ Idem, p. 22.

²⁰ No mesmo sentido do pensamento de Sarlet está o de Mendes e Branco (2014, p. 136), segundo os quais “o cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial”. E eles vão além ao dizer que o “ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo.”

²¹ Ingo Sarlet (2011) afirma que o período anterior à revolução francesa costuma ser chamado de a “pré-história” dos direitos fundamentais.

Além do movimento revolucionário francês, houve também a independência dos Estados Unidos – ocorrida inclusive alguns anos antes da revolução francesa –, estando em ambos os movimentos a luta pela liberdade, segundo a qual o Estado deveria se abster de interferir na esfera pessoal de cada indivíduo, expressando-se, assim, uma defesa dos cidadãos perante os desmandos vividos durante o absolutismo da Idade Média.

Aliás, a independência dos Estados Unidos originou a redação de um documento que pretendia tornar o governo fraco para que ele não pudesse interferir nas liberdades dos estados e das pessoas. A limitação ao poder foi tão intensa que não possibilitou a governabilidade, motivo pelo qual as colônias se reuniram para reformar aquele documento, dando origem à Constituição dos Estados Unidos que, inspirada nas ideias de Montesquieu, ocupou-se em limitar o poder, garantido a liberdade das pessoas.

1.2.1 Os direitos fundamentais de primeira geração

Ora, são chamados direitos de primeira geração aqueles traduzidos em “postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”²². Nesses direitos não há preocupação com as desigualdades sociais, o homem titular desses direitos é considerado em sua individualidade, ainda que sejam direitos considerados indispensáveis a todos os homens, são direitos a exigir somente uma posição negativa por parte do Estado.

Ferreira Filho²³, ao se referir ao sistema representativo vigente no século XVIII, época de surgimento, como dito, dos direitos de primeira geração nos estados constitucionais modernos, diz que

O eleitorado é a burguesia. Ora, esta não quer do Estado uma ação positiva. Deseja simplesmente que este assegure liberdade e paz, não se imiscuindo na vida econômica e social, impedindo que qualquer grupo embarace a liberdade alheia. Gira, por isso, a atividade das assembleias em torno da liberdade, da regulamentação da liberdade de cada um, para que esta não interfira com a liberdade de outrem.

Ainda segundo Ferreira Filho, essa análise surge da constatação de que a representação era censitária, restando à burguesia – grupo político e social que se

²² MENDES; BRANCO, op. cit., p. 137.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 85.

encaixava nas regras definidoras de quem seria apto a votar – o poder decisório e, portanto, a defesa de seus interesses, donde emerge o grito por liberdade – que os libertaria da nobreza e do clérigo.

De acordo com Paulo Bonavides:

os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.²⁴

Outra característica sempre atribuída pela doutrina os direitos de primeira geração é seu aspecto de resistência, pois, como fruto dos movimentos libertários dos séculos XVII e XVIII, eles representam oposição ao estado, demarcando, por seu *status negativo*²⁵, uma nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Vê-se, novamente, a tônica do discurso de liberdade em face do Estado como principal demanda dos cidadãos.

1.2.2 *Os direitos fundamentais de segunda geração*

Torna-se insuficiente, entretanto, a garantia da liberdade se à pessoa não é conferida uma condição social para exercer essa liberdade. Dessa realidade, surgem os direitos de segunda geração, também chamados direitos sociais ou direitos de prestação. Eles consistem na exigência de ação do Estado para atenuar desigualdades.

Logo, ao passo que os direitos de primeira geração, também chamados de direitos de defesa, exigem que o Estado se afaste, os direitos de segunda geração, sociais, exigem do Estado que garanta uma liberdade real e igual para todos.

Apesar de ser amplamente aceita a classificação segundo a qual os direitos sociais são tidos como de segunda geração, Bobbio elabora uma classificação que põe os direitos sociais num segundo momento históricos, sendo que o primeiro momento é justamente a afirmação dos direitos de liberdade, que limitam o poder do Estado, preservando a esfera de liberdade dos indivíduos e o segundo momento é quando são

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 563.

²⁵ Classificação de Jellinek. Cf. Mendes, **Curso de Direito Constitucional**, 2014, p. 157.

propugnados os direitos políticos, que são a expressão da luta pela liberdade positiva em detrimento da liberdade anterior, negativa.

Os direitos sociais, posicionados no terceiro momento histórico, são expressão ou consequência da luta por igualdade material e não apenas formal. Porém, essa classificação não exclui dos direitos sociais a expressão também da luta pela liberdade real, que exige uma ação estatal. Segundo Bobbio, nesse terceiro momento,

foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências - podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado.²⁶

A despeito da nomenclatura e do conteúdo preenchido pela noção de igualdade, os direitos sociais não são destinados a uma coletividade, eles são ligados a reivindicações de justiça social. Com efeito, na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados²⁷.

Ainda assim, os direitos sociais estão em contínuo movimento, e

assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes de prever.²⁸

Uma demanda importante desse movimento é o fortalecimento dos direitos de segunda geração, sociais, no sentido de conferir não somente uma nova classe de institutos jurídicos chamados de direitos fundamentais sem qualquer densidade normativa ou perspectiva de eficácia. Como resultado dessa demanda, Paulo Bonavides discorre sobre o pensamento de Carl Schmitt, para quem é necessário proteger também a instituição, “uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais”²⁹. Surgiria, assim, as garantias institucionais, sendo exemplos de tais garantias aquelas inerentes ao funcionalismo público, a independência dos juízes e a

²⁶ Bobbio, op. cit., p. 32.

²⁷ Mendes; Branco, op. cit. P. 137.

²⁸ Bobbio, op. cit., p. 33

²⁹ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 565.

exclusão de tribunais de exceção. Indo além, todos os princípios da Constituição que obrigam o legislador são garantias institucionais, segundo o pensamento de Schmitt³⁰.

As garantias institucionais são, então, responsáveis por atribuir ao Estado a elevada importância necessária à concretização dos direitos fundamentais de segunda geração. É preciso reconhecer, entretanto, que

O conceito de garantia institucional, que foi tão afirmativo para escorar e legitimar a segunda geração de direitos fundamentais, enfrenta desde muito a sua crise, com perda de substância e densidade, como se fora já um conceito em aparente estado de dissolução. Perdeu, depois da contribuição de Schmitt, muito do teor inicial de precisão e, não obstante a reconhecida existência de uma teoria institucional dos direitos fundamentais, ainda não se cristalizaram noções claras e científicas acerca desse instituto.³¹

Ainda assim, a importância das garantias institucionais não se perde, na medida em que elas devem estar presentes, como estão no ordenamento brasileiro, para que se evite os atos arbitrários do legislador, tendentes a enfraquecer os direitos sociais.

1.2.3 Os direitos fundamentais de terceira geração

Seguindo o teor do pensamento de Bobbio sobre o contínuo movimento dos direitos sociais, pode-se afirmar que há um contínuo movimento nos direitos fundamentais como um todo, sendo que, como parte desse movimento, novas demandas surgidas no final do século XX fizeram surgir os chamados direitos de terceira geração. Esses sim possuem como titular a coletividade, são direitos que, não sendo destinados a sujeitos individualizados, interessam a todos e demandam ação por parte de todos, “uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividade, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural”³².

Além da ilustração de movimento utilizada por Bobbio, é possível relacionar as gerações também ao lema da revolução francesa, qual seja, “liberdade, igualdade e fraternidade”. Paulo Bonavides (2010), citando Karel Vasak (1979), fazendo essa relação

³⁰ Idem, p. 567.

³¹ BONAVIDES, op. cit., p. 567-568.

³² MENDES; BRANCO, op. cit., p. 137-138.

entre as gerações de direitos e o lema da revolução francesa, afirma que os direitos de terceira geração são providos “de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos”³³. Ou seja, os direitos de terceira geração possuem imbricações com o ideal de fraternidade.

Há, porém, quem relacione os direitos de terceira geração à solidariedade e não à fraternidade³⁴. O fato é que os reconhecidos direitos de terceira geração já cristalizaram seu posicionamento na doutrina e nas constituições ao redor do mundo, de forma que o movimento referido por Bobbio continua, na medida em que o reconhecimento de determinados direitos faz possível a abertura de novas regiões de liberdades que devem ser exploradas e com elas novos direitos, fazendo desse ciclo um processo sem fim³⁵.

1.2.4 *As imbricadas relações entre os direitos de diferentes gerações*

Ao discorrer sobre os direitos que exigem abstenção do Estado e os direitos que exigem prestação, Abramovich problematiza a questão ao afirmar que a simples distinção em obrigações de “não fazer” e obrigações a prestação de atendimento positivo “têm como base uma visão distorcida e ‘naturalista’ do papel e do funcionamento da máquina estatal, que coincide com a posição de um Estado mínimo, responsável por garantir apenas justiça, segurança e defesa”³⁶.

Porém, existe uma óbvia inter-relação entre as obrigações negativas e uma série de obrigações positivas vinculadas à manutenção das instituições, como condição necessária para o exercício da liberdade individual³⁷, o que envolve até mesmo alocação de recursos. Inclusive, Adam Smith, reconhecido teórico da economia política clássica, atribui ao Estado “um papel ativo na criação das condições institucionais e legais para a expansão do mercado”³⁸.

Em síntese, a estrutura dos direitos civis e políticos [primeira geração] pode ser caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas do Estado: obrigação de abster-se de atuar em certos âmbitos

³³ BONAVIDES, op. cit., p. 569.

³⁴ Etienne-R. Mbya *apud* Paulo Bonavides in **Curso de Direito Constitucional**, p. 570.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. In **Revista Internacional de Direitos Humanos**, Ano 2, Número 2, 2005, p. 190.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Apud* Abramovich, op. cit., p 190.

e de realizar uma série de funções, para garantir o gozo da autonomia individual e impedir que seja prejudicada por outros cidadãos. Dada a coincidência histórica dessa série de funções positivas com a definição do Estado liberal moderno, a caracterização dos direitos civis e políticos tende a tornar “natural” essa atividade estatal e enfatizar os limites de sua atuação. Sob essa perspectiva, os direitos civis e políticos se distinguem dos direitos econômicos, sociais e culturais [segunda geração] mais em uma questão de grau do que em aspectos substanciais.³⁹

Por isso, a identificação dos direitos de segunda geração como direitos a prestação do Estado acontece por ser esta sua faceta mais visível, porquanto é possível observar que o direito a saúde, por exemplo, que exige uma prestação, também exige a obrigação estatal de não prejudicar a saúde, o mesmo com a educação. Em suma, os direitos de segunda geração “podem ser caracterizados como um complexo de obrigações positivas e negativas do Estado, embora nesse caso as obrigações positivas se revistam de maior importância simbólica para identificá-los”⁴⁰.

Aprofundando o tema, pode-se constatar também que os direitos de primeira geração, classicamente vinculados à concepção de Estado liberal, têm adquirido um aspecto social, como por exemplo, a perda do caráter absoluto do direito de propriedade com base no interesse público.

Para solucionar o problema apresentado, Abramovich cita van Hoof, que propõe um esquema interpretativo dos direitos fundamentais que consiste em definir níveis de obrigações estatais, de forma que esses níveis

Caracterizariam o complexo identificador de cada direito, independentemente de atribuí-lo ao conjunto de direitos civis e políticos ou ao de direitos econômicos, sociais e culturais. [...] seria possível discernir quatro “níveis”: obrigações de respeitar, de proteger, de garantir e de promover o direito em questão. As obrigações de respeitar se definem pelo dever do Estado de não interferir nem obstaculizar ou impedir o acesso ao desfrute dos bens que constituem o objeto do direito. As obrigações de proteger consistem em evitar que terceiros interfiram, obstaculizem ou impeçam o acesso a esses bens. As obrigações de garantir pressupõem assegurar que o titular do direito tenha acesso ao bem quando não puder fazê-lo por si mesmo. As

³⁹ Idem, p. 191.

⁴⁰ Ibidem.

obrigações de promover se caracterizam pelo dever de criar condições para que os titulares do direito tenham acesso ao bem.⁴¹

Está demonstrado que a relação entre exigência de ação e inação do Estado para o exercício dos direitos fundamentais é complexa, não deixando espaço para divisões simplistas que separem os direitos fundamentais e considerá-los isoladamente. Isso aplica-se aos direitos sociais, pois como se verá adiante, a ofensa aos direitos sociais por parte do Estado pode ocorrer não pela não prestação de um serviço obrigatório, mas pela ineficiência das instituições para lidar com as demandas que se lhes apresentam.

1.3 Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988

Vistos os posicionamentos histórico e jurídico dos direitos fundamentais, e relatada a natureza da relação existente entre eles, convém dissertar sobre o posicionamento dos direitos sociais na CF/88 a fim de identificar o posicionamento da assistência social como um instrumento concretizador dos direitos sociais no Brasil, especialmente na vigência da atual Constituição Federal.

Como é amplamente sabido e já exposto neste trabalho, a CF/88 reservou ao início de seu texto as normas concernentes aos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais e os direitos políticos. Especificamente sobre os direitos sociais, versam os artigos 6º a 11, sendo que do artigo 7º ao 11 trata-se de direitos trabalhistas e sindicais e no artigo 6º consta a lista dos direitos sociais, de forma que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”⁴². Aliás, o reconhecimento do direito de assistência aos desamparados vem desde a Constituição francesa jacobina, de 1793. De modo geral, a contribuição francesa foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento dos direitos fundamentais que viriam a compor as constituições do século XIX⁴³.

Porém, além dessas disposições, há também no final do texto constitucional normas acerca da ordem social (arts. 193 a 232), versando sobre a seguridade social,

⁴¹ Idem, p. 194-195.

⁴² Redação do art. 6º da CF/88, com a alteração da Emenda 64/2010.

⁴³ SARLET, op. cit., p. 44.

educação, cultura, desporto, meio ambiente, família, criança, adolescente, jovem e idoso, entre outros temas. Incluída na seguridade social está a assistência social (arts. 203 e 204), sendo estabelecidos seus objetivos e diretrizes.

Há, portanto, mais na CF/88 sobre os direitos sociais do que o constante nos arts. 6º a 11, sendo que é nesse texto constitucional dedicado à assistência social, ao qual quase não é dedicado espaço na doutrina pátria⁴⁴, que está a chave para identificar uma solução ao problema apresentado por Bobbio sobre garantir a efetiva aplicação dos direitos fundamentais e evitar sua violação, apesar de intensa produção legislativa ao longo de séculos.

Esse tema será tratado com mais detalhes no segundo e terceiro capítulos, quando se exporá a relevância adquirida pela assistência social após a CF/88 e seu papel na eficácia dos direitos sociais.

⁴⁴ Cf., por exemplo, o Curso de Direito Constitucional escrito por Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. Eles dedicam onze páginas para tratar sobre o benefício de prestação continuada (BPC), previsto no art. 203, inciso V da CF/88 e menos de uma página para falar sobre a assistência social de modo geral.

2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A assistência social nem sempre esteve vinculada a uma postura ativa do poder público, pois esteve baseada por muito tempo em ações filantrópicas (e.g. Santas Casas de Misericórdia). Porém, não se pode negar que as práticas assistenciais já existiam há muitos anos. Segundo Costa⁴⁵, as práticas assistenciais existem no Brasil desde os primórdios da nossa colonização. O fato é que ela foi alterada ao longo dos anos pela sua natureza pública e forma de realização, na medida em que ocorreram, no Brasil, as conquistas dos direitos sociais.

Com efeito, a CF/88 é um dos principais marcos de valorização e institucionalização da assistência social, de forma que ela integra, no texto constitucional, a tríade da seguridade social, formada pela saúde, previdência e a assistência. Contudo, ela ainda enfrenta diversos desafios enquanto política pública. De acordo com Boschetti, sobre a efetivação da assistência social e sua articulação às demais políticas sociais e econômicas:

[Estando a assistência articulada às demais políticas sociais e econômicas], tendo como perspectiva a construção de um sistema de proteção social contínuo, sistemático, planejado, com recursos garantidos no orçamento público das três esferas governamentais, com ações complementares entre si [...]. O horizonte da assistência social não pode levar esta política a esgotar-se em si mesma [...]. Seu horizonte deve ser o da sua inserção efetiva num projeto de desenvolvimento econômico e social, tanto local quanto nacional.⁴⁶

A par de lançar luz sobre a construção da assistência social no Brasil como política pública, convém compreender seu desenvolvimento histórico. Sendo assim, far-se-á, em seguida, uma breve exposição da trajetória da política de assistência social no Brasil e no mundo.

⁴⁵ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Política de Assistência Social: Origens, Situação Atual e Perspectivas**. Disponível em:

<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/ConteudoId/18ce4951-6473-432a-8c60-6d07ca192204/Default.aspx>. Acessado em 20 de junho de 2011.

⁴⁶ BOSCHETTI, Ivanete. As Políticas de Seguridade Social: Assistência Social. In: ABEPSS/CFESS/CEAD-UnB. (Org.). **Política Social**. 1 ed. Brasília: ABEPSS/CFESS/UnB-CEAD, 2000, v. 3, p. 143.

2.1. Trajetória da política de assistência social

A assistência social, historicamente, se configurou como campo nebuloso. Conforme Boschetti⁴⁷, mesmo em outros países como França, que dispõe de Lei de Assistência Social desde meados do século XIX, é possível identificar a dificuldade de superar a visão da assistência como filantropia assistencialista. Situar historicamente esta relação é necessário para compreender o desenvolvimento da Política de Assistência Social no Brasil.

A primeira Lei dos Pobres inglesa (*Poor Law*) data do século XIV, isto é, 1388. Dentre as *Poor Laws* seguintes, destaca-se a de 1601, também inglesa, cujo objetivo seria o de evitar a mendicância, oferecendo assistência aos mais necessitados, que eram classificados como capazes e incapazes. O conteúdo da *Poor Law* criava *Poor Houses*, para abrigar pessoas incapazes de trabalhar, como idosos, crianças e pessoas com deficiência, e as chamadas *Work Houses*, nas quais os pobres capazes de trabalhar o faziam de forma imposta⁴⁸. Conforme Pereira⁴⁹, o objetivo das chamadas *Poor Laws* era manutenção e controle da ordem social pelo Estado, para conter a miséria generalizada.

Essa lei foi revogada em 1795 pela *Speenhamland Law*, considerada a primeira legislação de transferência de renda ao pobre na história da proteção social. Tratava-se de um sistema que partia da concepção de que todo trabalhador poderia receber uma quantia necessária para completar o piso mínimo estabelecido de renda, baseado no preço do trigo. Foi uma legislação importante, pois “instituiu a ideia de direito do trabalhador (e não só do incapaz) à proteção social pública”⁵⁰.

No período da industrialização, destaca-se a criação, em 1834, de uma nova lei, denominada de *Poor Law Amendment Act* (Emenda à Lei dos Pobres em tradução livre), que se caracterizava por um caráter repressor ao estabelecer o “princípio da menor elegibilidade” (*less eligibility*), segundo o qual qualquer benefício social ao pobre deveria

⁴⁷ BOSCHETTI, Ivanete. **Assistência Social no Brasil: um Direito entre Originalidade e Conservadorismo**. 2. ed. Brasília: GESST/SER/UnB, 2003. v. 1.

⁴⁸ PEREIRA, Camila Potyara. **Rua sem saída: um estudo sobre a relação entre o Estado e a população de rua de Brasília**. Brasília: Ícone, 2009.

⁴⁹ PEREIRA, Potyara A. P. **Política Social: temas e questões**. São Paulo: Cortez, 2008.

⁵⁰ Idem, p. 68

ser, necessariamente, menor do que o pior salário. Pereira, C.⁵¹ destaca que essa lei foi criada para atender às demandas do mercado de trabalho por trabalhadores livres, pois eles ficariam sem alternativas a não ser se submeter aos baixos salários, às longas jornadas de trabalho e às faltas de condições dignas de trabalho.

Essa retomada histórica das primeiras legislações no campo da assistência social problematiza a concepção de que a proteção social se destinou, historicamente, àqueles cuja situação não lhes permitia trabalhar, como maternidade, infância, velhice ou deficiência. Assim, observa-se que a relação entre trabalho e assistência se baseia em uma contraditória relação que Boschetti⁵² denomina de tensão e atração. A autora expressa essa ambiguidade entre trabalho e assistência da seguinte forma:

Tensão porque aqueles que têm o dever de trabalhar, mesmo quando não conseguem não têm direito a assistência [...] e atração porque a ausência de um deles impele o indivíduo para o outro, mesmo que não possa, não deva, ou não tenha direito⁵³.

À vista disso, a situação decorrente da Segunda Guerra Mundial fez surgir uma proposta de reconstrução da sociedade que Sonia Fleury⁵⁴ qualifica de revolucionária, implicando no “rompimento com as formas de proteção anteriores, tanto do modelo de assistência como do seguro social”⁵⁵. Ainda segundo a autora, a assistência, como disposta no período anterior – relatado nos parágrafos acima:

Trata-se de um modelo que tem lugar em sociedades cujos valores predominantes se baseiam na ideologia liberal, no individualismo, na liberdade e na crença na autossuficiência do mercado. Nesse contexto, a proteção social só ocorre para pessoas pobres ou indigentes, ou seja, aquelas que fracassaram no mercado, tornando-se objetos de caridade privada ou pública, em uma condição de cidadania invertida.⁵⁶

⁵¹ Op. cit., 2009.

⁵² BOSCHETTI, op. cit., p. 47.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ FLEURY, Sonia. Por uma sociedade sem excluídos(as). **Observatório da Cidadania**, s.l. p. 76-80, 2007, p.76.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

Nesse ponto, a autora faz uma distinção que vai ao encontro daquilo que é argumentado por Boschetti⁵⁷, ou seja, a ambiguidade da relação entre trabalho e assistência. Por isso, era necessário o rompimento com as formas de proteção anteriores, que deu lugar ao surgimento do conceito de seguridade social como um “conjunto de políticas públicas que asseguram a proteção social e o bem-estar das pessoas que, por serem consideradas cidadãs, passam a ter direitos a esses benefícios”⁵⁸.

Apesar do rompimento que acontecia no contexto mundial, por volta de 1942, que fez surgir o conceito de Estado de bem-estar social, baseado na cidadania universal, mudanças semelhantes somente ocorreriam no Brasil vários anos depois. Durante essa época, em terras brasileiras, estava sendo implantada a organização assistencialista conhecida como Legião Brasileira de Assistência (LBA), ou seja, sequer era uma política pública ainda.

2.1.1. Trajetória da política de assistência social no Brasil

No Brasil, o início do século XX foi “marcado por políticas sociais profundamente conservadoras e por um limitado caráter redistributivo, devido à combinação de autoritarismo com a forte segmentação do mercado de trabalho”⁵⁹. Além disso, eventuais expansões no sistema de seguro social faziam parte de um jogo político que beneficiava de forma diferenciada grupos de trabalhadores com maior poder de barganha⁶⁰.

Ademais, a virada do século XIX para o século XX foi marcada pela falta de planejamento governamental e ausência do Estado na área social. As noções mais representativas sobre pobreza compreendiam-na sob duas perspectivas: primeiramente, como um comportamento vicioso, ou seja, um desvio moral no qual o pobre seria o responsável individual pela sua situação – visão que ainda persiste atualmente – e o Estado não deveria protegê-lo; depois, a pobreza como ameaça à ordem social, que deveria ser controlada pelo poder público. As principais ações do Estado, neste período,

⁵⁷ BOSCHETTI, op. cit., p. 47

⁵⁸ FLEURY, op. cit., p. 76.

⁵⁹ BICCA, Carolina Scherer. **O “Ativismo Judicial” no Controle das Políticas Públicas: O caso da Assistência Social no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011, p. 24

⁶⁰ FLEURY, op. cit., p. 77.

concentravam-se no controle da pobreza por meio de ações higienistas e moralizadoras da pobreza e da miséria⁶¹.

O período posterior da história brasileira, denominado de “Era Vargas”, ainda que sofrendo das limitações já expostas, teve avanços no campo da produção legislativa atinente aos dos direitos sociais, notadamente os direitos trabalhistas, mas ainda regido por uma “cidadania regulada”⁶² ⁶³. Embora o reconhecimento da assistência como direito⁶⁴ no Brasil tenha sido garantido tardiamente – com a Constituição Federal de 1988 –, a intervenção do Estado brasileiro institucionalmente organizado data da década de 1940 com a criação da LBA.

Essa instituição foi criada pela então primeira-dama, Darcy Vargas, com o objetivo inicial de atender as famílias dos pracinhas, enviados aos campos de batalha durante a Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, a LBA passou a se dedicar às massas excluídas do sistema de proteção trabalhista, mas com uma ação restrita a um nível pontual, emergencial e fragmentado, nos moldes do que Fleury afirma ser a assistência baseada na ideologia liberal. Ainda, concordando com Pereira, C., admite-se que “caracterizada pela articulação entre Estado e filantropia privada, a assistência, nesse período, seguia a lógica populista e tutelar de satisfação das necessidades, desconstruindo a própria noção de direitos, cidadania e justiça social”⁶⁵.

As décadas de 1950 a 1980, nas quais ocorreu a efetiva urbanização, fruto da industrialização e intensa migração para as cidades, foram marcadas também pela intensificação da pobreza, uma vez que o crescimento dos centros urbanos não foi acompanhado pelo crescimento da oferta de emprego e moradia, nem pelo ordenamento urbano planejado ou por serviços públicos estruturados. Pereira, C.⁶⁶ destaca que é neste período que a pobreza, antes vista como um vício ou desvio de caráter individual, desloca-

⁶¹ PEREIRA, C. op. cit.

⁶² Santos *apud* Fleury.

⁶³ Por exemplo, é da mesma época a Lei de Contravenções Penais que até 2009 considerava como infração penal, sujeita a pena restritiva de liberdade, a mendicância (Art. 60, revogado pela Lei 11.983, de 16 de julho de 2009).

⁶⁴ Fazer referência ao termo “assistência aos desamparados” da CF/88 e à dualidade da assistência social como direito e como política pública.

⁶⁵ Op. cit., p.62

⁶⁶ *Ibidem*.

se para a esfera da estrutura marcada pela extrema desigualdade na distribuição de riqueza.

Como luta pelo fim da ditadura militar, foi nos anos 1970 que se estabeleceu o processo de reativação do movimento sindical e a ação dos movimentos sociais que dinamizavam a mobilização da população pela conquista e ampliação de direitos civis, políticos, sociais e trabalhistas⁶⁷. Foi nesse momento que grupos populares dos mais diversos irrompiam a cena pública reivindicando o direito a ter direitos. Os grupos sociais, mesmo os de pequenas dimensões, convergiam, fazendo emergir um sujeito coletivo com visibilidade pública⁶⁸.

Apesar de plurais, os grupos e associações que emergiram no cenário político dos anos 1970 e 1980 tinham em comum a luta pela derrubada do regime político autoritário e o restabelecimento da democracia, bem como a ampliação de direitos.

A emergência desses novos atores sociais demandava o aprofundamento da democracia e soluções específicas para problemas sociais que assolavam o cenário brasileiro, como a pobreza⁶⁹. Na análise de Ângela Neves⁷⁰, o contexto de redemocratização dos anos 1980 engendrou uma nova relação entre o Estado e a sociedade civil a partir de diferentes mecanismos de incentivo à participação. “A reforma democratizadora do Estado e seus modelos de gestão são fundamentais para entender quais são os instrumentos que estimulam a participação da sociedade civil na gestão das políticas públicas”⁷¹.

2.2. A assistência social na Constituição Federal de 1988

Muitas mudanças institucionais e sociais brasileiras foram acompanhadas pela mudança de Constituição, sempre se conformando à ideologia política que ora se impunha. Por exemplo, a mudança para República, o Estado Novo, a Ditadura Militar.

⁶⁷ DURIGUETTO, Maria Lúcia. **Sociedade Civil e Democracia**: Um debate necessário. In: *Libertas*, Juiz de Fora, v. 8, n.2, p. 83-94, jul-dez, 2008.

⁶⁸ SADER, Eder. **Quando novos personagens entram em cena**. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

⁶⁹ Cf. OLIVEIRA, Priscila N. **Democracia e Participação: um estudo sobre o Orçamento Participativo no Distrito Federal**. Dissertação (Mestrado em Política Social – Universidade de Brasília, 2015).

⁷⁰ NEVES, Angela Vieira. **Cultura Política e Democracia Participativa**. Ed. Gramma, 2008.

⁷¹ Idem, p. 11

Todos essas foram mudanças institucionais que se fizeram acompanhar por mudança de constituição, o que nem sempre ocorreu no contexto mundial, a exemplo do nazismo, que nem mesmo provocou emenda ao texto constitucional da época. Acompanhando as diversas mudanças, é possível perceber as alterações no tratamento constitucional dispensado aos direitos e programas sociais vinculados ao campo da assistência social no Brasil, notadamente de 1934 a 1988, conforme o quadro abaixo, elaborado por Couto⁷²:

Tabela 1 - Síntese das garantias constitucionais vinculadas à assistência social e as respectivas institucionalizações estatais

Discriminação	Garantias constitucionais	Respostas institucionalizadas pelo Estado
1934	- atendimento às famílias de prole numerosa; - amparo aos desvalidos; - amparo à maternidade e à infância; - organização de colônias agrícolas para habitantes de zonas empobrecidas ou sem trabalho.	Não há definições de programas institucionais na área, ficando essa atendida pela filantropia, tendo um caráter de ajuda aos necessitados.
1937	- amparo à infância e à juventude; - aos pais miseráveis, assiste o direito de invocar o auxílio e a proteção para subsistência e proteção de sua prole.	- 1940: Plano de Alimentação ao Trabalhador; - 1942: criação da Legião Brasileira de Assistência.
1946	- assistência à maternidade, à infância e à adolescência; - assistência aos desempregados.	- 1950: Programa de Alimentação de Gestantes e Programa de Alimentação Escolar; - 1964: criação da Fundação do Bem-Estar do Menor (FEBEM).
1967	- previsão de lei especial sobre assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação dos excepcionais; - necessidade de apontar fonte de custeio para benefícios sociais.	As respostas à questão assistencial são institucionalizadas a partir de 1972.
1969	Idem à de 1967	- 1972: Programa Nacional de Alimentação e Nutrição para o grupo materno-infantil; - 1977: Programa de Complementação Alimentar e Programa de Alimentação do Trabalhador; - 1985: Programa de Suplementação Escolar; - 1986: criação da Secretaria Especial de Ação Comunitária; Programa Nacional de Alimentação Escolar e Programa Nacional do Leite para as crianças carentes.
1988	- a assistência compõe o tripé da seguridade social; - destina-se a quem necessitar; - não contributiva; - dever do Estado e direito do cidadão; - salário mínimo ao idoso e ao portador de deficiência sem condições de se manter.	- 1993: Lei Orgânica da Assistência Social e Benefício de Prestação Continuada; Programa de Combate à Fome e à Miséria; - 1995: Programa Comunidade Solidária

⁷² COUTO, B. R. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível?** São Paulo: Cortez, 2004, p. 163.

Destaca-se que podem ser acrescentados a esse quadro, elaborado em 2004, os Programas Fome Zero e Bolsa Família, instituídos posteriormente, durante o governo Lula (2003-2010).

Nesse contexto e na esteira do que foi dito no Capítulo 1, a CF/88 representa o marco legal da luta de diferentes atores sociais pela democracia e ampliação de direitos. É dizer, “as políticas sociais brasileiras desenvolveram-se a partir do início do século passado, por um período de cerca de 80 anos, configurando um tipo padrão de proteção social só alterado com a Constituição Federal de 1988”⁷³.

Contudo, como expressão dos diferentes projetos políticos⁷⁴ em disputa no cenário brasileiro, as décadas de 1980 e 1990 configuraram um período paradoxal. Apesar dos avanços normativos expressos na CF/88, as diretrizes macroeconômicas indicaram a diminuição de gastos com políticas sociais, concebendo-as como consequência do bom funcionamento do mercado. Tais diretrizes eram justificadas por uma suposta necessidade de preparar a economia do país para a competitividade internacional.

Nesse sentido, Couto⁷⁵ ressalta o caráter contraditório do período no sentido de que “todas as garantias constitucionais que foram consubstanciadas em legislações ordinárias posteriores passaram a ser alvo de desmontes pelos governos que sucederam a Constituição de 1988”.

Como expressão desta contradição é possível citar o veto do governo Collor em 1990 ao projeto de lei que regulamentava a assistência social⁷⁶ e represou a concessão de benefícios previdenciários.

⁷³ FLEURY, op. cit. p. 77.

⁷⁴ DAGNINO (2002) compreende a noção de projeto político como aquilo que orienta a ação. Nos anos 1990, houve no Brasil uma disputa entre projetos políticos antagônicos que assumiram um caráter de disputa de significados para referências como democracia, participação e cidadania.

⁷⁵ COUTO, B. R. 2010, op. cit. p.144.

⁷⁶ Conforme Couto (2010), durante o governo Collor, o Projeto de Lei 3.099/89, que regulava a assistência social e que foi aprovado pelo Congresso, sofreu o veto integral do presidente, em 18 de setembro de 1990. Este fato demonstra que “o governo Collor incidiu sobre a legislação social, principalmente com a tentativa de obstruir a legislação complementar necessária ao requerimento dos direitos constitucionais [sociais]” (idem, p. 146).

Fenômeno parecido tem ocorrido em Portugal após a crise econômica de 2008 – com efeitos até hoje em praticamente todos os países –, podendo ser visto movimento de supressão de direitos por meio de uma interpretação judicial concessiva, mitigando o princípio de proibição do retrocesso social, havendo risco de o mesmo acontecer no Brasil⁷⁷.

Conclui-se que, apesar de a política de assistência social ter tido diversas conquistas a partir da CF/88, ainda estão presentes muitas contradições, marcadas pelo conflito entre os interesses do mercado e a demanda pela institucionalização da política de assistência e eficácia dos direitos sociais previstos no texto constitucional.

2.2.1. A legislação infraconstitucional de assistência social posterior à Constituição Federal de 1988

Conquanto a Assistência Social tenha passado a integrar o sistema de seguridade social brasileiro no ano de 1988, somente alguns anos mais tarde que foi publicada a Lei 8.742, de 07 de dezembro 1993⁷⁸, denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que estabelece o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), marco normativo da consolidação da assistência como direito⁷⁹. Conforme o Art. 2º, inciso I, da LOAS, são objetivos da assistência social (norma com a mesma redação do art. 203 da CF/88):

- I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:
 - a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
 - b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes;
 - c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;

⁷⁷ A esse respeito, cf.: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. ConJur, São Paulo, abr. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>. Acesso em 12 de abril de 2015.

Cf., ainda, PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/961/641>. Acesso em 13 de maio de 2015.

⁷⁸ Sensivelmente alterada pela Lei 12.435, de 06 de julho de 2011.

⁷⁹ É importante ressaltar que a assistência social foi a última área da seguridade social a ser regulada. A saúde teve sua lei orgânica aprovada em 1990 (Lei 8.080), a previdência social foi regulamentada em 1991 (Leis 8.212 e 8.213).

- d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e
- e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;⁸⁰

A literatura de política social aponta que a CF/88 instituiu um sistema de proteção social fundado em duas modalidades: o seguro e a assistência. Para melhor compreender esta concepção, faz-se necessário abordar as três políticas que integram a seguridade social, a saber: saúde, previdência e a assistência social.

Entre as três políticas, a assistência social foi a última a ser regulamentada. Como visto, a LOAS é de 1993 – lei aprovada após o fim do governo Collor, pois ele vetou a primeira lei aprovada, conforme exposto alhures. A saúde foi regulamentada pela Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Ela é materializada em um Sistema Único de Saúde, possui caráter de direito não contributivo, adquirindo sentido universal e incondicional do cidadão.

Por sua vez, a política de previdência social foi regulamentada pela Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Ela se baseia na lógica do seguro social. Neste caso, como política contributiva, o direito só é assegurado com prévia contribuição.

Quanto à política de assistência social, sua introdução como política pública na área da seguridade social inaugura uma inovação conceitual no sentido de estabelecê-la como direito. Boschetti⁸¹ refere que o reconhecimento da assistência social como direito social pela CF88 significou para o “fim da travessia no deserto”. Com essa expressão a autora denota a superação de sua compreensão como dever moral de ajuda⁸², passando a constituir-se como política pública. Trata-se de uma travessia do dever moral para o dever legal, do campo do favor para o campo do direito.

⁸⁰ A alínea “e” se refere ao Benefício de Prestação Continuada, que será abordado no próximo tópico deste capítulo.

⁸¹ Boschetti, op. cit.

⁸² O campo assistencial esteve historicamente ligado a práticas pontuais e caritativas como as ações sociais da Igreja, ou a práticas clientelistas e assimétricas como a troca de favores de caráter eleitoral. Por essa razão, a literatura aponta que a história da assistência social no Brasil sempre esteve desvinculada da noção de direito social (COUTO, 2007).

Ainda nessa travessia, posteriormente à publicação da LOAS, a assistência social teve outro importante marco normativo, que foi a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), instituída pela Resolução 145 do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, de 15 de outubro de 2004. Nela, são definidos seus princípios, diretrizes e objetivos, além de definições conceituais importantes sobre a assistência social como política pública. É neste documento também que está a base organizacional do Sistema Único de Assistência Social⁸³, constituído, entre outros, pelos Centros de Referência da Assistência Social (CRAS) e pelos Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS).

Além das normas regulamentares, as leis que instituem, organizam e fortalecem direitos sociais também são expressão da trajetória de reconhecimento da assistência social como política pública e como direito, na medida em que cuidam de tutelar grupos socialmente vulneráveis. Como exemplos, podem ser citados o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003) e a Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006).

A despeito desse trajeto já percorrido, que ainda há muito a ser conquistado no sentido de garantir a efetividade dos direitos sociais, principalmente aqueles relacionados à política de assistência social, sendo que a solução aqui proposta para esse entrave é o fortalecimento desta, o que vai muito além de sua inserção no texto constitucional ou de sua regulamentação legal.

De qualquer forma, o reconhecimento da assistência social como direito de cidadania provoca algumas transformações no trato desta temática. Primeiramente, fica assegurada a primazia da responsabilidade estatal no seu financiamento, planejamento e execução. Ao tratar sobre a característica do dever legal da assistência, Boschetti afirma que esta política

difere sobremaneira das práticas assistenciais orientadas pelo dever moral, pois estas não incorporam a noção (de) e bem garantem (o) direito, não sendo, portanto, passíveis de serem reclamadas judicialmente ou submeterem-se ao princípio da obrigatoriedade.⁸⁴

⁸³ BRASIL. **Resolução 145**, de 15 de outubro de 2004. Brasília-DF, p. 31-36.

⁸⁴ BOSCHETTI, op. cit., p. 40.

Em segundo lugar, trata-se de um direito não contributivo, que é regido pelo princípio do atendimento das necessidades sociais. Essa questão é explícita na LOAS, que em seu Art. 4º afirma: “A assistência social rege-se pelos seguintes princípios: I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica”. Nessa direção, a assistência social não pode ser submetida à lógica do mercado, o que implica na não vinculação do usuário da política a contribuição prévia, como na lógica da previdência social. Desvincular a prestação de serviços e benefícios a contribuição prévia não encontra precedentes na legislação social do Brasil, tornando-se esse aspecto, uma relevante inovação trazida pela CF/88. Com isso, em sentido amplo, a sociedade pode lançar mão da juridificação⁸⁵ do direito à assistência social pactuado na Constituição Federal.

Diante do exposto, compreende-se que a garantia da assistência social como direito na CF/88, bem como na legislação infraconstitucional, demonstra a concepção de supremacia da responsabilidade do Estado no enfrentamento às vulnerabilidades e riscos sociais, devendo criar um sistema institucional que caminhe ao encontro dessas demandas. Afinal, como afirma Bicca, a assistência social é “uma ferramenta importante no amparo aos necessitados, devendo ser um primeiro passo a alavancar o indivíduo para uma vida independente, permitindo seja ele alcançado por outras políticas públicas”⁸⁶.

2.3. Instituições contemporâneas de assistência social

Entre as normas que regulamentam a assistência social, a PNAS trouxe importantes alterações em sua gestão, seguindo a diretriz da descentralização político-administrativa, instituindo normas gerais. A política de assistência social é gerida por meio de serviços, programas e projetos, divididos em proteção social básica e proteção social especial.

A proteção social básica tem como objetivos prevenir situações de risco por meio do desenvolvimento de potencialidades, e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. Destina-se à população que vive em

⁸⁵ Conceito utilizado por Couto (2007, p. 183), no sentido de amparo pelo sistema jurídico do direito de assistência social. Não deve ser confundido com “judicialização”, que remete ao ativismo judicial no controle das políticas públicas. A esse respeito, cf. XIMENES, Julia Maurmann (org.). **Judicialização da Política e Democracia**. Brasília: IDP, 2014.

⁸⁶ BICCA, op. cit., p. 47.

situação de vulnerabilidade social decorrente da pobreza, privação (ausência de renda, precário ou nulo acesso aos serviços públicos, dentre outros) e, ou, fragilização de vínculos afetivos – relacionais e de pertencimento social (discriminações etárias, étnicas, de gênero ou por deficiências, dentre outras). Prevê o desenvolvimento de serviços, programas e projetos locais de acolhimento, convivência e socialização de famílias e de indivíduos, conforme identificação da situação de vulnerabilidade apresentada. Deverão incluir as pessoas com deficiência e ser organizados em rede, de modo a inseri-las nas diversas ações ofertadas. Os benefícios, tanto de prestação continuada como os eventuais, compõem a proteção social básica, dada a natureza de sua realização.⁸⁷

Noutra vertente, existe a população que não sofre apenas uma situação de vulnerabilidade. Numa dimensão mais complexa, essas pessoas enfrentam situações de risco, decorrente da exclusão social, sendo esta “um processo que pode levar ao acirramento da desigualdade e da pobreza e, enquanto tal, apresenta-se heterogênea no tempo e no espaço”⁸⁸. A realidade brasileira mostra que famílias de diversos contextos socioeconômicos induzem a violação de direitos de seus membros, em especial de crianças, mulheres, idosos e pessoas com deficiência. Além disso, é possível observar a “geração de outros fenômenos como, por exemplo, pessoas em situação de rua, migrantes, idosos abandonados que estão nesta condição não pela ausência de renda, mas por outras variáveis da exclusão social”⁸⁹.

Situações tão complexas dificultam o cumprimento da função da proteção social básica, da socialização e da mediação, fragilizando a identidade do grupo familiar e tornando mais vulneráveis seus vínculos simbólicos e afetivos.

Assim, as linhas de atuação com as famílias em situação de risco devem abranger desde o provimento de seu acesso a serviços de apoio e sobrevivência, até sua inclusão em redes sociais de atendimento e de solidariedade. As situações de risco demandarão intervenções em problemas específicos e, ou, abrangentes. Nesse sentido, é preciso desencadear estratégias de atenção sociofamiliar que visem a reestruturação do grupo familiar e a elaboração de novas referências morais e afetivas, no sentido de fortalecê-lo para o exercício de suas funções de proteção básica ao lado de sua auto-organização e conquista

⁸⁷ PNAS, p. 33-34.

⁸⁸ Idem, p. 36.

⁸⁹ Ibidem.

de autonomia. Longe de significar um retorno à visão tradicional, e considerando a família como uma instituição em transformação, a ética da atenção da proteção especial pressupõe o respeito à cidadania, o reconhecimento do grupo familiar como referência afetiva e moral e a reestruturação das redes de reciprocidade social. A ênfase da proteção social especial deve priorizar a reestruturação dos serviços de abrigamento dos indivíduos que, por uma série de fatores, não contam mais com a proteção e o cuidado de suas famílias, para as novas modalidades de atendimento.⁹⁰

Destaca-se que existem outros programas nacionais e regionais de proteção social. Na esfera federal, destacam-se o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) e o Programa de Combate à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, no qual se insere o disque-denúncia nacional, serviço vinte e quatro horas de participação social no enfrentamento à violação de direitos de crianças e adolescentes.

De acordo com a PNAS, os serviços de proteção social de média complexidade consistem em serviço de orientação e apoio sócio familiar, plantão social, abordagem de rua, cuidado no domicílio, serviço de habilitação e reabilitação na comunidade das pessoas com deficiência e medidas socioeducativas em meio-aberto. Os serviços de proteção social de alta complexidade são atendimento integral institucional, casa lar, república, casa de passagem, albergue, família substituta, família acolhedora, medidas socioeducativas restritivas e privativas de liberdade e trabalho dirigido⁹¹.

⁹⁰ Idem, p. 37.

⁹¹ Idem, p. 38.

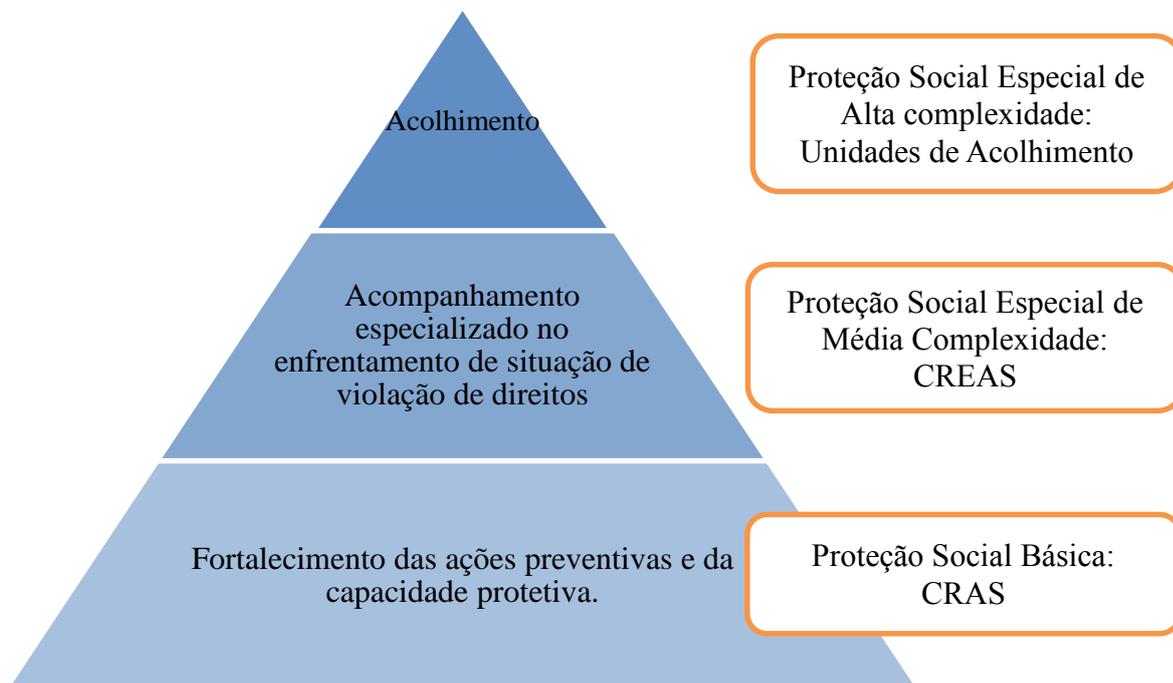


Figura 1 - Escala de proteção social do Sistema Único de Assistência Social

Fonte: Elaboração própria com base na PNAS (2004).

Dessa forma, é possível observar que o Brasil possui uma política nacional de assistência social estruturada, com o objetivo de atender a demanda de proteção social, contra a violação dos direitos sociais, principalmente das pessoas com menor faixa de renda. Observa-se também, contudo, que mesmo com todo o avanço do arcabouço legislativo e institucional da Assistência Social, a redução dos índices de desigualdade no país ainda é um desafio. Nisto se insere a discussão acerca da efetividade dos direitos, a ser tratada no próximo capítulo.

3 O PAPEL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

É amplamente aceito na doutrina que os direitos fundamentais alcançaram reconhecimento não somente na ordem constitucional nacional. Sua fundamentação legal, histórica e cotidianamente, perpassa pelo âmbito internacional também. É fato que os direitos fundamentais e sua concepção encontram, hoje, expressão normativa tanto no Direito Constitucional quanto no Direito Internacional.

Conforme preceitua Ingo Sarlet, os direitos fundamentais,

Tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos⁹².

Porém, uma questão central envolvida pelos direitos fundamentais, notadamente pelos direitos sociais, diz respeito à sua efetivação. Muito embora seja verdade que acontece o fenômeno de os direitos fundamentais estarem em constante movimento⁹³, seja para reconhecer novos direitos, seja para aplicar direitos consagrados a novas situações jurídicas, um problema que permanece latente no Brasil e no mundo está relacionado à efetividade dos direitos fundamentais. Para fins de limitação temática deste trabalho, nossa abordagem consistirá restritamente em analisar esse problema da efetividade relacionado aos direitos sociais somente, sem ignorar que ele também circunda os outros direitos fundamentais, em maior ou menor grau.

Destacadamente, o processo de reconhecimento dos direitos sociais em si foi o resultado de muitas lutas, como se procurou demonstrar no Capítulo 2 através do exemplo do processo de afirmação da assistência social como uma política pública, de modo que “os direitos de segunda dimensão [sociais] podem ser considerados uma densificação do

⁹² SARLET, op. cit., p. 46.

⁹³ Cf. o Capítulo 1 sobre a ideia de “constante movimento” dos direitos fundamentais, expressa por Norberto Bobbio.

princípio da justiça social”⁹⁴, que, apesar de demonstrar um forte avanço no fortalecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda carece de um efetivo reconhecimento ou implementação. É dizer, de efetividade, enquanto direito constitucional fundamental.

Com efeito, Bobbio⁹⁵ diz que uma profunda necessidade trazida pelo nosso tempo é o reconhecimento internacional de direitos e a existência de uma força normativa capaz de vincular os Estados. Apesar da edição de várias normas internacionais, nenhuma delas possui o caráter cogente semelhante às leis de direito interno. O autor ainda afirma que o problema diante de nós não se trata de saber quais e quantos são os direitos, nem de fundamentá-los, trata-se de protegê-los, de saber qual é o “modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”⁹⁶.

3.1 Entre a eficácia e a efetividade dos direitos sociais

Põe-se, então, à nossa frente indagações acerca da diferença entre eficácia e efetividade dos direitos sociais e, ainda, se é possível alcançar sua efetividade. Sendo possível, como e com que método.

Apesar do afirmado por Bobbio acerca do sistema normativo de direitos fundamentais internacional, Flávia Piovesan, ao se referir à proteção dos direitos sociais no âmbito internacional, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador, para afirmar que:

Estabelecem esses instrumentos que os direitos sociais devem ser aplicados progressivamente, sem recuos e retrocessos, cabendo aos Estados adotar todas as medidas necessárias até o máximo dos recursos disponíveis visando à plena efetividade destes direitos.⁹⁷

⁹⁴ SARLET, Op. cit., p. 48.

⁹⁵ Op. cit., p. 25.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ 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, p. 186.

Há, portanto, uma ligeira tensão entre a eficácia e a efetividade dos direitos sociais. Em tese, a aplicação dos direitos sociais progressivamente deve ter em vista sua efetividade, sendo que a aplicação é possível pela garantia da sua eficácia. E pensar em eficácia dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro é pensar na eficácia das normas constitucionais⁹⁸, que podem ser plenas, contidas ou limitadas. Há, ainda, as chamadas normas programáticas, que seriam aquelas carentes de instrumentos processuais necessários à sua concretização. A esse respeito, Paulo Bonavides afirma que os direitos sociais

passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais⁹⁹.

Ora, ainda que o ciclo de baixa normatividade dos direitos sociais tenha passado e as respectivas normas constitucionais tenham adquirido a prerrogativa de aplicabilidade imediata, o que lhes confere eficácia normativa no texto Constitucional, ainda não acabou a referida crise de observância e execução, que é justamente o problema da efetividade dos direitos sociais.

E o problema se apresenta mais complexo conforme o direito social analisado. Tendo em vista essa peculiaridade, Ingo Sarlet¹⁰⁰ afirma que os direitos a prestações podem ser em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização e procedimento) e em sentido estrito, que são os direitos a prestações materiais, estando em volta destes “os problemas mais cruciantes, constituindo, de certa forma, o *punctum dolens* da problemática”¹⁰¹ da eficácia dos direitos a prestações sociais. É exatamente aí

⁹⁸ Para considerações acerca do Art. 5, § 1º, da CF/88, cf. o Capítulo 1.

⁹⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 564.

¹⁰⁰ SARLET, op. cit., p. 281.

¹⁰¹ *Ibidem*.

que se insere a assistência social, na medida em que seus serviços, programas e projetos se expressam em prestações estatais materiais a seus titulares.

É precisamente em função do objeto precípua destes direitos e da forma mediante a qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude) que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade.¹⁰²

Paralelamente ao reconhecimento dos direitos sociais como normas dotadas de aplicabilidade imediata, houve o fortalecimento dos indivíduos titulares desses direitos, expressa pelo seu “empoderamento” que tornou possível encará-los como “sujeitos de direitos”. Esta ideia pode ser o fio condutor a conectar a norma eficaz ao exercício efetivo do direito. Julia Maurmann Ximenes, abordando o conceito de “sujeitos de direitos”, afirma que

A abordagem sobre os “sujeitos de direitos” não é jurídica, mas sim política, pois está atrelada a compreensão do “empoderamento”: de origem inglesa, *empowerment* pode ser traduzido como fortalecimento, e conforme será explicitado adiante pode ser definido como a autonomia e emancipação de indivíduos submetidos a relações de tutela e poder. Isto porque o “sujeito de direito” aqui é o *right-holder*, que literalmente significa “detentor de direito” o que não expressa o significado aqui utilizado. Isto porque não estamos tratando apenas da previsão normativa de direitos a “sujeitos” mas sim a capacidade destes sujeitos de exercer estes direitos.¹⁰³

Intimamente atrelada à noção de “sujeito de direitos” está a ideia de cidadania. Contudo, “muito frequentemente, as reflexões sobre cidadania são conduzidas predominantemente para a participação popular, para o exercício dos direitos políticos”¹⁰⁴ somente. Ocorre que cidadania vai muito além, está relacionada ao exercício dos direitos pelos sujeitos que os detêm, em detrimento de pessoas com necessidades a depender de favores estatais.

¹⁰² Idem, p. 280.

¹⁰³ XIMENES, Julia Maurmann. Direitos sociais e campo jurídico – sujeitos de “direitos” e não de “necessidades”. In **Judicialização dos Direitos Sociais e seu impacto na Democracia**. Brasília: IDP, 2014, p. 82-83.

¹⁰⁴ Idem, p. 82.

Da mesma forma que os direitos fundamentais cresceram em abrangência conforme o surgimento das demandas por direitos, o conceito de cidadania foi ampliado à medida que se reconfigurou o Estado e seu papel perante a sociedade. De acordo com Sônia Fleury¹⁰⁵, houve, primeiramente, uma “cidadania invertida”, baseada “na ideologia liberal, no individualismo, na liberdade e na crença na autossuficiência do mercado”¹⁰⁶, consistente em uma condição resultante da proteção social somente aos ditos pobres ou indigentes, que fossem objetos de caridade.

Em seguida, “com o predomínio da ideologia corporativa que supõe a colaboração entre capital e trabalho por meio da mediação do Estado”¹⁰⁷, esteve presente a “cidadania regulada”, que estava condicionada pelo trabalho, de forma que os direitos sociais eram condicionados à inserção das pessoas no mercado de trabalho. Por fim, a autora relata a origem da “cidadania universal”, ocorrida no estado de bem-estar social, também chamado de Estado Social. Nesse contexto, a proteção social destina-se aos cidadãos, não mais aos pobres ou aos incluídos no mercado de trabalho, o que torna esse modelo “inclusivo, já que todos e todas que pertencem a essa comunidade política têm direitos sociais”¹⁰⁸.

No Brasil, a seguridade social prevista na CF/88, pressupõe o vínculo, ainda que meramente contributivo e não empregatício, para a participação na previdência (art. 201) e a necessidade, independentemente de contribuição, para a prestação da assistência (art. 203). Somente a saúde tem pressuposto expresso de acesso universal e igualitário (art. 196). Isso poderia conduzir à conclusão de que a assistência social seria uma legitimação pelo texto constitucional da cidadania invertida, mas deve-se ter em vista que a cidadania no Estado Social está relacionada ao empoderamento dos “sujeitos de direitos” à assistência social, que “envolve um processo de conscientização das capacidades pessoais, de ruptura com fatores sociais e estruturais pré-concebidos, estereotipados”¹⁰⁹.

Portanto, os “sujeitos de direitos”, cidadãos, devem ter a garantia não somente de eficácia dos direitos sociais, garantindo-se aplicação normativa, eles têm direito a não

¹⁰⁵ op. cit., p. 76.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ XIMENES, op. cit., p. 90.

serem efetivamente excluídos e abandonados, o que perpassa pela efetividade de seus direitos fundamentais, mormente seus direitos sociais.

3.2 A relação entre as políticas públicas de assistência social e a efetividade dos direitos sociais

As políticas públicas de assistência social que se destacam no Brasil são o Benefício de Prestação Continuada (BPC) e o Bolsa Família (PBF), do governo federal. Os governos locais também desenvolvem políticas de assistência, podendo-se citar o Plano DF Sem Miséria, desenvolvido pelo Governo do Distrito Federal, espelhado no Plano Brasil Sem Miséria, do governo federal.

O DF Sem Miséria foi instituído pelo pela Lei Distrital 4.601, de 14 de julho de 2011, que visa a superação da extrema pobreza no Distrito Federal e tem como objetivos a redução das desigualdades sociais e superação da extrema pobreza; elevação da qualidade de vida da população pobre e extremamente pobre; oferta de serviços públicos, às famílias pobres e extremamente pobres, de segurança alimentar e nutricional, de assistência social, habitação, saneamento, educação, saúde; e geração de emprego e renda (art. 1º). Essa mesma lei define que é considerada em situação de pobreza a família cuja renda familiar mensal *per capita* seja de até R\$ 140,00 e de extrema pobreza a família cuja renda mensal *per capita* seja de até R\$ 70,00 (art. 2º, parágrafo único).

Como parte do Plano, também é prevista a ampliação local do PBF através da “busca ativa de famílias extremamente pobres, incluindo segmentos como catadores de materiais recicláveis e população em situação de rua” (art. 4º, parágrafo único). Além disso, as ações do DF Sem Miséria compreendem: erradicação do analfabetismo; elevação do nível de escolaridade; acesso aos serviços de saúde; acesso à política habitacional, inclusive à melhoria das condições das habitações subnormais; acesso a energia elétrica, água e esgoto; e superação da extrema pobreza nas áreas rurais.

De acordo com a Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílio (PDAD) – Indicadores Sociais, de 2011, realizada pela Companhia de Planejamento do Distrito Federal (CODEPLAN), no mesmo ano de criação do Plano DF Sem Miséria, o DF tinha

18,3% de domicílios com famílias de baixa renda¹¹⁰, sendo que na Região Administrativa XXV (SCIA/Estrutural) esse índice era de 50,4%, ao passo que na Região Administrativa XVI (Lago Sul) não havia moradores de baixa renda. Esses dados evidenciam a intensa desigualdade social presente no Brasil e no Distrito Federal, o que não somente justifica como impõe a realização de políticas de transferência de renda como Plano DF Sem Miséria.

No âmbito do governo federal, o PBF é um programa de transferência de renda que beneficia famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza, garantindo a elas uma renda que varia entre R\$ 32,00 e R\$ 306,00. Ele foi criado pela Lei 10.836, de 09 de janeiro de 2004, como resultado da unificação de programas já existentes, como o Bolsa Escola, Bolsa Alimentação e o Auxílio-Gás¹¹¹. “Além disso, o programa tem como principais eixos a transferência de renda, as condicionalidades e os programas complementares, geridos nas várias esferas do poder executivo e coordenado pelo MDS”¹¹². Cabe destacar o aspecto de condicionalidade do PBF, segundo o qual os beneficiários estão sujeitos a condições relacionadas à saúde, educação e assistência para ter direito ao benefício, sob pena de indeferimento ou cancelamento.

Cabe referir, ainda, que o Bolsa Família tem caráter temporário, devendo perdurar somente enquanto a família não alcançar o patamar de renda mínima, não gerando direito adquirido, devendo a elegibilidade das famílias para recebimento do mesmo ser revista a cada dois anos. [...] Referido benefício praticamente universalizou a prestação assistencial, ao permitir que pessoas pobres, mesmo em condições de trabalhar e exercendo alguma atividade, possam usufruir de tal ajuda, pois a ideia é a de que todos devem ter uma renda mínima

¹¹⁰ Pelos critérios da pesquisa, define-se baixa renda pelo critério do Decreto Federal 6.135, de 26 de julho de 2007, qual seja, renda familiar mensal *per capita* de até meio salário mínimo.

¹¹¹ Art. 1º Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa Bolsa Família, destinado às ações de transferência de renda com condicionalidades.

Parágrafo único. O Programa de que trata o caput tem por finalidade a unificação dos procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, especialmente as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação - Bolsa Escola, instituído pela Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001, do Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA, criado pela Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, do Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação, instituído pela Medida Provisória nº 2.206-1, de 6 de setembro de 2001, do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto nº 4.102, de 24 de janeiro de 2002, e do Cadastramento Único do Governo Federal, instituído pelo Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001.

¹¹² CODEPLAN. **Diagnóstico do Desenvolvimento Social do Distrito Federal**. Brasília, 2012, p. 16.

que lhes garanta uma vida digna e que, a partir desse impulso, possam progredir¹¹³.

Noutro viés, o BPC, como benefício constitucionalmente previsto, “é voltado aos idosos e aos deficientes, cuja vulnerabilidade é ainda mais acentuada pela pobreza, sendo que tais beneficiários não possuem condições de trabalhar”¹¹⁴. Ademais,

O BPC constitui uma garantia de renda básica, no valor de um salário mínimo, [...] [e] é processador de inclusão dentro de um patamar civilizatório que dá ao Brasil um lugar significativo em relação aos demais países que possuem programas de renda básica, principalmente na América Latina. Trata-se de uma garantia de renda que dá materialidade ao princípio da certeza e do direito à assistência social.¹¹⁵

A despeito da desigualdade social ainda acentuada no Brasil, é possível observar que os programas assistenciais desenvolvem importante papel na redução da desigualdade e na efetivação de direitos, seja diretamente, como é o caso das condicionalidades no PBF, seja indiretamente pela garantia de renda mínima conferida pelo BPC.

Por exemplo, no Distrito Federal, de acordo com o Diagnóstico do Desenvolvimento Social do Distrito Federal de 2012¹¹⁶,

A quantidade de idosos e de deficientes inseridos no BPC aumentou continuamente entre os anos de 2007 e 2011. Nesse período, o número de idosos beneficiários passou de 14.983 para 21.257, enquanto o número de deficientes passou de 16.126 para 23.019. Esses dados sugerem que o BPC está cada vez mais alcançando o público ao qual é destinado, seja ele de idosos ou de deficientes.¹¹⁷

Ao mesmo tempo, “É possível observar que, entre 2007 e 2010, o percentual de famílias extremamente pobres diminuiu, passando de 2,71% em 2007 para 1,60% em 2010. [...] Quanto ao percentual de famílias pobres, foi possível verificar também sua diminuição, passando de 6,06% para 3,56% em 2009”¹¹⁸.

¹¹³ BICCA, op. cit., p. 35-36.

¹¹⁴ Idem, p. 37.

¹¹⁵ PNAS, p. 32.

¹¹⁶ CODEPLAN, p. 17.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Idem, p. 18.

Portanto, o impacto das políticas públicas de assistência social na realidade dos necessitados é diretamente proporcional ao crescimento de sua implementação. É através da assistência social que o Estado Social cumpre seu dever de garantir condições mínimas de uma existência humana digna. Robert Alexy, citando o Tribunal Constitucional Federal alemão, numa decisão de 1975, diz:

claro que a assistência aos necessitados é um dos deveres inquestionáveis do Estado Social. Isso necessariamente inclui o auxílio social aos cidadãos que, em virtude de fragilidades físicas ou psíquicas, enfrentam obstáculos para o seu desenvolvimento pessoal e social, e não estão em condições de se sustentar sozinhos. A comunidade estatal tem que lhes garantir no mínimo as condições básicas para uma existência humana digna.¹¹⁹

Importante destacar que, muito embora tenha-se usado como exemplo programas nacionais e distrital de transferência de renda, a assistência social não se resume a isso. Ela visa, de forma muito mais ampla, a proteção social, que é uma forma de lutar contra o desrespeito aos direitos sociais perpetrados pelo sistema econômico capitalista. A bem da verdade, conceder protagonismo somente aos programas de transferência de renda, em detrimento dos serviços sociais básicos tem como consequência o enfraquecimento do Estado, “ao precarizar suas políticas e reduzi-las a ações emergenciais”¹²⁰, além de estigmatizar “seu público-alvo por torna-lo merecedor com base no critério da miséria e por fazer jus a um benefício na contramão do direito”¹²¹.

3.3 A efetividade dos direitos sociais através do fortalecimento da assistência social

A precarização das políticas públicas, notadamente das políticas sociais, está intrinsecamente relacionada à eficácia e à efetividade dos direitos sociais. É por meio das políticas públicas que os direitos sociais se realizam e se efetivam.

Esse estado de precarização, ou pelo menos de incapacidade de atender às expectativas da população, gera uma demanda ao Poder Judiciário, que é obrigado a lidar com questões mais relacionadas à política que ao Direito.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 436.

¹²⁰ PEREIRA, Camila Potyara. As contradições da política de assistência social neoliberal. In **Capitalismo em crise, política social e direitos**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 221.

¹²¹ *Ibidem*.

Como leciona Ingo Sarlet, um aspecto que merece destaque na efetivação dos direitos fundamentais diz respeito às

efetivas dificuldades de proteção e implementação que caracterizam boa parte dos direitos fundamentais da segunda e da terceira dimensões, apontando para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais. [...] Mesmo a realização efetiva dos direitos fundamentais na esfera interna de cada Estado depende, em última análise (naturalmente em maior ou menor escala), deste esforço coletivo, consagrando, também neste campo, a tese da interdependência dos Estados e a inevitável tendência ao reconhecimento da inequívoca e irreversível universalização dos direitos fundamentais e direitos humanos.¹²²

O Judiciário passa, então a ser um local de discussões de questões que a sociedade não consegue resolver. “Ao demandar questões que não se restringem às partes em conflito, o cidadão busca a intervenção judicial, na figura da Corte Constitucional, na aplicação de direitos sociais, que estão expressos na forma de princípios e exigem reformas sociais”¹²³. E esse fenômeno ocorre na medida em que “apregoa-se a atuação do Estado para diminuir a desigualdade e alcançar a igualdade apregoada nos textos legais [e, por consequência], o ambiente sociopolítico é alterado, podendo influenciar a própria atuação do Poder Judiciário, que propicia práticas sociais de emancipação”¹²⁴.

O aumento do espectro de direitos que alcança, nos dias de hoje, até o direito à informática, aliado à incapacidade do poder público de lidar com as demandas geradas pelos direitos reconhecidos, dá voz à sociedade e possibilita a criação de movimentos sociais e de “comunidades políticas falantes e reflexivas sobre si mesmas e não submissas à aleatoriedade das necessidades e conveniências que vêm de fora, por mais compensadoras e admiráveis que sejam”¹²⁵.

Entretanto, não é suficiente. Ainda que seja legítimo o movimento da sociedade civil expresso pela democracia participativa, que é “uma tentativa de disputa pelo significado de determinadas práticas políticas, por uma tentativa de ampliação da

¹²² Op. cit., p. 54-55.

¹²³ XIMENES, Julia Maurmann. A Justiça Constitucional – algumas ponderações jurídicas e políticas. In **Revista de Direito Público**, nº 23, 2008, p. 50.

¹²⁴ Idem, p. 48-49.

¹²⁵ Paoli *apud* Ximenes, op. cit., p. 56.

gramática social e de incorporação de novos atores ou de novos temas à política”¹²⁶, permanece a demanda de ação por parte do poder público, que vem desde a Revolução Francesa com a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789¹²⁷.

Assim, mostra-se legítima a demanda por justiça social frente ao Estado. Com efeito, a CF/88 proporcionou o aumento da demanda da população por justiça social.

Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzindo novas ações e ampliando a legitimação ativa para tutela de interesses.¹²⁸

Ainda assim, apesar de todo o avanço trazido pela CF/88,

A vida, a dignidade da pessoa humana, as liberdades mais elementares continuam sendo espezinhadas, mesmo que disponhamos, ao menos no direito pátrio, de todo um arcabouço de instrumentos jurídico-processuais e garantias constitucionais. [...] Não é à toa que se rememore constantemente que ao mesmo tempo em que boa parte dos direitos fundamentais já largamente consagrados encontrem-se longe de uma implementação universal e satisfatória, novas e complexas situações e desafios reclamam um enfrentamento adequado, sem que sejam abandonados os esteios do Estado Democrático de Direito.¹²⁹

Nesse ponto reside o problema, pois a ordem constitucional reconhece a legitimidade da luta por direitos; o texto constitucional possibilita o exercício da cidadania, a criação de novos direitos e a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais; o Poder Judiciário se manifesta no que se convencionou chamar de judicialização da política, mas ainda se observa uma deficiência na realização dos direitos

¹²⁶ Santos; Avritzer *apud* Ximenes, op. cit., p. 55.

¹²⁷ Acerca da influência da Revolução Francesa na luta por direitos nos dias de hoje, cabe lembrar o reconhecimento da importância daquele momento histórico até mesmo por quem lhe era contrário. Por exemplo, Tocqueville (*apud* Bobbio, 2004, p. 118) disse que “o tempo em que foi concebida a Declaração foi o tempo de juvenil entusiasmo, de orgulho, de paixões generosas e sinceras, tempo do qual, apesar de todos os erros, os homens iriam conservar eterna memória e que, por muito tempo ainda, perturbará o sono dos que querem subjugar ou corromper os homens.”

¹²⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.384.

¹²⁹ Sarlet, op. cit. p. 55.

fundamentais, incluindo-se os direitos sociais. Abordando essa temática, Canotilho expõe os *standards* de realização dos direitos.

Quem ouse olhar para a discussão em torno da efectivação e realização dos direitos fundamentais, facilmente verificará que a doutrina, a jurisprudência, as organizações internacionais e as organizações não governamentais elegem reiteradamente a técnica dos *standards* de direitos humanos como instrumento de razoável operacionalidade prática na complexa questão da efectividade dos direitos.¹³⁰

Segundo o autor, a ideia de *standards* “trata-se de uma medida de responsabilidade que vincula os participantes numa relação obrigacional a comportamentos socialmente típicos”¹³¹. Importa observar que, no âmbito do direito internacional, a utilização dos *standards* “concebe-os como um complexo combinatório de normas juridicamente vinculativas, de carácter cogente, programático ou indicador de fins, com normas de outra natureza, muitas vezes desprovidas de conteúdo imperativo, mas com grande força ética”¹³². Ele conclui dizendo que

é pela via dos *standards* que o sistema de direitos, liberdades e garantias pode ser densificado (ex.: *standards* quanto à representação de sexos, *standards* quanto à liberdade de profissão, *standards* quanto ao direito de asilo) nos casos em que se coloca com acuidade o problema de medidas (mínimas, máximas, razoáveis) de concretização.¹³³

Ora, identificados os *standards* dos direitos sociais, observa-se que sua efetivação (ou concretização) é tributária das políticas de assistência, pois são elas que instrumentalizam o titular da cidadania no exercício de seus direitos.

É pela assistência social, como direito e política pública, que o Estado pode proporcionar o acesso a bens e serviços aos socialmente excluídos, a participação social, estimular o fortalecimento dos vínculos familiares do apoio comunitário e, inclusive, do meio ambiente sustentável. Nessas práticas estão a realização e a possibilidade de efetividade dos direitos sociais.

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 154.

¹³¹ *Idem*, p. 155.

¹³² *Idem*, p. 156.

¹³³ *Idem*, p. 157.

Relacionando-se a política de assistência social aos *standards* dos direitos fundamentais, nota-se que ela própria pode ser um *standard* de realização dos direitos sociais e, se fortalecida, pode conferir às normas programáticas de direitos sociais o aspecto cogente necessário, ainda que somente ético e não imperativo.

Ainda, segundo Walquiria Leão Rego, “os direitos sociais são decisivos para dotar as pessoas de capacitação mínima para a constituição de sujeitos políticos demandantes de recursos públicos para atender às várias necessidades da vida”.¹³⁴ Nesse sentido, a realização dos direitos sociais está intimamente relacionada à capacitação mínima. Inclusive, essa ideia está presente no PBF, através das condicionalidades, que visam justamente garantir ou perseguir a capacitação dos sujeitos, dinâmica que acontece justamente na execução de uma política de assistência social.

Portanto, o fortalecimento da assistência social, no sentido de ser uma política de proteção social, o que está além de ser somente uma política de transferência de renda, através da estruturação de suas instituições (com destinação de recursos ou capacitação de pessoal), é um instrumento capaz de conferir efetividade aos direitos sociais, que também é mais que a eficácia normativa, diz respeito à concreta realização de direitos pelo poder público.

¹³⁴ Aspectos Teóricos das Políticas de Cidadania: uma aproximação ao Bolsa Família. In **Lua Nova** (73), São Paulo, 2008, p. 170.

CONCLUSÃO

Os direitos sociais integram os direitos fundamentais e são definidos como direitos de prestação por exigirem uma postura ativa do Estado para sua observância. O que ocorreu primeiro foi que as pessoas demandaram do Estado que se abstinhasse de interferir em suas vidas, garantindo-lhes mais liberdade. Disso, surgiram os direitos fundamentais de primeira geração, direitos de liberdade perante o Estado. Contudo, percebeu-se que liberdade não era o suficiente, era necessário demandar do Estado que agisse contra a desigualdade social. A partir daí “o Estado passou a assumir um papel ativo de redefinição social, com vistas a prosseguir o ideal de integração nacional que também lhe compete. O Estado de direito descobriu que lhe é essencial a busca da justiça social”¹³⁵.

Nesse contexto, surgem os chamados direitos sociais. Ao longo dos anos, a forma de o Estado garantir os direitos sociais passou por mudanças, sempre envolvendo conflitos e lutas pelos direitos. Os direitos sociais sempre se mostraram controversos, no sentido de se definir qual o limite de intervenção do Estado e de como garanti-los concretamente. É nesse campo que se insere a discussão sobre a eficácia dos direitos sociais, que está relacionada à eficácia das normas definidoras desses direitos. A Constituição de 1988, buscando garantir a eficácia dos direitos fundamentais, não somente sociais, normatizou que as normas constitucionais relacionadas têm aplicabilidade imediata.

Entretanto, verifica-se que a eficácia normativa não tem sido suficiente para que os cidadãos alcancem a realização concreta de seus direitos sociais. Por isso, torna-se necessário pensar sobre a efetividade dos direitos, que é justamente a sua eficácia de forma concreta, palpável. Nesse sentido, desenvolveu-se o modelo de proteção social.

Hoje, em detrimento do modelo anteriormente praticado, baseado no assistencialismo, o Brasil adota o modelo de seguridade social, no qual estão inseridos a saúde, a previdência e a assistência. Esta última é direcionada aos necessitados, sendo ela precipuamente voltada à garantia das necessidades básicas através da proteção social. Porém, a assistência social já foi somente uma atitude assistencialista privada, de modo

¹³⁵ MENDES; BRANCO, op. cit. p. 56.

que através da Constituição de 1988 é que ela consolidou seu *status* de política pública, que se expressa de diversas formas, desde políticas de transferência de renda até políticas de acolhimento para pessoas em situação de risco social, que é uma situação de vulnerabilidade de alta complexidade.

Para a execução das políticas públicas de assistência, existe o Sistema Único de Assistência Social, composto de órgãos e instituições. Sendo a assistência social um direito e uma política pública, ela se revela como um instrumento capaz de conferir efetividade aos direitos sociais, na medida em que sua execução visa a proteção social contra a desigualdade e a vulnerabilidade e capacita o cidadão para que ele tenha acesso a outros direitos e tenha condições de demandar do Estado não somente direitos de prestação, mas todos os seus direitos fundamentais, inclusive os novos direitos, que alguns autores chamam de direitos de quinta geração.

Diante disso, através do fortalecimento da assistência social, é possível conferir efetividade aos direitos sociais, no sentido de realização concreta, ou, pelo menos, garantir o exercício dos direitos pelos sujeitos que são seus titulares. Nesse sentido é que a assistência social pode ser categorizada como um *standard* de realização de direitos sociais, nos termos apontados por Canotilho e se torna hábil a contribuir para a construção da cidadania universal, que está além das cidadanias invertida e regulada.

Em uma sociedade como a brasileira, marcada pela desigualdade social, em que regiões mais abastardas podem ter índice zero de pobreza (*e. g.* Região Administrativa XVI do DF – Lago Sul) e outras podem ter mais da metade da população dentro do perfil de vulnerabilidade econômica e social (*e. g.* Região Administrativa XXV do DF – SCIA/Estrutural), conforme pesquisa da CODEPLAN realizada no Distrito Federal em 2012, as políticas de assistência social assumem papel relevante. Entre seus instrumentos está a transferência de renda que tem o potencial de reduzir o índice de pobreza, conforme apontado pela mesma pesquisa ao se referir especificamente ao PBF (que observou a redução pela metade do índice de famílias pobres no período de dois anos), e possibilitar às pessoas vulneráveis o acesso ao exercício da cidadania e a realização de seu potencial de serem sujeitos de direitos.

Observa-se, portanto, que o fortalecimento da assistência social é medida capaz de contribuir para a efetividade dos direitos sociais, indo além da eficácia normativa e

alterando significativamente a realidade de desigualdade e exclusão social ainda observada na sociedade contemporânea. Para isso, as políticas de assistência social precisam ser prioridade dos governos independentemente de posição ideológica, principalmente com a priorização na alocação de recursos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *In Revista Internacional de Direitos Humanos*, Ano 2, Número 2, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BICCA, Carolina Scherer. **O “Ativismo Judicial” no Controle das Políticas Públicas: O caso da Assistência Social no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BOSCHETTI, Ivanete. **As Políticas de Seguridade Social: Assistência Social**. In: ABEPSS/CFESS/CEAD-UnB. (Org.). *Política Social*. 1 ed. Brasília: ABEPSS/CFESS/UnB-CEAD, 2000, v. 3, p. 138-152.
- _____. **Assistência Social no Brasil: um Direito entre Originalidade e Conservadorismo**. 2. ed. Brasília: GESST/SER/UnB, 2003. v. 1.
- _____. **Seguridade Social: a armadilha dos Conceitos**. 2004. Texto preparado originalmente como item do projeto de pesquisa intitulado “A Seguridade Social Dilapidada: Elementos Determinantes de sua Fragmentação no Brasil”, apresentado ao CNPq em julho de 2002. Material didático para a disciplina Seguridade Social I – Previdência e Assistência. Brasília, SER/UnB. Disponível em: <http://vsites.unb.br/ih/dss/gesst/seguridade.pdf>. Acessado em 15 de junho de 2011.
- BRASIL. **Constituição** Política do Império do Brasil, 1824.
- _____. **Constituição** dos Estados Unidos do Brasil, 1946.
- _____. **Constituição** da República Federativa do Brasil, 1988.
- _____. Lei Orgânica de Assistência Social. **Lei 8.742**, de 07 de dezembro 1993.
- _____. BRASIL. Política Nacional de Assistência Social. **Resolução 145**, de 15 de outubro de 2004. Brasília-DF, p. 31-36.

- BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Portugal: Almedina, 2003.
- _____. **Estudo sobre direitos fundamentais**. 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.
- CODEPLAN. **Diagnóstico do Desenvolvimento Social do Distrito Federal**. Brasília, 2012.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. ConJur, São Paulo, abr. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>. Acesso em 12 de abril de 2015.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Política de Assistência Social: Origens, Situação Atual e Perspectivas**. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaeAdolescentes/tabid/77/ConteudoId/18ce4951-6473-432a-8c60-6d07ca192204/Default.aspx>. Acessado em 20 de junho de 2011.
- COUTO, B. R. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível?** 4. ed. São Paulo: Cortez, 2010. v. 1.
- DAGNINO, Evelina. **Sociedade civil, espaços públicos e construção democrática no Brasil: limites e possibilidades**. In: DAGNINO, Evelina (Org.). *Sociedade Civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- DISTRITO FEDERAL. Lei 4.601...
- DURIGUETTO, Maria Lúcia. **Sociedade Civil e Democracia: Um debate necessário**. In: *Libertas, Juiz de Fora*, v. 8, n.2, p. 83-94, jul-dez, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FLEURY, Sonia. Por uma sociedade sem excluídos(as). **Observatório da Cidadania**, s.l. p. 76-80, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NEVES, Angela Vieira. **Cultura Política e Democracia Participativa**. Ed. Gramma, 2008.

OLIVEIRA, Priscila N. **Democracia e Participação: um estudo sobre o Orçamento Participativo no Distrito Federal**. Dissertação (Mestrado em Política Social – Universidade de Brasília, 2015).

PEREIRA, Camila Potyara. **Rua sem saída: um estudo sobre a relação entre o Estado e a população de rua de Brasília**. Brasília: Ícone, 2009.

_____. As contradições da política de assistência social neoliberal. In **Capitalismo em crise, política social e direitos**. São Paulo: Cortez, 2010.

PEREIRA, Potyara A. P. **Política Social: temas e questões**. São Paulo: Cortez, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. 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.

REGO, Walquiria Leão. Aspectos Teóricos das Políticas de Cidadania: uma aproximação ao Bolsa Família. In **Lua Nova** (73), São Paulo, 2008.

SADER, Eder. **Quando novos personagens entram em cena**. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

XIMENES, Julia Maurmann. A Justiça Constitucional – algumas ponderações jurídicas e políticas. In **Revista de Direito Público**, nº 23, 2008.

_____. (org.). **Judicialização da Política e Democracia**. Brasília: IDP, 2014.

_____. Direitos sociais e campo jurídico – sujeitos de “direitos” e não de “necessidades”. In **Judicialização dos Direitos Sociais e seu impacto na Democracia**. Brasília: IDP, 2014.