

**MÍNIMO EXISTENCIAL E NECESSIDADES HUMANAS NA
FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**
*MINIMUM EXISTENTIAL MINIMUM AND HUMAN NECESSITIES IN THE
FOUNDATION OF SOCIAL RIGHTS*

Dimas Pereira Duarte Junior

Doutor em Ciências Sociais: Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal de Goiás - UFG. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Goiás. Professor e Pesquisador do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes – UNIT, Sergipe (Brasil).

E-mail: duartejr1@msn.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1323698773910524>.

Submissão: 24.08.2018.

Aprovação: 03.04.2019.

RESUMO

A justificativa normalmente utilizada pelos países que ainda insistem em retardar os investimentos na área social é que no atual cenário econômico mundial há uma limitação de recursos públicos a ser observada, a denominada “reserva do possível”, sobretudo em nome do equilíbrio das contas públicas. O que se pretende no presente estudo é contrapor a ideia do “mínimo existencial” como orientador das políticas públicas em matéria social à ideia de necessidades humanas, defendida na literatura estrangeira por Len Doyal e Ian Gough (1991), e no Brasil por Potyara Pereira (2000), de modo a demonstrar a influência do constitucionalismo global e da reserva do financeiramente possível, como justificativa para a falta de investimento nos direitos sociais em países em desenvolvimento com ênfase na realidade brasileira. As questões que se propõe enfrentar são: uma vez afirmado um direito social, mesmo sob o prisma infra-constitucional, teria o legislador o poder discricionário para revoga-lo ou contingenciá-lo? Em tempos de alegada crise econômica justifica-se a opção pelo retrocesso em matéria de direitos sociais? Por fim, parte-se da premissa que tal escolha no âmbito das políticas públicas, além de afrontar o princípio constitucional da dignidade humana, tem contribuído em larga medida para a reprodução das condições que alimentam e retroalimentam o ciclo da pobreza.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Sociais. Mínimo existencial. Necessidades humanas.

ABSTRACT

The justification normally used by countries that still insist on slowing investments in the social area is that in the current world economic scenario there is a limitation of public resources to be observed, the so-called "reserve of the possible", especially in the name of balance of public accounts. The aim of the present study is to counter the idea of the "existential minimum" as a guideline of public policies in social matters to the idea of human needs, defended in foreign literature by Len Doyal and Ian Gough (1991), and in Brazil by Potyara Pereira (2000), in order to demonstrate the influence of global constitutionalism and the reserve of the financially possible, as justification for the lack of investment in social

rights in developing countries with an emphasis on the Brazilian reality. The questions he proposes to address are: once a social right has been affirmed, even under the infra-constitutional prism, would the legislator have the discretionary power to revoke it or to restrain it? In times of alleged economic crisis is the choice to retreat in terms of social rights justified? Finally, it is based on the premise that such a choice in the context of public policies, in addition to confronting the constitutional principle of human dignity, has contributed to a large extent to the reproduction of the conditions that feed and feed the cycle of poverty.

KEYWORDS: *Social Rights. Existential minimum. Human needs.*

INTRODUÇÃO

A tônica dos direitos econômicos, sociais e culturais, como instrumento de emancipação social tem ocupado a centralidade da cena dos debates acadêmicos acerca dos discursos sobre sua eficácia e realizabilidade. Amartya Sen (2010), alerta para o fato de que muitos países ditos em desenvolvimento conseguiram vencer as amarras do atraso, da pobreza, da miséria e da exclusão social com investimentos na área social. Outros, no entanto, mesmo sabedores dos efeitos nefastos da globalização econômica têm preferido a retórica da resistência à ampliação dos direitos sociais tanto em nível conceitual, quanto substantivo e procedimental. A justificativa normalmente utilizada é que no atual cenário econômico mundial há uma limitação de recursos públicos a ser observada, a denominada “reserva do possível”, sobretudo em nome do equilíbrio das contas públicas.

O que se pretende no presente estudo é contrapor a ideia do “mínimo existencial” e da “reserva do possível” como orientadores das políticas públicas em matéria social à ideia de necessidades humanas, defendida na literatura estrangeira por Len Doyal e Ian Gough (1991), e no Brasil por Potyara Pereira (2000), de modo a demonstrar a influência do constitucionalismo global, na construção do discurso que justifica a falta de investimento em direitos sociais na ausência de meios econômicos para a sua realizabilidade.

As questões que se propõe enfrentar são: uma vez afirmado um direito social, mesmo sob o prisma infra-constitucional, teria o legislador o poder discricionário para revoga-lo ou contingenciá-lo? Em tempos de alegada crise econômica, justifica-se a opção pelo retrocesso em matéria de direitos sociais?

Para tanto, parte-se da premissa que tal escolha no âmbito das políticas públicas, além de afrontar o princípio constitucional da dignidade humana, tem contribuído em larga medida para a reprodução das condições que alimentam e retroalimentam o ciclo da pobreza enquanto produto da estrutura social brasileira.

No desenvolvimento do texto pretende-se, primeiramente, remontar o estado da arte dos direitos do homem de modo a compreendê-los sob o impacto de dois dilemas que permeiam seu ideário desde a sua concepção até os dias de hoje. O primeiro deles diz respeito à superação do debate entre constitucionalismo e internacionalismo presente no processo de afirmação dos direitos humanos de modo genérico. O segundo dilema, que tangencia especificamente com os direitos humanos de ordem econômica, social e cultural, é aquele que versa sobre sua própria natureza: mínimos sociais *versus* necessidades básicas. Em seguida parte para a análise do caráter vinculatório e condicional das políticas públicas para enfrentamento das mazelas sociais no país. Por fim, partindo da análise das posições dos Poderes juridicamente constituídos, sobretudo na última década, busca-se compreender a retórica da resistência e da realizabilidade dos direitos sociais no Brasil, ancorada nos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial.

1 DIREITOS SOCIAIS COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO HUMANA

Nos dizeres de Hannah Arendt a transformação dos direitos do Homem nos direitos dos *sans coulottes*, tais como vestuário, alimentação e reprodução da sua espécie, foi o ponto de mudança de rumo, não apenas da Revolução Francesa, considerada o grande marco histórico dos Direitos Humanos, mas também de todas as revoluções que haveriam de se seguir.

A realidade que corresponde a esse imaginário moderno é aquilo que, desde o século XVIII, veio a ser chamado de questão social, ou seja, a existência da pobreza, tida não só como privação, mas, sobretudo, como estado de constância carência e aguda miséria, cuja ignomínia consiste em sua força desumanizadora, porque submete os homens ao domínio absoluto de seus próprios corpos, isto é, ao império absoluto da necessidade (ARENDR, 1988, p.48).

No entanto, mais de meio século decorreu antes que a concepção de Direitos Humanos passasse a abarcar também a questão social e a abdicação da liberdade em face dos ditames das necessidades humanas encontrasse seu teórico, Karl Marx.

Marx já concluía que a liberdade e a pobreza são incompatíveis, pois esta é consequência da exploração por uma classe dominante, que detém a posse dos meios da violência. Logo, que a pobreza é um fenômeno político e não natural, uma consequência mais da violência e da violação do que da escassez.

MÍNIMO EXISTENCIAL E NECESSIDADES HUMANAS NA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Nesse sentido, a condição de miséria, por sua própria definição, nunca poderia engendrar “gente de espírito livre”, porque é a condição de sujeição à necessidade.

Ao tratar da questão social em termos políticos e interpretar o estado de pobreza como incluído nas categorias de opressão e exploração, Marx não só enxergou a violência humana e a opressão do homem pelo homem como leis implacáveis da necessidade histórica como também equiparou a necessidade aos impulsos compulsivos do processo vital, enfatizando que a vida é o bem maior, e que o processo vital da sociedade é o próprio centro do esforço humano.

Ancorado na premissa marxista de que a pobreza é produto da opressão e da exploração históricas do homem pelo homem, de que decorre, em larga escala da violência e da negação da própria dignidade humana, o que se constata é que os direitos sociais, da forma como foram preceituados, quer sejam no seio do Estado-nação, quer seja no âmbito internacional, refletem, assim como todos os códigos, mais tentativas de domesticação, obediência e subserviência do que de civilização, de pacificação e emancipação do indivíduo, não enquanto súdito nem cidadão, mas como membro da espécie humana.

Ainda, que a promessa da modernidade de trilhar a emancipação do indivíduo por meio dos direitos e, mais especificamente por meio dos direitos sociais contenha muito mais nuances ensejadoras de uma dominação brutal do que propriamente de liberação, vez que, conforme afirma Deleuze e Guattari, não foram capazes de promover senão o alisamento do espaço social e uma rigorosa hipersegmentação; linhas de fuga que revertem-se frequentemente em linhas de destruição, tendendo assim a alimentar e retroalimentar cada vez mais novas formas de violência, dominação e domesticação do homem pelo homem, traduzidas em pobreza, miséria e demais formas de violência a que o indivíduo é submetido em face de um mundo desterritorializado.

Se por um lado o ideário moderno fundamentador dos direitos sociais lança-os no campo da política, por certo a sociedade global, despreendida da tríade povo-território-soberania, portanto, desterritorializada, se depara com um cenário bastante mais complexo do que aquele que instituiu o Estado moderno.

Desterritorializar, nesse sentido, pressupõe reterritorializar. No entanto, nos dizeres de Deleuze e Guattari, essa reterritorialização não deve ser confundida “com o retorno a uma territorialidade primitiva ou mais antiga: ela implica necessariamente um conjunto de artifícios pelos quais um elemento, ele mesmo desterritorializado, serve de territorialidade nova ao outro que também perdeu a sua” (DELEUZE; GUATTARI, 1996, p.41).

MÍNIMO EXISTENCIAL E NECESSIDADES HUMANAS NA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Ora, se a questão social não pode mais ser compreendida em toda a sua complexidade sob a égide do político, tampouco também o pode por meio de seus próprios atributos. Compreender a questão social hoje nos demanda novas categorias de análise diferentes daquelas invocadas para sustentar o Estado-nação.

O fato é que a questão social num mundo desterritorializado repercute para além das fronteiras dos Estados. Em um mundo cada vez mais fragmentado os pobres não têm mais nacionalidade, logo nenhuma ação local, nenhum aparato de Estado, por si mesmos, se mostram como ferramentas aptas a dar conta da questão social. Se o capital não tem pátria em tempos de globalização, os pobres também não. Se o Estado se mostra incapaz de gerir os novos fluxos econômicos, também se mostra incapaz de resolver a questão social que, enquanto produto histórico, encontra nas formas contemporâneas de organização societária todas as condições necessárias para sua reprodução, sob novas denominações e também com novas repercussões.

A afirmação de Norberto Bobbio (2002, p. 24) de que o problema dos direitos humanos não é mais filosófico, mas jurídico-político e, ainda, que não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são históricos, absolutos ou relativos, mas sim o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar, das solenes declarações, eles sejam continuamente violados, além de não se mostrar como uma saída satisfatória para o dilema em tela, acaba por acentuar ainda mais as discrepâncias e intolerâncias decorrentes do discurso do universalismo e do relativismo que abarca a questão social.

Os discursos discrepantes, ainda existentes, entre constitucionalistas e internacionalistas ainda se apresentam como grandes e importantes entraves na busca pela garantia dos direitos humanos enquanto parâmetros satisfatórios de políticas necessárias não só à sobrevivência da humanidade, mas também, ao tratamento digno do indivíduo enquanto membro desta coletividade.

Se o discurso se mostra atravancado ainda no plano conceitual, como enfrentar o dilema existente, na prática, entre Estados, sociedade e comunidades nacionais e internacionais traduzidos em intolerância, discriminação e exclusão social? Este tem se apresentado como um dos grandes dilemas a serem levados à cabo pelos teóricos dos direitos sociais no empreendimento da busca de sua realizabilidade.

Conforme afirma Boaventura de Sousa Santos (2003), um diálogo que permita reconhecer de fato nos direitos sociais alguma premissa que seja capaz de mostrá-los como verdadeiros instrumento de emancipação e somente de satisfação imediata e rasa das

necessidades humanas guiadas pelo ideário do mínimo existencial e da disponibilidade de recursos para sua implementação.

2 O DILEMA DO MÍNIMO EXISTENCIAL *VERSUS* NECESSIDADES BÁSICAS

O dilema que tem acompanhado o processo de afirmação dos direitos do homem, recorrentemente é lembrado como fruto do desenvolvimento do sistema de produção capitalista, no entanto, sua gênese pode ser observada, assim como os primeiros instrumentos que marcam esse processo, ainda de forma embrionária, em todos os momentos da história remota e recente dos direitos do homem.

Pereira (2000), nesse sentido, afirma que a ideia de mínimos sociais ou existenciais “é uma medida antiga, que transcende as fronteiras nacionais e excede os limites das sociedades tipicamente mercantis” (p. 15) e, ainda, que:

Fruto secular das sociedades divididas em classes – sejam elas escravistas, feudais ou capitalistas –, a provisão de mínimos sociais, como mínimos de subsistência, sempre fez parte da pauta de regulações desses diferentes modos de produção, assumindo preponderantemente a forma de uma resposta isolada e emergencial aos efeitos da pobreza extrema. (PEREIRA, 2000, p. 15).

É essa a roupagem de mínimo de subsistência, primeiramente na forma de busca por um lugar no cenário político e posteriormente na busca de meios de sobrevivência, que os direitos humanos assumem, mais precisamente na modernidade, quando o constitucionalismo de direitos passa a tratar a questão social como um problema político.

O dilema assim apresentado pode parecer de ordem meramente semântica, mas na verdade ele adentra em questões conceituais, políticas e estratégicas trazendo imbricações para o próprio conceito de dignidade humana.

Se o mínimo, conforme afirma Pereira (2000, p. 26), apresenta a conotação de “menor, de menos, em sua acepção mais íntima, identificada com patamares de satisfação de necessidades que beiram a desproteção social”, o básico não. O básico, nesse contexto, expressa algo fundamental, principal, primordial, que serve de base para a sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta, ou seja, enquanto o mínimo nega, o básico prepara o terreno para impulsionar a satisfação básica de necessidades rumo ao ótimo, por conseguinte, rumo à construção de uma concepção de direitos mais próxima do conceito dignidade humana.

O enfrentamento das concepções de mínimo existencial e necessidades básicas, sob a óptica universalista dos direitos humanos deixa evidente que uma visão, no mínimo oblíqua, se estabelece quando os direitos do homem são postos sob o confronto entre necessidades humanas e necessidades biológicas.

No que tange aos direitos sociais isso se mostra ainda mais claro quando se vislumbra, no pós-guerra que a noção de mínimos sociais passa, de forma aberta, a prevalecer sobre a noção de necessidades básicas como pressuposto para o alcance de padrões ótimos não só de sobrevivência, mas também, de reconhecimento do homem como verdadeiro sujeito de direito tanto no plano interno quanto no plano internacional.

O que se vislumbra, portanto, da normativa tanto constitucional quanto internacional de proteção dos direitos sociais, construída tanto nos períodos que antecederam a Segunda Guerra quanto nos momentos que a sucederam, é que os instrumentos enunciadores dos ditos direitos se furtaram a enfrentá-los sob a óptica do caráter da otimização da satisfação de necessidades humanas básicas, restringindo a enunciar direitos capazes de prover as necessidades biológicas de um ser vivente e não as de um ser humano considerado na sua totalidade, restando evidenciado a primazia da dimensão natural sobre a dimensão social e humana na especificação de direitos, comprometendo, por conseguinte, a própria definição objetiva e universal dos direitos humanos, mais especificamente aqueles destinados às parcelas menos favorecidas dentro de uma sociedade estruturada em classes.

Do que se depreende que, para uma concepção verdadeiramente universal, interdependente, inter-relacionada e indivisível de direitos humanos, tal como a preceituada pela Declaração e Plano de Ação de Viena de 1993, necessário se faz trazer à tona, no plano das relações internacionais, o debate sobre a real fundamentação dos direitos humanos.

Enquanto compreendidos como mínimos sociais ou existenciais, a serem realizados de acordo com os recursos disponíveis, desvincilhados da premissa máxima da necessidade de uma robusta cooperação internacional, os direitos sociais não passarão de uma armadilha da pobreza e não como máxima a orientar sua formulação e materialização como necessidades básicas, a alcançarem padrões ótimos de modo a corroborar a realização da tão almejada dignidade humana por meio do reconhecimento, por completo, do homem como sujeito de direito, e dos direitos econômicos, sociais e culturais não como benesses ou favores concebidos e concedidos por práticas políticas relativistas e seletivas, mas como verdadeiros direitos capazes de lançar o homem como detentor do direito de participar e usufruir de toda a herança social.

MÍNIMO EXISTENCIAL E NECESSIDADES HUMANAS NA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

À luz desses dois dilemas que passamos a buscar uma reconstrução histórica-social do ideário fundamentador dos direitos humanos, tanto no plano constitucional como no plano internacional para, então, compreendê-los como ponto de partida e não de chegada da sociedade contemporânea rumo a sua consagração, ao menos do ponto de vista formal-regulatório, como verdadeiros direitos capazes de orientar práticas políticas ótimas e não mínimas no que concerne ao modo como o ser humano vem a ser tratado pela instituição estatal no século XXI.

Enquanto pautadas na ideia de mínimos existenciais, as práticas políticas destinadas a atacar a questão social não conseguiram atingir outro objetivo senão o de negar, segregar, excluir e contribuir cada vez mais para a produção e reprodução da pobreza e da miséria que assola parcelas crescentes da sociedade contemporânea.

Longe de ser meramente mais uma fórmula de externar preferências particulares disseminadas na sociedade capitalista graças ao avanço da inovação industrial, do progresso técnico e da comunicação de massa, cuja satisfação só poderá ser provida pelo mercado, a ideia das necessidades humanas básicas enquanto parâmetro orientador da formulação e implementação de políticas públicas desborda os limites estreitos da noção de sobrevivência. (PEREIRA, 2013)

Para Doyal e Gough (1991), a ideia de vida ou de direito à vida só poderá ser tomada por um significado amplo que envolva, para além da preservação e garantia de sua continuidade material, fatores relativos ao seu pertencimento no espaço social; ou seja: em tudo aquilo que confira à vida um sentido de participação e de preenchimento adequado de requerimentos segundo os quais todos possam agir no sentido de transformar a realidade de modo a aproximá-la escrupulosamente de uma existência exitosa (GOUGH, 2003).

Corroborando esse entendimento, Pereira (2013) afirma que:

A assunção dessa compreensão pressupõe o reconhecimento de que existem necessidades humanas que, além de objetivas, são universais. Objetivas, porque a sua especificação teórica e empírica não se baseia em preferências individuais e subjetivas; e universais, porque, a concepção de sérios prejuízos decorrentes de sua não-satisfação, ou satisfação inadequada, é a mesma para todos em qualquer cultura. [...] O entendimento aqui prevalecente sobre o que sejam necessidades humanas básicas é o de que as mesmas são pre-condições universais para a participação social ou a libertação de homens e mulheres das necessidades. Estas precondições são identificadas como saúde física e autonomia. A saúde física é essencial para alguém viver, ser capaz de agir e de participar socialmente (PEREIRA, 2013, p. 54).

Essa medida ou entendimento é que irá conferir aos direitos sociais o *status* de instrumento de emancipação social e de exercício da autonomia crítica e autodeterminação

sempre passíveis de expansão para toda a sociedade, pois, uma vez guiado por parâmetros ótimos e não mínimos como amplamente difundidos e defendidos pela vertente neoliberal, sobretudo em momentos de “crise econômica”, é que poderão exercer influência determinante no pleno desenvolvimento dos cidadãos, rompendo com a máxima de que políticas sociais são caridade, benevolência ou meras promessas constitucionais focalizadas na pobreza, na subjetividade do direito, na condicionalidade do sujeito, admitindo prerrogativas e contrapartidas, na subsidiariedade e complementariedade e na sujeição do interessado a testes para comprovação de pobreza.

3 OS DIREITOS SOCIAIS NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Sob o prisma constitucional brasileiro, o que se observa é que todas as Constituições brasileiras sempre se viram influenciadas por uma ou por outra pressão exógena. A verdade é que muito pouco do que preceituaram as Constituições passadas e o que se encontra expresso Carta de 1988 pode ser considerado como fruto de lutas internas, quer sejam de classes, quer sejam políticas.

Se analisarmos as Constituições de 1824 e 1891 perceberemos que foram de caráter iminente liberais pois retrataram linearmente o absentismo característico do século XIX, ao passo que na de 1934 e seguintes forte e nítido é o viés social, restando evidenciada a tentativa de, ao tutelar direitos sociais, se instalasse o primado da sociedade sobre o Estado.

De fato, nem uma, nem outra das situações acima descritas podem ser tomadas em seu sentido puro, pois, quando assinalava que o Estado não deveria intervir, interveio; e quando assinalou que o Estado deveria intervir, não interveio, ou o fez de forma inadvertida.

No entanto, a Carta de 1988 é a que melhor representa o modelo intervencionista, sobretudo no campo do social e do econômico. Considerada como o marco da transição democrática brasileira, a Constituição de 1988 recepcionou boa parte dos preceitos jurídicos constantes dos Pactos e Tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é parte.

No que concerne aos direitos sociais além de afirmar no artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, seguem-se uma série de normas programáticas que fixam os deveres do Estado em favor do cidadão.

Porém, apesar de bem representar o modelo do *welfare-state*, cumpre-nos salientar que a regulação e a institucionalização dos direitos a ele pertinentes, no caso brasileiro, não

representou, obviamente, sua realização. O abstrato, ou seja, o que se encontra explicitado na lei, está longe de se coadunar com o concreto.

Considerando o fato de que as ordens jurídicas internas dos Estados-nação pós-segunda guerra foram fortemente influenciadas por fatores exógenos, o que se constata é que, se a ordem internacional, onde se encontram inseridas as matrizes dos direitos econômicos, sociais e culturais – ao menos para os países periféricos - se vê envolta em crise em face da ausência de mecanismos garantidores de sua realizabilidade, diferente não poderia ser no interior desses Estados-nação.

Contrapondo a isso os recentes dados sobre a situação social mundial que retratam o crescente aumento da pobreza, da miséria, da concentração de renda e, conseqüentemente, da exclusão social, o que se constata é que a crise em que se encontram embrenhados os Estados-nação de uma maneira geral, não se restringe a uma crise de caráter unicamente operacional, mas também regulatória.

Em recente publicação, o próprio Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em conjunto com o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre países da América Latina e Caribe, ao analisar a situação dos referidos direitos no Brasil, foi enfático em afirmar que apesar da existência de disposições constitucionais e legislativas e de procedimentos administrativos para aplicar os direitos consagrados no Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, não existem medidas nem recursos judiciais ou de outro tipo eficazes para garantir o exercício desses direitos, sobretudo no caso de grupos menos favorecidos e marginalizados.

Retrato disso pode ser visualizado nos dados da Pesquisa por amostra de domicílio (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no ano de 2017, que consta, dentre outras questões, que 43% da massa de rendimentos está concentrada nas mãos de 10% da população, enquanto, 0,7% desta mesma massa de rendimentos está concentrada nas mãos de idêntico percentual da população; 1% da população brasileira como os maiores rendimentos recebem valores 36,1 vezes maior que o rendimento médio dos 50% da população com menores rendimentos, ressaltando-se ainda que essa razão sobre para 44,9 vezes na região nordeste do país; e que mesmo diante desse cenário de perpetuação da desigualdade os programas de redistribuição de renda, como o bolsa família recuaram de 14,3% em 2016 para 13,7% em 2017 (IBGE, 2017).

4 DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Os direitos sociais, historicamente, podem ser compreendidos como aqueles direitos que, segundo Paul Singer, são destinados àquela classe social composta, não por aqueles que não necessitam exercer atividade remunerada para assegurar a satisfação de suas necessidades e das de seus dependentes pelo fato de serem proprietários e capitalistas, mas sim por aqueles “que por não terem tais posses subsistem com os ganhos do exercício de atividade remunerada” (SINGER, 2003, p.191).

Segundo ainda Singer,

Só membros da classe trabalhadora são sujeitos dos direitos sociais. Esses direitos só se aplicam àqueles cuja situação torna necessário o seu uso. São, nesse sentido, direitos condicionais: vigem apenas para quem depende deles para ter acesso a parcela da renda social, condição muitas vezes fundamental para sua sobrevivência física e social – e, portanto, para o exercício dos demais direitos humanos. (SINGER, 2003, p. 191).

O processo de afirmação e jurisdicização, portanto, dos direitos sociais, como direitos que visam garantir aqueles que não têm outra forma de prover suas necessidades vitais, tais como vestuário, alimentação, saúde, educação, assistência social em caso de se verem impedidos de exercer sua força de trabalho, quer porque não o pode em razão de enfermidade ou velhice, quer porque o mercado não lhes garante um lugar ou não lhes garante remuneração suficiente para prover tais fins, segue o fluxo do desenvolvimento dos meios de produção enquanto mecanismo de acumulação de riqueza, ou seja, do capitalismo e da industrialização por que passou, sobretudo, os países europeus a partir do século XVII.

Enquanto direitos do homem, enunciados sob a influência do princípio da igualdade formal e material, no contexto do constitucionalismo moderno, sua jurisdicização é marcada por uma marcha bastante lenta e pouco linear, se comparada ao ideário dos direitos do homem enunciados pelos burgueses a partir deste mesmo período.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988, quando fala sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, consagra a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados como direitos sociais, contemplando a saúde e a educação também no capítulo destinado a tratar da Ordem Social, assegurando o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e qualificando o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo.

MÍNIMO EXISTENCIAL E NECESSIDADES HUMANAS NA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Como se não bastasse, a própria Constituição, após inaugurar um Estado Social e Democrático de Direito, assentado, dentre outros fundamentos, na dignidade da pessoa humana e tendo a República Federativa por objetivo constituir uma sociedade livre justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; e promover o bem-estar de todos, teve, ainda, a atenção para declarar que as normas dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (SOARES, 2010).

No que diz respeito às políticas públicas de saúde vale trazer à tona aquela introduzida pela lei 9.313 de novembro de 1996 que garantiu o acesso universal e gratuito a medicamentos antirretrovirais e demais tratamentos necessários à população vivendo com HIV/AIDS no país.

O Brasil foi o primeiro país em desenvolvimento a adotar uma política pública na área de saúde visando garantir o acesso universal e gratuito a medicamentos antirretrovirais utilizados para o enfrentamento da epidemia das infecções causadas pelo vírus HIV. Essa política pública foi instituída por meio da Lei Federal nº 9.313 de novembro de 1996 e tornou obrigatórios, gratuitos e universais o tratamento e o acesso à terapia antirretroviral no país.

Dispõe a lei 9.313 promulgada em 1996 que as pessoas que vivem com HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento; que o Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde; e que as despesas decorrentes da implementação da lei seriam financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

O debate em torno dessa política pública, orientada por um parâmetro ótimo e não mínimo, tem suscitado muitos questionamentos acerca do seu impacto no instituto da propriedade intelectual, vez que para garantir o acesso universal e gratuito aos medicamentos o país procedeu à quebra de patentes e ao licenciamento compulsório de alguns medicamentos ponderando que o interesse social voltado à promoção da saúde pública deveria se sobrepor aos interesses privados das corporações e laboratórios detentores da propriedade intelectual.

Fato relevante é que a política pública instituída em 1996 não só contribuiu significativamente para conter o avanço da epidemia no país, como também impactou na melhora das condições de vida da população que vive com HIV/AIDS. Além de reduzir a mortalidade a política pública brasileira, nesse caso, também tem contribuído para

desestigmatização das populações alvo e, portanto, cumprindo, em alguma medida, com seu papel emancipatório.

Segundo dados disponibilizados pelo Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS – UNAIDS (2017) havia, no ano de 2000 cerca de 27 milhões de pessoas vivendo com HIV/AIDS no mundo, sendo que dentre essas pessoas, cerca de 685 mil pessoas tinham acesso aos medicamentos antirretrovirais e a mortalidade, naquele ano, esteve próxima de 1,5 milhão de pessoas. Nesse cenário, os recursos disponíveis para políticas públicas de HIV/AIDS, em países de baixa - e média renda eram estimados em US\$ 4,8 bilhões.

No ano de 2017, segundo dados da mesma organização, o número de pessoas infectadas saltou para mais de 36 milhões de pessoas, sendo que dessas, mais de 20 milhões tiveram acesso aos medicamentos antirretrovirais, o que fez com que a mortalidade, apesar do aumento do número de pessoas infectadas, fosse reduzida para 1 milhão de pessoas, cumprindo salientar que os recursos disponíveis para políticas públicas de enfrentamento da epidemia, em países de baixa e média renda, saltaram para mais de US\$ 19,1 bilhões (UNAIDS, 2017).

No Brasil, segundo dados do Ministério da Saúde, de 1980 a junho de 2017, foram identificados no país 882.810 casos de aids, sendo que o índice de mortalidade caiu de 9,7 para 5,6 óbitos por 100 mil habitantes em 20 anos, sobretudo após 2014 quando o programa de acesso a antirretrovirais para todos foi implantado (BRASIL, 2017).

Mas qual seria o impacto na área de saúde pública, em geral e em especial na vida das pessoas contempladas pela referida política pública, se constatada a sua eficácia, o país optasse por retroceder em razão de políticas de austeridade fiscal visando a estabilidade econômica?

Sob o ponto de vista acadêmico parece haver um consenso de que a temática da proibição de retrocesso social se apresenta como um instrumento balizador do resgate das promessas de uma modernidade tardia, sustentada na tese do constitucionalismo compromissário-programático, em contraposição ao paradigma liberal-individualista, que se apegava na ideia da garantia da liberdade do indivíduo, na segurança da propriedade privada e na livre concorrência no mercado, sem muito se preocupar com os direitos sociais (SOARES, 2010).

Por outro lado, também não se pode negar que no campo do direito comparado já goza ele de uma posição de destaque, sobretudo dentre aqueles países com forte vertente social, onde a realização progressiva e otimizada dos preceitos constitucionais, sobretudo no âmbito social, além de contribuir para a materialização, conformação, transformação e modernização

das estruturas econômicas e sociais também exercem forte impacto na emancipação do sujeito de direito.

Assim, a teoria do não retrocesso tem se apresentando como um instrumento de contraposição ao um quadro de insegurança social pós-moderna, gerado, sobretudo, pelo advento da globalização econômica que favorece as grandes corporações transnacionais e que, por sua vez, exercem forte influência nos ordenamentos jurídicos e políticos nacionais que, não raro, em nome da adesão à ordem econômica mundial, mitigam suas políticas públicas sociais e colocam em situação de vulnerabilidade uma parcela significativa da população mundial, sobretudo quando se trata de um problemas comuns da humanidade, como é o caso da saúde pública, que demanda esforços mútuos e saídas compartilhadas pela via da cooperação internacional.

Ademais, há que se considerar que sob a perspectiva da dogmática jurídica se evidencia não só uma estreita relação entre o princípio do não retrocesso social com o princípio da cooperação internacional e autodeterminação, mas também com outros princípios assentados nas ordens jurídicas contemporâneas, dentre elas a brasileira que coloca em posição de destaque os princípios da democracia econômica e social; da proteção dos direitos adquiridos; da proteção da confiança e da segurança do cidadão no âmbito econômico, social e cultural; da dignidade humana, em favor da continuação de serviços públicos como a saúde, a educação, e contra medidas legislativas que possam implicar na violação do núcleo essencial dos direitos sociais (CANOTILHO, 2003).

Nesse mesmo sentido acentua Ingo Wolfgang Sarlet que a proteção de retrocesso guarda fortes ligações com os princípios do Estado Democrático e Social de Direito; da dignidade humana; da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais; da proteção dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada; da proteção da confiança e da segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Com efeito, a tarefa conferida pelo legislador constituinte originário aos Poderes juridicamente constituídos na realização dos direitos sociais é tarefa que repercute nas atuações plenas tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Executivo e também do Poder Judiciário.

Incumbe aos Poderes Legislativo e Executivo observarem a orientação constitucional, moral e ética de não retroceder no plano formal, sob pena de não só violar o princípio da

progressividade que orienta as promessas constitucionais como também de violar os princípios básicos e objetivos fundamentais que orientam a realizabilidade dos direitos e garantias fundamentais, em especial o da dignidade humana, da cidadania, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre da pobreza, da miséria, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais, garantindo a destinação adequada dos recursos econômicos para satisfação nas necessidades humanas básicas.

Certo é que o déficit social muito antes de ser decorrente de escassez de recursos está atrelado mais a formas estruturais de produção e reprodução da violência e da dominação, traduzidas na forma de desigualdade, de pobreza, de miséria e de desumanização.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário o papel de zelar pelo cumprimento adequado das promessas constitucionais, assumindo uma postura mais ativa, no sentido de determinar a implementação de medidas materiais e institucionais voltadas à garantia da efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, deixando de ter uma postura neutra, de distanciamento da realidade social, para assumir uma postura ativa, dinâmica, de co-responsabilidade prospectiva das políticas sociais públicas, sem, contudo, invadir a esfera do agir comunicativo preservando a autonomia da sociedade para reivindicar direitos e novos parâmetros para a satisfação de suas necessidades, sendo esta a forma mais efetiva para se atribuir aos direitos sociais um real caráter emancipatório.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARENDDT, H. *Da revolução*. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Ática, 1988.

ARENDDT, H. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ARENDDT, H. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 216p.

BONAVIDES, P. *Do Estado liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

MÍNIMO EXISTENCIAL E NECESSIDADES HUMANAS NA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017.

BRASIL. *Lei 9.313 de 13 de novembro de 1996*. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das IST, do HIV/AIDS e das Hepatites Virais. *Boletim Epidemiológico HIV/AIDS 2017*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2017/boletim-epidemiologico-hivaids-2017> Acesso em: 15/04/2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra, Almedina, 2003.

DELEUZE, G.; GUATTARI, F. *L'Anti-Œdipe: Capitalisme et schizophrénie*. Paris : Les Editions de Minuit, 1972.

_____. *Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Vol.3. Tradução Aurélio Guerra Neto, Ana Lúcia de Oliveira, Lúcia Cláudia Leão e Sueli Rolnik. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1996.

DUARTE JUNIOR, Dimas P. *Tratados e sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos: dos princípios filosóficos à realização normativa*. Revista da APG-PUC/SP. Ano XIII, n. 31. São Paulo, 2006.

_____. *Direitos Humanos: novas demandas, velhos direitos*. In: Desafios da Justiça e Políticas para uma Cultura da Paz. Anais do IX Simpósio Internacional da Associação Ibero-Americana de Filosofia Política. São Leopoldo-RS, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

PEREIRA, P. A. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, B. S. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SINGER, P. *A cidadania para todos*. In: História da Cidadania. Org. Jaime Pinsky; Carla B. Pinsky. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2003.

UNAIDS. *Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS*. Disponível em :

MÍNIMO EXISTENCIAL E NECESSIDADES HUMANAS NA FUNDAMENTAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS

https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2017/12/UNAIDSBR_FactSheet.pdf
15/04/2018.

Acesso: